

ENSAIOS CRÍTICOS DE DIREITO PÚBLICO

CARLOS ATHAYDE VALADARES VIEGAS
CESAR LEANDRO DE ALMEIDA RABELO
CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS
LEONARDO MACEDO POLI
RAFAEL SOARES DUARTE DE MOURA
(COORDENADORES)

ENSAIOS CRÍTICOS DE DIREITO PÚBLICO



Belo Horizonte
2015

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Henrique Soares	Luciano Stoller de Faria
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Nelson Rosenvald
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Renato Caram
Florisbal de Souza Del’Olmo	Roberto Correia da Silva
Frederico Barbosa Gomes	Rodolfo Viana Pereira
Gilberto Bercovici	Rodrigo Almeida Magalhães
Gregório Assagra de Almeida	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Corgosinho	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladimir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2015.

Coordenação Editorial: Andréia Assunção
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Revisão: Fátima Chaves

341 Ensaios críticos de direito público / Carlos
E59 Athayde Valadares Viegas et. al. - Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
454p.

ISBN: 978-85-8238-100-7

1. Direito público. 2. Direitos fundamentais. 3. Cidadania. 4. Educação -
Direito. 5. Licitações. 6. Tutela de urgência. 7. Saúde – Direito. I. Título.

CDD – 341
CDU – 342

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-nº700

Rua Pernambuco, 1408, Loja 03 – Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30130-151
Tel: (31) 3031-2330

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2015

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O EXERCÍCIO
PLENO DA CIDADANIA PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
NO BRASIL

Carlos Athayde Valadares Viegas

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas 1

CAPÍTULO 2

A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL NAS LICITAÇÕES

Cesar Leandro de Almeida Rabelo

Guilherme Goulart Dias Assunção 30

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO: O SER HUMANO COMO *GRUNDNORM*

Cláudio Jannotti da Rocha 67

CAPÍTULO 4

A MEMÓRIA DE UM PAÍS: UM CONCEITO QUE PERPASSA
PELAS NOÇÕES DE ARQUIVO E DIREITO

Rafael Soares Duarte de Moura 87

CAPÍTULO 5

UM ENSAIO ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA E
SUA INFLUÊNCIA SOBRE A COMPETÊNCIA - OU DA
INSTITUIÇÃO DE COMPETÊNCIA IMPLÍCITA PARA
TUTELA DE URGÊNCIA *IN LIMINE LITIS*

***Fabrcio do Vale Barretto* 109**

CAPÍTULO 6

NOVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS E POLÍTICO-
CRIMINAIS PARA OS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS
DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: APONTAMENTOS
SOBRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

***Andressa Paula de Andrade* 131**

CAPÍTULO 7

DIREITOS HUMANOS E NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO
ESTADO PLURINACIONAL NA ORDEM INTERNACIONAL

***Andréa Cristina Matos Siqueira* 149**

CAPÍTULO 8

PROCEDIMENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA
NA CONTEMPORANIEDADE

***Natália Torquete Moura* 165**

CAPÍTULO 9

O ADICIONAL DE PENOSIDADE SOB A ÓPTICA DA
TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: A
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

***Bárbara Natália Lages Lobo* 179**

CAPÍTULO 10

A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES
DE MEDICAMENTOS FRENTE AO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Jaqueline Morandini

***Fernanda Gnoatto* 200**

CAPÍTULO 11

A (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O CONTROLE
JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO
A PARTIR DA PERSPECTIVA DAS TEORIAS DO DIREITO
DE HART E DWORKIN EM UM CONTEXTO DE
JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

Mônia Clarissa Hennig Leal

Felipe Dalenogare Alves 224

CAPÍTULO 12

POSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O
MUNICÍPIO DESAPROPRIAR BENS FEDERAIS

Camila Januário Ferreira Soares

Sávio de Aguiar Soares 240

CAPÍTULO 13

RECONHECIMENTO E CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL:
UM DESAFIO PARA O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Carolina Diamantino Esser

Mbardoqueu G. Lima França 259

CAPÍTULO 14

REFORMA CONSTITUCIONAL E PODER CONSTITUINTE
PERMANENTE: CONTROLE POPULAR COMO
INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE POLÍTICA

Mariano Henrique Maurício de Campos 281

CAPÍTULO 15

O TRÁFICO DE PESSOAS PARA TRABALHO FORÇADO E
OS DESAFIOS PARA A SUA ERRADICAÇÃO NO BRASIL

Mércia Cardoso de Souza 304

CAPÍTULO 16

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS:
O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO E AS
PRINCIPAIS CONCEPÇÕES SOBRE DIREITOS
HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

Denise Tatiane Girardon dos Santos 327

CAPÍTULO 17

DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO DAS VERBAS
TRABALHISTAS EM FACE DE ORGANIZAÇÕES
INTERNACIONAIS

Danielle de Jesus Dinali

Graciane Rafisa Saliba 347

CAPÍTULO 18

CONSTRUINDO UM CAMPO LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICO
PARA ESTABELECEER LIMITES QUANTITATIVOS E
QUALITATIVOS PARA AS DECISÕES JURISDICIONAIS
NO ÂMBITO DA JUDICIALIZAÇÃO DO SUS NO BRASIL:
POR UMA INTERPRETAÇÃO RENOVADA DO
VOCABULÁRIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE
SAÚDE PÚBLICA SEGUNDO AS TEORIAS DA JUSTIÇA
CONTEMPORÂNEAS

Luís Henrique Vieira Rodrigues 369

CAPÍTULO 19

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: RESPONSABILIDADE
CIVIL DOS EDUCANDÁRIOS E DAS INSTITUIÇÕES DE
ENSINO SUPERIOR

Ivna Maria Mello Soares 387

CAPÍTULO 20

PÓS-MODERNIDADE PROCESSO PENAL PROVA

Ana Victoria de Paula Souza 407

CAPÍTULO 21

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE CRÍTICA DO
ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Camila Maria de Menezes Pedroso Soares 421

CAPÍTULO 22

(RE)PENSANDO HEGEMONIAS: ESTADO PLURINACIONAL
COMO UM NOVO PARADIGMA DE ESTADO NA AMÉRICA
LATINA

Paula de Sousa Constante 437

CAPÍTULO 1

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O EXERCÍCIO PLENO DA CIDADANIA PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Carlos Athayde Valadares Viegas¹
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas²

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país indefinível, não existem adjetivos capazes de sintetizar toda a complexidade, diversidade e contradição formadoras do âmago e da índole desta nação. Aqueles que tentaram acabam por produzir definições vagas, incertas, gerais, marqueteiras e até preconceituosas como “o Brasil é o país do futuro”, “Deus é brasileiro”, “O Brasil é o país do carnaval, das praias e do futebol”, mais recentemente temos que “o Brasil é uma potência emergente”, “Gigante do sul”, e assim, sucessivamente as definições sobre o nosso país vão sendo apresentadas e adotadas – com a mesma velocidade que são descartadas – mas sem nunca, verdadeiramente, conseguirem decifrar o caráter deste país.

Tem-se que esta definição é obra impossível, com o que se concorda, mas pode-se aproximar de uma resposta se a investigação tiver como foco a origem desta comunidade. Surgimos como nação brasileira a partir da ocupação europeia, do holocausto indígena e da escravidão africana, somos estigmatizados por sermos, a um só tempo, a mão que açoitou e as costas que foram retalhadas nos engenhos, nas roças, nas minas e pelourinhos. Na forte descrição de Darcy Ribeiro:

¹ Mestre em Direito pela Universidade FUMEC-BH. Professor de Direitos Humanos e Direito Tributário no Instituto J. Andrade – MG. Servidor Público no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

² Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais (2011). Graduada em Administração de Empresas e em Direito, sendo ambos pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Damásio de Jesus. Professora de Direito Civil na Faculdade João Alfredo Andrade e na Faculdade Del Rey. Tutora em educação a distância de Direito do Consumidor e Propriedade Intelectual na PUC Minas e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Servidora do TRT da 3ª Região - Assistente do Desembargador Federal Sérgio da Silva Peçanha. site: www.claudiamara.com.br

Todos nós, brasileiros, somos carne da carne daqueles pretos e índios supliciados. Todos nós brasileiros somos, por igual, a mão possessa que os supliciou. A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós a gente sofrida que somos e a gente insensível e brutal, que também somos. Descendentes de escravos e de senhores de escravos seremos sempre servos da malignidade destilada e instalada em nós, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens, sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto de nossa fúria (RIBEIRO, 2002, p. 120).

Parte-se, então, da ideia de que se pode definir o Brasil pelo seu povo. O Brasil é o seu povo. Mas povo total, que na designação de Müller entende-se como sendo todos aqueles “efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal – totalidade entendida aqui como a das pessoas que se encontram no território do respectivo Estado” (MÜLLER, 2010, p. 61).

Portanto, todas as pessoas que se encontram no território brasileiro, independentemente de raça, credo, descendência, ideologia política, condição econômica, gênero, nacionalidade, capacidade jurídica, estado civil, ou qualquer outro fator diferenciador, todos estes seres humanos, titulares de direitos fundamentais, no seu conjunto e na sua diversidade definem o Brasil.

Constatadas as máculas que opõem, até os dias atuais, as raças, as classes, os gêneros, e outros tantos grupos sociais deste país, cabe o direito agir para promover a convivência pacífica e justa entre os diferentes brasileiros. O preconceito inato da nossa formação deve ceder lugar ao direito, para que a sociedade brasileira possa alcançar um “patamar civilizatório” onde os direitos fundamentais sejam plenamente exercíveis por todos, fazendo da dignidade humana uma realidade e não apenas letra inerte no texto constitucional.

Neste país, cujos “vícios de origem” foram o genocídio, a escravidão e a estratificação social – que atualmente assumem as formas de violência, segregação e exclusão econômica – a tarefa de garantir iguais oportunidades materiais não é simples e não se dará sem sacrifício, esforço e perseverança, e muito menos será alcançável fora do direito.

É, portanto, com escopo na convicção de que, mediante a aplicação do Direito Democrático, a sociedade brasileira poderá encontrar solução para equilibrar as desigualdades e trazer paz para o espírito dos brasileiros, que dirigimos este estudo para discussão dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, que é um grupo de pessoas (aproximadamente 10% da nossa população)³, que durante um longo período da nossa história foi negligenciado e sequer era considerado pelo Estado e pelo sistema capitalista, sobrevivendo de maneira segregada e dependente das ações caritativas de particulares e instituições religiosas.

³ Pesquisa censo 2010.

A contemporaneidade normativa não permite mais que esta situação prevaleça, pois, os princípios da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, compelem a sociedade e o Estado a romperem os muros do preconceito e agirem no sentido de garantir a inclusão das pessoas com deficiências no mundo do trabalho, da cultura, do entretenimento e, por que não, do consumo, tornando-os cidadãos plenos, emancipados, produtivos e capazes de contribuir para a felicidade coletiva.

Entende-se, então, que uma das formas de alcançar esta necessária emancipação é a garantia do acesso destas pessoas à educação, ou seja, a efetivação do direito à educação de qualidade, gratuita e em condições, matérias diferenciadas, conforme estipulam os diplomas internacionais e os preceitos constitucionais que poderão ser verificados nos itens que se seguem.

Este estudo tem, portanto, o objetivo de investigar e promover o direito à educação constitucionalmente garantido, considerando-o como indispensável para o exercício pleno da cidadania pelas pessoas com deficiências e suas famílias.

A partir desta perspectiva é que, a seguir, abordaremos os conceitos e definições de educação e de princípios – da solidariedade e da igualdade principalmente – e trataremos de expor os diplomas legais que declaram o direito à educação das PCD⁴, bem como apresentar instrumentos processuais de que poderão se utilizar as PCD e suas famílias para efetivar este direito fundamental, caso haja algo a embargar o seu exercício.

2. A EDUCAÇÃO

A Educação é classicamente informada como sendo o procedimento sistematizado para a transmissão da cultura entre os homens.

Em geral, designa-se com esse termo a transmissão e o aprendizado das técnicas culturais, que são técnicas de uso, produção e comportamento, mediante as quais um grupo de homens é capaz de satisfazer suas necessidades, proteger-se contra a hostilidade do ambiente físico e biológico e trabalhar em conjunto, de modo mais ou menos ordenado e pacífico. (ABBAGNAMO, 2007, p. 357-358)

Desde meados do século XX o conceito de Educação vem sofrendo alterações e seu significado contemporâneo tem um novo sentido – pois é agora considerada como sendo de um valor sociológico – a Educação passa a ser tratada como um fenômeno social, uma *instituição* – conjunto de normas que regulam a ação social (DURKEIM, 2007 p. 654) – em potencial, que pode ser a chave para a transformação social e individual na busca pela emancipação da raça humana.

⁴ Pessoa Portadora de Deficiência.

No Brasil, entretanto, a educação sempre foi fator de dominação e submissão entre as classes sociais. Já na época colonial, o sucesso experimentado pelos portugueses ao se assenhorar de tão vastas áreas de terras e riquezas naturais, sendo em número tão pequeno, deveu-se ao processo de aculturação a que submeteram primeiramente os índios e depois os africanos em solo brasileiro. A catequização dos nativos e a sua conversão forçadas “[...] que invadia e avassalava sua própria consciência, fazendo-os verem-se a si mesmos como pobre humanidade gentílica e pecadora” [...] (RIBEIRO, 2002, p. 72), foram os primeiros mecanismos utilizados neste processo de dominação pela educação.

Numa detalhada descrição daquilo que testemunhou “encantado”, o então reitor do Colégio da Bahia, o padre Cardim, nos deixou vívido testemunho dos efeitos da aculturação infringida aos índios brasileiros, quando narra suas visitas às capitânicas entre os anos de 1583 e 1590. Assim o religioso descreveu o sistema educacional da época:

No comum das aldeias, [...] há escolas de ler e escrever, aonde os padres ensinam os meninos índios; e alguns mais hábeis também ensinam a contar, cantar e tanger; tudo tomam bem, e há já muitos que tanger flautas, violas, cravos e oficiam missas em canto d’ órgão, coisas que os pais estimam muito. Estes meninos falam português, cantam à noite a doutrina pelas ruas, e encomendam almas do purgatório. (Cardim apud RIBEIRO, 2002, p.185)

Foi então, mediante um processo de educação autoritário, dirigido para a dominação dos braços a serem moídos nos engenhos de açúcar, que a experiência educacional brasileira serviu de base para a implementação do modelo colonialista.

Muito embora tenha acabado como sistema econômico e político há quase duzentos anos, o pensamento colonialista ainda alcança as gerações atuais, materializado nas nossas precárias relações de classe, no patriarcalismo (masculino e feminino), no patrimonialismo das classes políticas em relação aos bens do Estado, e na imposição de uma metodologia de educação voltada para o atendimento das demandas mercadológicas e, principalmente, para a manutenção do *status quo*.

Por conta de suas próprias contradições, o sistema educacional encontra-se em crise. Há manifestações da crise educacional em todos os níveis de ensino, da educação infantil à pós-graduação, e não há maior constatação da falência deste sistema que aquela mais visível, mais cruel e indiscutível, a nua realidade de miséria social e econômica a qual são submetidas à maioria da população mundial. Fosse à educação considerada por todos os povos e governos no seu potencial transformador, as diferenças e misérias sociais nunca teriam alcançado os patamares atuais

Na esteira do pragmatismo do sistema educacional capitalista, no Brasil, até o último quartel do século XX, a educação foi especialmente voltada para a empregabilidade e o municiamento de contingentes para o mercado de trabalho,

neste contexto o público alvo deste sistema, como não podia ser diferente, foram os jovens aptos, física e mentalmente, capazes de receber conhecimentos técnicos e aplicá-los no chão da fábrica, na lida do campo ou no balcão do comércio. Pessoas com algum grau de deficiência física ou mental não eram consideradas pelo sistema educacional estatal, pelo simples fato de que não havia lugar para elas no mercado de trabalho, não se concebia uma pessoa com deficiência trabalhando e sendo produtiva nas funções reservadas ao proletariado.

Desta forma, instituiu-se um círculo vicioso e perverso: por não ter capacidade plena, física ou mental, a pessoa não é cogitada pelo capitalismo para o emprego nas suas engrenagens, assim, por estar fora do mercado de trabalho, o sistema educacional estatal não se dirige à pessoa com deficiência, vez que este sistema deve atender a demanda do capital, por fim, sem estudo, a pessoa com deficiência não consegue trabalho, consequentemente não possui renda, não consume, e é redespresada pelo capitalismo, tornando-se dependente do sistema de previdência estatal ou da caridade dos particulares.

Esta situação de exclusão formal prevaleceu, com raras exceções, até a promulgação da Constituição da República em outubro de 1988. A Constituição Cidadã, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, elidiu no Estado brasileiro toda e qualquer possibilidade de discriminação em razão de raça, gênero, credo, convicção política, estado civil, deficiência física ou mental, ou qualquer outro fator de diferenciação entre as pessoas.

Esta nova diretriz, este novo pacto entre os brasileiros, propugna pela adoção de medidas legais e administrativas que visam efetivar, entre nós brasileiros, o princípio da igualdade, tratando cada um conforme as suas particularidades, virtudes e deficiências, procurando, com estas ações, minimizar os desequilíbrios entre os cidadãos e dar oportunidade para que todos possam exercer o direito à vida digna.

Desta forma, as chamadas ações afirmativas são hoje um importante instrumento de inclusão social. As “cotas” ou “reservas” permitem que os cidadãos integrantes de seguimentos sociais até então periféricos, sejam trazidos para o centro do convívio social e político, o que, com o tempo, promoverá a sua inclusão no universo dos cidadãos plenos brasileiros.

No campo da educação, a Carta Magna corrigiu um erro histórico e explicitou o direito à educação das pessoas com deficiência insculpindo no art. 208, III, a garantia de atendimento educacional especializado aos deficientes, preferencialmente na rede regular de ensino.

A partir de então, uma nova possibilidade se abriu para as PCD que, por força do mandamento constitucional, foram formalmente equiparadas a todos os demais cidadãos brasileiros e adquiriram o direito à educação de qualidade, na rede pública, e de forma gratuita.

Mas não foi só. As pessoas com necessidades especiais, desde então, têm garantido o direito a uma educação voltada para o exercício da cidadania, para o desenvolvimento da sua personalidade e para a sua qualificação profissional⁵. Capacitar seres humanos para o exercício da cidadania plena e a vida digna é a missão da Educação no sistema democrático de organização social. Corroborando esta assertiva, tem-se a lição de Humberto Maturana sobre a nova missão da educação:

Pensamos que a tarefa da educação é formar seres humanos para o presente, para qualquer presente, seres nos quais qualquer outro ser humano possa confiar e respeitar, seres capazes de pensar tudo e de fazer tudo o que é preciso como um ato responsável a partir de uma consciência social (MATURANA, 2003, p. 10).

A educação, na nova democracia brasileira, passa a ter uma finalidade garantidora. Aos seus destinatários deverá ser empenhado todo o esforço do Estado para que estes se tornem seres humanos dignos, politicamente ativos e socialmente incluídos. Pois, é a democracia “o regime da mais difícil das educações, a educação pela qual o homem, todos os homens e todas as mulheres aprendem a ser livres bons e capazes” (LIMA, 2010, p. 27).

3. A PRINCIPIOLOGIA INFORMADORA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Para tratar de Direitos Fundamentais Constitucionais, e em especial, o direito à educação, é necessário apresentar as bases jurídico-principiológicas, nas quais se fundaram e se legitimaram as escolhas dos constituintes, para declarar à nação brasileira o novo manancial de direitos contidos na CF/88.

Tratar-se-á, então, de princípios jurídicos, especialmente, dos princípios diretamente relacionados à questão da equiparação cidadã e da educação, que são: princípio da solidariedade social; princípio da igualdade; e o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

A moderna doutrina constitucionalista tem como principal fundamento a máxima efetividade e a aplicabilidade dos princípios constitucionais, independentemente da necessidade de qualquer produção legislativa positivante.

Entretanto, existem outras correntes do pensamento jurídico que pugnam pelo dogmatismo e positivismo do direito, o que faz persistir a discussão sobre a normatividade dos princípios e, consequentemente, a sua eficácia jurídica.

Em razão disto, considera-se necessário desvelar, em poucas palavras, o conceito deste instituto, a fim de que não paire dúvidas quanto a sua legítima utilização como fundamento de demanda em defesa dos direitos dos cidadãos.

⁵ Art. 205 da Constituição Federal de 1988: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Os princípios são normas cuja finalidade consiste na gradual concretização dos direitos fundamentais, normas que instituem deveres para a sociedade, no sentido de que adotem ações necessárias à efetivação dos citados direitos.

Na lição de Alexy “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90). São, portanto, a “mola” propulsora do constitucionalismo democrático, no sentido de mais aproximar a comunidade política do ideal de justiça social.

3.1. O Princípio da Solidariedade Social

Thomas Hobbes, adepto da teoria contratualista da fundação do Estado, afirmava que “os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de intimidar a todos” (HOBBS, 2008, p. 108). Desta forma defendia, e propagava que apenas o Estado, o Leviatã, mediante o uso da força, era capaz de manter os homens vivendo juntos e em paz uns com os outros.

Não se cogitava, à época, a existência de um vínculo entre os homens que não fosse aquele justificado pela necessidade de defesa mútua contra um inimigo comum. As relações sociais de então eram estritamente funcionais, ou seja, cada qual exerce o seu papel social, em seu próprio benefício, mesmo que isto signifique que outros aproveitem de alguma forma desta participação na sociedade (uma prestação profissional, por exemplo), isto seria uma mera consequência residual, pois, a finalidade da vida em sociedade era o interesse próprio, com a ressalva de que, nos momentos de “perigo” os homens se auxiliariam mutuamente.

O individualismo humano, com escopo no direito natural e no liberalismo, elevou o homem a um patamar que o transformava em um fim nele mesmo, a liberdade do homem, os direitos do homem, a felicidade do homem, referiam-se a estados e realidades a serem experimentadas de maneira isolada, independentemente da possibilidade dos outros homens poderem partilhar das mesmas condições, foi a situação identificada em estudos sociológicos como o “Mito de Robinson Crusoe” (BURCKHART, 1996, p. 128).

Não existia um dever de solidariedade entre os membros de uma sociedade. Admitia-se, é verdade, a caridade e o assistencialismo, tendo até mesmo contornos de obrigação a ser imposta pelo Estado, na lição de Kant:

Pelo princípio fundamental do Estado, o Governo está justificado e tem o direito de obrigar aqueles que são capazes a fornecer os meios necessários para a preservação daqueles que não são capazes de suprir as necessidades mais básicas da Natureza. Porque a existência de pessoas com propriedade no Estado implica sua submissão a ele para proteção e provisão pelo Estado daquilo que

é necessário para sua existência; e, dessa maneira, o Estado funda um Direito sobre uma obrigação de parte delas de contribuir com seus meios para a conservação de seus concidadãos. (KANT, 2002, p. 255)

Contudo, quando o individualismo liberal não pôde mais atender aos anseios e questionamentos, dos cada vez maiores e mais complexos agrupamentos humanos, foi iniciado um longo processo de revisão doutrinária sobre o amálgama das relações sociais, no sentido de encontrar o fundamento de convivência nas modernas comunidades humanas. E esta busca, ainda (e sempre) inacabada, aponta para a solidariedade como este elemento que liga e mantém juntos os seres humanos nestes tempos pós-modernos.

É incontestável o fato que o homem sempre viveu, vive e sempre viverá em sociedade. Desde o momento histórico em que os seres humanos promoveram a ocupação das cavernas para possibilitar a sobrevivência, até os dias atuais, o homem, independentemente de sua vontade, constantemente se organizou em sociedade. E esta organização foi fruto de uma necessidade vital, não de uma escolha entre alternativas, pois, ou o homem vive em sociedade ou não tem garantida a sobrevivência da espécie.

Sem perder a sua individualidade, o homem tem consciência de sua existência em sociedade e isto:

Não se trata de uma afirmação a priori, mas sim de uma verificação positiva [...] os homens [...] tem ao mesmo tempo consciência da sua individualidade própria e dos laços que os unem aos outros homens. Quais são esses laços? [...] O homem, diremos nós, está ligado aos outros homens pelos laços da solidariedade social. (DUGUIT, 2005, p. 20).

Tendo, então, como um novo fundamento da organização humana o princípio da solidariedade social, o constitucionalismo moderno, impulsionado pela repúdio das violações aos direitos fundamentais perpetradas durante a 2ª Grande Guerra, implementa uma nova doutrina que busca instituir o Estado Democrático de Direito como nova forma de organização política para os Estados.

Esta nova doutrina constitucionalista e democrática elevou a um novo patamar, o princípio da solidariedade social. Esta qualificação se deu pela via hermenêutica neoconstitucionalista e mediante a luta doutrinária e política para a inserção deste princípio nos textos constitucionais do pós-guerra.

No Brasil, a Constituição Cidadã, estatuiu os objetivos da nossa comunidade política no art. 3º e fez constar entre estes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não há, portanto, nas ações do Estado brasileiro, espaço para comportamentos que se desdobrem em privilégios, discriminações ou exclusões. Ao contrário disto, o princípio da solidariedade social demanda de todos os brasileiros um agir em favor da maior implementação possível dos direitos fundamentais e da garantia a uma vida digna para todos. Nas palavras de Perlingieri:

O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos da igualdade e da dignidade social. [...] Igual dignidade social (*pari dignité sociale*). Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão. [...] Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes (PERLINGIERI, 2002, p. 37)

3.2. O Princípio da Igualdade (formal e material)

A sociedade ocidental, desde suas formações mais antigas, organizou-se e manteve-se de forma estratificada. Cidadãos (homens), mulheres, crianças e escravos compunham a *polis* grega (VIDAL-NAQUET, 2002, p. 178); Patrícios, nobreza senatorial, plebeus, clientela, estrangeiros e escravos integravam a sociedade do Império Romano (GIORDANI, 2002, p. 182-189); na Idade Média a sociedade divide-se entre nobres guerreiros, eclesiásticos, e camponeses (CARPETIER, 1996, p. 155). Corolário desta composição social heterogênea foi que a Lei fazia distinções e alcançava de maneira diferenciada os diversos membros das classes citadas. Direitos relativos à eleição de representantes, crimes e tributos, por exemplo, eram proferidos, apurados e julgados conforme o status social dos envolvidos. São exemplos disto a *Democracia Grega*, no direito político, as “*Ordálias*” e os “*Juramentos*” no direito criminal e os “*Privilégios*” no direito tributário.

Esta situação perdurou até meados do século XVIII, quando a independência Norte Americana e a Revolução Francesa, movidas pelo pensamento iluminista e liberal, instituíram, no sistema normativo nascente, a igualdade perante a Lei.

[...] a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais individuais – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições *subjectivas* dos indivíduos enquanto membros integradores de uma ordem jurídica estamental. Os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento (CANOTILHO, 2003, p. 57).

Desta forma, o princípio da igualdade inserido no nascente movimento constitucionalista, agora elevado à categoria de lei maior, instava aos legisladores, administradores públicos e magistrados a criar, aplicar e julgar mediante um novo paradigma de direito, o qual determinava que a Lei não pode fazer distinções entre os seus destinatários, aplicando-lhes igualmente a sua força normativa.

Sob a influência da Revolução Burguesa e das Guerras Napoleônicas, o Brasil adota, em 1824, o sistema constitucionalista de organização jurídica para

a nossa sociedade e, desde então⁶, todas as constituições brasileiras fizeram constar em seu bojo o princípio da igualdade formal. Atualmente, o artigo 5º da Constituição Federal informa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”, desta forma, é garantido a todos os brasileiros um tratamento legal igualitário, independentemente de posição social, titulação acadêmica, condição econômica, filiação partidária, profissão ou qualquer outro fator. Nas palavras de Konrad Hesse, a igualdade jurídica formal:

[...] é igualdade diante da lei (artigo 3º, alínea I, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado, e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. (HESSE, 1998, p. 330)

Entretanto, a igualdade formal demonstrou ser insuficiente, e até perigosa, no que tange a garantia de tratamento equiparado entre os cidadãos. As atrocidades cometidas pelo regime Nacional Socialista, durante a sua permanência no poder na Alemanha trintenária, alertaram o mundo para o risco do legalismo e da igualdade baseada exclusivamente na Lei.

Com o advento da revolução nacional-socialista, iniciada em 30 de janeiro de 1933, a ordem constitucional de Weimar é substituída pela ordem constitucional do reich. Suprimidos os direitos fundamentais, tem lugar o Programa do Partido Nacional Socialista que opta por um conceito de igualdade baseado em critérios raciais e de origem. (ABREU, 2006, p. 320)

Neste sentido, especialmente após o término da 2ª Guerra Mundial, a doutrina e a filosofia jurídicas destacam que a igualdade formal deve ser complementada, qualificada mesmo, pela igualdade material ou substantiva. Trata-se de reconhecer que existem alguns fatores que, independentemente da vontade individual, diferenciam os seres humanos e que a sua existência torna impossível a aplicação justa do princípio da igualdade, sendo, portanto, legítimas as ações do Estado no sentido de minimizar os efeitos destes fatores, na tentativa de equiparar em condições de vida digna os seres humanos.

A filosofia antiga de Aristóteles já nos lecionava sobre a igualdade material, em sua célebre assertiva segundo a qual “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das respectivas desigualdades”

⁶ Constituição do Império de 1824 - Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

(MELLO, 2009 p. 192). Vem ainda da matriz filosófica grega a mensagem de Platão que, sobre a questão da igualdade formal (perante a lei) e material, afirmava que a “nossa igualdade de nascimento impele-nos por natureza buscar a igualdade perante a lei e a não ceder em nada a ninguém, exceto por sua reputação de bondade ou conhecimento” (PLATÃO, 2010, p. 39).

Mais recentemente, outros filósofos debruçaram-se sobre o tema como Duguit, que entendia ser a generalidade da lei insuficiente para alcançar a igualdade, segundo o autor “a igualdade verdadeira, aquela que consiste, de acordo com a velha fórmula, em tratar igualmente coisas iguais e desigualmente as coisas desiguais”. Na mesma linha de pensamento Tocqueville reputa a verdadeira igualdade a uma igualdade de condições e Leibholz afirma que o compromisso do legislador, no regime democrático, de se orientar, quando da elaboração legislativa, para a reafirmação do princípio igualitário (ABREU, 2006, p. 320).

No Brasil, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello nos informa que o princípio da igualdade “consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas” (MELLO, 2009, p. 198). Entretanto, ressalta o autor, caso haja um fator de discriminação que não guarde uma relação de congruência lógica com a regra adotada “[...] ou - o que ainda seria mais flagrante - se nem ao menos houvesse um fator de discriminação identificável, a norma ou conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade (MELLO, 2009, p. 196).

Portanto, com escopo no princípio da igualdade material, as políticas públicas estatais devem ser dirigidas no sentido de suprir as lacunas e cobrir os déficits existentes entre as diferentes camadas sociais. Proteção diferenciada para pessoas pobres, mulheres, crianças, minorias raciais, homossexuais⁷, trabalhadores, consumidores, e PCDs, entre tantas outras, chamadas por Canotilho de “ilhas de particularismo” são legítimas e “exprimem, sim a indispensabilidade de *refracções* morais ao âmbito do contrato social constitucional” (CANOTILHO, 2008, p. 127).

Neste sentido, o STF também reconhece a necessidade de tratamento especial a grupos vulneráveis, em especial às PCD, como se nota no voto da Ministra Carmem Lúcia:

Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI). Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. [...] **A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de ci-**

⁷ Escrevemos ainda sob o impacto da recentíssima e acertada decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva e garantiu a este instituto os mesmos direitos daqueles pertinentes à união heterossexual.

dadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados (Grifo nosso). (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.) (Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário).

3.3. O Princípio da Igualdade de Condições para o Acesso e Permanência na Escola

Corolário dos princípios da Solidariedade Social e da Igualdade, a Constituição Federal, no capítulo reservado à educação e cultura, no artigo 206, indica outros princípios que regerão as ações do Estado, no que se refere a garantir o direito fundamental à educação, em destaque os incisos: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. Ensina José Afonso da Silva, que “para além das cláusulas gerais de igualdade, há ainda uma série de normas constitucionais que derivam diretamente do princípio da igualdade e que imprimem as diretrizes de determinadas relações jurídicas [...] A título ilustrativo [...] a igualdade na educação (art. 205 e 206, I e III)” (SILVA, 2011).

É, portanto, reconhecido como princípio de direito o acesso e a permanência na escola de todos os cidadãos brasileiros, independentemente de qualquer condição social, política, física ou psicológica. Princípio este a que estão submetidos os administradores públicos, que devem garantir o acesso à escola, promover a permanência do estudante nas salas de aula, prover a gratuidade do ensino público, estendendo às PCD as condições materiais e pedagógicas necessárias para o seu melhor aprendizado, nos termos da legislação que analisaremos em seguida.

4. O DIREITO À EDUCAÇÃO E À IGUALDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

O Direito na pós-modernidade tem como uma de suas características a multiplicidade de fontes vez que “a regulação jurídica passa, nas sociedades contemporâneas, pela intervenção de múltiplos atores, situados em espaços jurídicos diversos” (SANTOS, 2009, p. 144), desta forma, o Estado Nacional deixou de ser o único e absoluto manancial de direito, devendo também ser considerado eficaz o direito produzido por meio de regulamentos supranacionais de mercado, dos contratos e, especialmente, das convenções e tratados internacionais, aos quais os Estados nacionais submetem-se voluntariamente, ou, conforme a situação, coercitivamente, mediante a aplicação de sanções econômicas ou da guerra “autorizada”.

Neste sentido há uma releitura da soberania dos Estados, que não pode mais ser considerada da forma sacralizada e intocável como na modernidade,

pois, como explica Jean-Marie Lambert, “a soberania não tem caráter incondicional ou absoluto” (LAMBERT, 2008 p. 393). Em consequência disto, os

Estados são obrigados a adotar os acordos necessários ao seu desenvolvimento e a tecer liames de interdependência que não poderão romper unilateralmente; uma ordem jurídica internacional está inquestionavelmente construída, a partir de um conjunto de fontes convencionais, e essa ordem tende a impor-se de maneira crescente sobre os Estados. (CHEVALLIER, 2009 p. 148).

Os constituintes brasileiros – originários e o derivado em 2004 – foram sensíveis às mudanças estruturais que vêm ocorrendo no mundo do direito, fazendo constar na Carta da República, nos §§ 2º e 3º do artigo 5º, que o direito internacional terá eficácia no Brasil. Contudo, impuseram os legisladores pátrios certas condições para que isto se concretize. A primeira condição, que trata da legitimidade deste direito, foi estabelecida no §2º⁸ e refere-se à origem das normas internacionais a serem internalizadas, o dispositivo constitucional impõe que estas devam ser emanadas de instituições às quais o país faça parte; a outra condição, procedimental, determinada no §3º⁹, regula o processo ao qual a convenção ou tratado deverá ser submetido para sua incorporação no direito pátrio.

Neste sentido, o STF tem se pronunciado, e reconhecido, o status de legislação com hierarquia constitucional, as convenções internacionais referentes a direitos humanos aos quais o país adere:

[...] após o advento da EC 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da CF, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional [...]. Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalente [...] para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção. (...) Se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta. (AI 601.832-AgR, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009). (BARBOSA, 2009).

Esta digressão se fez necessária para que fique gravado, em relevo, que o Brasil está submetido às convenções e tratados internacionais a que adere, e que estes são fontes de direitos que podem ser vindicados pelos nacionais quando exercem o direito de provocar o Estado, para que este se manifeste, mediante a jurisdição, na análise da lide.

⁸ CF/88 - Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

⁹ CF/88 - Art. 5º, § 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Decreto Legislativo com força de Emenda Constitucional). (BRASIL, 1988).

Desta forma, têm validade, como fonte de direito material no território brasileiro, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ambas da Organização das Nações Unidas - ONU e subscritas pelo Estado brasileiro.

No âmbito da Declaração de Direito Humanos destacamos os artigos 2, 7, 8 e 25 pelo seu conteúdo mais afeto ao tema ora investigado. O artigo 2, I, elimina a hipótese de ser legitimada, na ordem jurídica internacional, qualquer forma de privilégio para gozar direitos em razão de raça, posição social, sexo, nacionalidade, religião, militância política “ou qualquer outra condição”. Os artigos 7 e 8 tratam respectivamente da igualdade formal e do acesso à justiça, dois direitos fundamentais para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o exercício da democracia.

A mesma Declaração Universal de Direitos traz, em seu artigo 25, uma manifestação de direitos sociais, a serem exercidos pelos seres humanos, tais como o direito a um padrão de vida digno, direito a assistência na velhice, viuvez, amparo em caso de desemprego, doença e invalidez e direito a receber apoio para a sobrevivência “em circunstâncias fora de seu controle”.

Além destes direitos, e de outros não citados neste texto, o mesmo artigo 25, II, reverbera, como direito humano fundamental, que “todo homem tem direito à instrução”, que a instrução será gratuita e que deverá ser orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento dos direitos humanos e direitos fundamentais.

Nota-se que a finalidade determinada para a educação, no documento das Nações Unidas, vai ao encontro do conceito contemporâneo apresentado neste trabalho. Educação para o desenvolvimento da personalidade humana, educação para o fortalecimento da democracia, educação como direito fundamental de todos os seres humanos.

Retomando a discussão sobre o direito na pós-modernidade e seus reflexos na promoção dos direitos fundamentais, temos que outra característica deste é a sua “hipersubjetivização”, “assiste-se a partir de agora, também sobre o terreno jurídico, ao “retorno do indivíduo”, através da afirmação dos direitos subjetivos” (CHEVALLIER, 2009, p. 134). Há um intenso movimento sócio-jurídico para diminuir a exclusão de grupos que até então se encontravam no limbo social. As organizações que representam estes grupos militam no sentido de garantir, mediante o direito, ações do Estado que promovam a inclusão plena de seus membros no organismo social.

Em razão disto, vários são os grupamentos que mereceram, e ainda merecem, da ordem jurídica internacional um tratamento específico, concretizado na forma de diplomas jurídicos próprios, os quais enfeixam uma variedade de situações que precisam ser consideradas e protegidas para a consecução do pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros.

As pessoas com deficiência formam um destes grupos e receberam da comunidade internacional um status jurídico diferenciado, como se pode aferir com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹⁰, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O Estado brasileiro aderiu a esta convenção ainda no ano de 2008, após o cumprimento dos procedimentos impostos pelos §3º do art. 5º da CF/88, a qual, da mesma forma que a Declaração Universal de Direitos dos Homens, passa a ter eficácia sendo considerada fonte legítima de direitos para seus destinatários.

Entre outros direitos declarados na citada convenção, destacaremos aqueles relacionados à educação, concentrados no artigo 24, que garantem às PCD: um sistema educacional inclusivo; a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre; a inclusão no sistema educacional geral; um ensino primário de qualidade e gratuito; a realização de adaptações razoáveis, de acordo com as necessidades individuais, para garantia da acessibilidade; fluência ao ensino superior em geral; treinamento profissional de acordo com a vocação; educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições, entre outros.

Este diploma veio complementar a Declaração de Direitos Humanos, naquilo em que foi necessário particularizar, para promover a inclusão deste grupo social e garantir ao mesmo igualdade de condições para alcançar sua emancipação.

Além da convenção acima referida, existem ainda na esfera do direito internacional, a Declaração Universal de Educação para todos¹¹, de 1990; e a Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas em Educação Especial¹², produzida pela UNESCO¹³ em 1994. Nesta há a proposta para que o ensino de crianças com necessidades especiais ocorra em classes conjuntas com as demais crianças, promovendo a verdadeira inclusão das PCD no sistema educacional (UNESCO).

Portanto, a começar pela Constituição Federal, seja pela força normativa e efetividade das normas internalizadas ao direito pátrio, seja pelo peso moral e político das declarações emitidas por entidades supranacionais, a produção normativa internacional permeia toda a ordem jurídica brasileira, influenciando a produção legislativa nacional, na busca pela igualdade substantiva (com educação inclusiva), como veremos a seguir.

5. O DIREITO À EDUCAÇÃO E À IGUALDADE DAS PCD NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A história político-jurídica de nosso país tem como fontes documentais, das mais completas, os textos constitucionais. A verificação destes nos permite

¹⁰ Disponível em: www.un.org/disabilities/documents/natl/portugal-OP.doc

¹¹ Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000108.pdf>

¹² Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>

¹³ Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura - UNESCO

acompanhar a evolução dos pensamentos jurídico, político, econômico e social brasileiros, desde a concepção do texto liberal-monarquista de 1824, passando pelo golpe republicano, a República Velha, a chamada era Vargas, as tentativas democráticas da década de 1950, e o golpe militar com toda sua violência institucionalizada. Todos estes períodos da história nacional podem ser analisados mediante a leitura dos textos das constituições vigentes a cada época.

Além de fonte de estudos sobre a evolução do pensamento político, estes textos contribuem ricamente para a pesquisa referente aos direitos fundamentais, pois, refletem o sentimento das classes dirigentes nacionais, em relação a variados temas de direitos civis e humanos, e, entre estes, os que nesta hora interessam a este estudo, a questão da educação e do tratamento dispensado a grupos diferenciados, ao longo do tempo, em especial às PCD. Para tanto se destacarão, em poucas palavras, os dispositivos que trataram dos temas afetos em cada texto constitucional histórico, e, por fim, far-se-á a apresentação destes mesmos temas na carta de 1988.

A Constituição de 1824 tinha entre seus dispositivos aquele do Art. 179, XXXII, que garantia a inviolabilidade dos Direitos Civis, e declarava, entre outros direitos, que haveria “Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos” (NOGUEIRA, 2001 p. 103).

O Constituinte de 1891 não menciona a gratuidade do ensino, apenas reafirma o princípio republicano da laicidade do Estado, mediante a inclusão do §6º no art. 72 daquela Constituição, onde informa que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos” (BALEEIRO, 2001, p. 97). Inova, contudo, no sentido da igualdade de oportunidades e na aplicação do princípio da impessoalidade, quando estipula, no art. 73, que “Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas” (BALEEIRO, 2001 p. 99), constituiu-se, então, no primeiro dispositivo constitucional que garantia formalmente a inclusão e a igualdade de condições, neste caso referente ao serviço público.

A Constituição Getulista de 1934 – cuja inspiração ainda é caso de muita divergência entre os estudiosos especializados – tratou tanto da educação, quanto da assistência social nos seguintes termos: sobre a assistência às pessoas necessitadas, o art. 138 inclui, na competência da União, “assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurará coordenar; b) estimular a educação eugênica”¹⁴ (POLETTI, 2001, p. 166). Quanto ao direito à educação, afirma no art. 149, “a educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos” [...] (POLETTI, 2001 p. 168), já no art. 150, parágrafo único, alínea a, garante a gratuidade do ensino fundamental (POLETTI, 2001, p. 168).

¹⁴ Essa “educação eugênica” nos parece ser uma clara referência ao culto do aprimoramento da raça, de origem nazifascista.

O fechamento do regime em 1937 (uma redundância histórica) reproduziu a garantia ao ensino gratuito primário, mas atribuindo-o não como um direito, contudo um dever, pois o torna obrigatório, nos termos dos artigos 129 e 130 (PORTO, 2001, p. 103). Quanto à Assistência Social, cria as bases para que a legislação trabalhista institua “seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho”, art. 137, alínea m (PORTO, 2001, p. 105).

Findo o primeiro período Getulista, a Constituição Federal de 1946 repete os dispositivos relativos à assistência à invalidez dos trabalhadores, art. 157, XVI (BALEEIRO, 2001, p. 106); reafirma o direito à educação, com inspiração na solidariedade humana, art. 166; garante o ensino primário gratuito no art. 168 (BALEEIRO, 2001, p. 108), além disso, surpreendentemente, inova no sentido de incluir, pela primeira vez, num texto constitucional pátrio, a menção à garantia de uma educação especializada, nos termos do art. 172 “Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar” (BALEEIRO, 2001, p. 109). Foi a primeira vez que se reconheceu na Carta Magna, que o sistema educacional deve atender às necessidades de aprendizado especial, daqueles que dele necessitem, para que possam, tanto quanto os demais, compreender e utilizar de maneira máxima o conhecimento passado nos estabelecimentos de ensino.

A Constituição de 1967, imposta pelos generais, referentemente ao tema deste trabalho, assegurou aos trabalhadores acometidos de invalidez a assistência previdenciária estatal, art. 158 (THEMÍSTOCLES, 2001, p. 167); trata dos direitos à educação gratuita e especializada nos art. 168 e 169 (THEMÍSTOCLES, 2001, p. 171-172).

Esta rápida análise dos textos constitucionais históricos nos permite verificar que, no que se refere à educação, desde a primeira constituição brasileira esta recebeu o status de direito de todos os brasileiros, e, ao Estado, sempre foi atribuída a obrigação de provê-la gratuitamente (educação básica). Verifica-se, também, que foi após a constituição de 1946 – repetido no texto de 1967 – que foi reconhecida a necessidade de adequação dos métodos e condições materiais para permitir às pessoas necessitadas, uma educação especializada, contudo, não há, ainda, qualquer referência à educação especial dirigida às pessoas com deficiência, o que efetivamente ocorre somente em 88.

A outra verificação que se faz, refere-se à questão do tratamento diferenciado a grupos marginalizados. Nota-se que a igualdade formal orientou as ações do Estado desde o Império (escravista) até o fim da República Velha. Naqueles textos, apenas os servidores públicos foram destacados e tratados com “diferença”, pois, faziam jus à aposentadoria especial, no caso de “invalidez”. Findo este período, verifica-se nas constituições getulistas, a proteção diferenciada de que é alvo a classe trabalhadora (não cabe aqui a discussão ideológica), tendo sido garantidos a estes uma série de novos direitos ditos “sociais”, entre eles o que

assegura auxílio previdenciário “no caso de invalidez”. E foi só, não houve antes da Constituição Cidadã, qualquer referência à igualdade material ou a um tratamento diferenciado equiparador, e, muito menos qualquer referência às PCD.

Esta situação sofre uma guinada histórica com a Constituição Federal de outubro de 1988. Os princípios da solidariedade e da igualdade material guiaram a confecção do texto, e, como já foi exposto no item próprio, a tônica para a garantia dos direitos fundamentais e o fim das desigualdades, foi maximizada.

Particularmente no que toca aos direitos das Pessoas com Deficiência, a constituição é generosa e incluiu uma série de dispositivos garantidores, por exemplo: Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; Art. 24, XIV; Art. 37, VIII; Art. 40, § 4º; Art. 201, § 1º; Art. 203, V; Art. 227, §2º.

Com relação à educação, a constituição comanda, e não deixa dúvidas, sobre o direito à educação especial direcionado às Pessoas com Deficiência nos arts 208 e 227, II, CR/88¹⁵.

Com isto, atualmente, o Direito Constitucional brasileiro, nos dispositivos acima transcritos, constitui a maior fonte de direitos específicos das Pessoas com Deficiência, que tem aplicação imediata, por tratarem de direitos fundamentais, como ensina Gilmar Ferreira Mendes ao afirmar que o Brasil adotou a sistemática Alemã e Espanhola “conforme se lê no §1º do art. 5º do Texto, em que se diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E segue dizendo que “o texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais” (MENDES, 2008, p. 253).

Neste sentido, cabe à administração pública a implantação de políticas que garantam a efetivação daqueles direitos fundamentais contidos nos citados artigos da constituição. Esta, por sua vez, busca alcançar este objetivo mediante a adoção de uma legislação específica, que regula a atuação das esferas estatais neste mister, a qual, referentemente à de competência da esfera federal, será objeto de análise no próximo item.

6. O DIREITO À EDUCAÇÃO E À IGUALDADE DAS PCD NA LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Ainda sob o impacto da recente promulgação de uma nova Constituição, que atendeu aos critérios processuais democráticos para a sua concepção – mas que não teve, necessariamente, uma grande participação popular – o Estado, premido pelas inúmeras demandas geradas a partir da nova posição adotada no

¹⁵ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; Art. 227, II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (BRASIL, 1988).

texto constitucional, de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais, iniciou uma série de discussões em torno da implementação destes direitos e a necessária regulamentação de suas próprias ações.

Para tanto, vários foram os diplomas legais produzidos à época, os quais versavam sobre diversas matérias, e, inclusive, sobre educação, igualdade material, proteção a grupos vulneráveis, além de tratarem dos direitos das pessoas com deficiência.

Nesta seara, nos interessam especificamente a Lei 7.853/89, que trata de uma generalidade de situações referentes aos direitos das Pessoas com Deficiência; a Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei 9.394/96, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

A Lei 7.853/89 fixou as diretrizes a serem seguidas pelas três esferas administrativas, no que concerne aos Direitos das Pessoas com Deficiência. Em particular, no caso da educação especial, esta Lei instituiu as seguintes obrigações aos órgãos e entidades da administração direta e indireta:

Art. 2º, I - na área da educação: a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios; b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas; c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino; d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência; e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo; f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino; IV - na área de recursos humanos: a) a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional. (BRASIL, 1989).

Trata esta Lei, então, de estabelecer as condições para que as Pessoas com Deficiência possam ser efetivamente incluídas no sistema educacional, público e privado, garantindo, destacadamente, a gratuidade do ensino especial; a extensão de benefícios materiais aos estudantes com deficiências; a garantia da matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares daquelas Pessoas com Deficiência que sejam capazes de se integrar; entre outros direitos.

Além de regulamentar os direitos constitucionalmente declarados das Pessoas com Deficiência, a citada lei tipifica como crimes, passíveis de pena de reclusão

e multa, as condutas que, injustificadamente, obstarem o gozo dos direitos nela elencados, como, por exemplo, o disposto no art. 8º, I¹⁶.

Pouco tempo após a promulgação da Lei 7.853/89 entra em vigor outra lei especial, que promoveu uma verdadeira revolução nas relações jurídicas e sociais relativamente ao trato com a juventude, que foi o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta lei, de número 8069/90, se constituiu num instrumento de defesa e promoção do bem estar deste grupo heterogêneo, pois se compõe de crianças e adolescentes de todas as raças, todas as classes sociais, jovens sem e com deficiências, compreendendo, ao lado do seguimento dos idosos, o grupo mais vulnerável de nossa sociedade.

Estatuto da Criança e do Adolescente – Interpretação. O ECA há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. [...] (HC 88.945, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-3-2008, Primeira Turma, DJE de 2-5-2008.).

Pois bem, esta lei “revolucionária” que trata, entre outros importantes temas relacionados à juventude, do direito ao trabalho, do direito à família, do direito à proteção especial do Estado, trata, também, como não poderia deixar de ser, do direito à educação para todas as crianças e adolescentes brasileiros, inclusive aquelas que necessitam de uma educação especial, no caso, as crianças com deficiências. Destacamos a seguir os dispositivos referentes aos temas abordados:

Lei 8069/90 - Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; Art. 66 - Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido. Art. 86 - A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 87 - São linhas de ação da política de atendimento: VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (BRASIL, 1990).

Note-se que, no que tange a questão da educação especial, o texto insculpido no ECA¹⁷, como os anteriormente citados, determina que os estudantes com

¹⁶ Lei 7.853/89 - Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

¹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente.

deficiência tenham o direito de frequentar as aulas na rede regular de ensino, em classes conjuntas com a dos demais estudantes, pois, a expressão “preferencialmente” deve ser interpretada como uma imposição, que, somente em casos fora do comum, pode ser afastada. Trata-se de uma ação, que tem escopo constitucional, para acabar com a discriminação e com o preconceito, nos termos do art. 3º, IV da CF/88.

Para encerrar a exposição da Legislação Federal Ordinária sobre o tema deste trabalho, é imprescindível fazer menção à Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, Lei 9.394/96, pois, encontra-se nesta lei, toda a regulamentação da técnica pedagógica que deverá ser adotada pelo sistema de ensino brasileiro, inclusive e especialmente as técnicas e metodologias sobre educação especial destinada às PCD.

A educação especial encontra-se regulada nos artigos, 58, 59 e 60 da LDB, cuja proposta principal é a de promover a inclusão dos estudantes com deficiência no meio escolar.

Contudo, não basta a integração formal e material dos alunos com deficiências nas classes com as demais crianças, pois, na atualidade, o novo paradigma educacional é o da inclusão. Na lição dos especialistas:

[...] a educação inclusiva traz mudanças no antigo paradigma, pois procura identificar as limitações do ambiente em prover educação de qualidade a todos, em vez de focar o déficit funcional da criança. Ou seja, no movimento de integração o esforço é unilateral, espera-se que a criança se ajuste ao programa escolar. Já na inclusão, espera-se um movimento bilateral, em que a escola também se deve mobilizar para oferecer condições educacionais que beneficiem o desenvolvimento de todas as crianças (RAIÇA, 2006 p. 17).

É, portanto, com fundamento nesta doutrina, que propugna a plena inclusão das PCD na sociedade e não a sua integração de forma mecânica, que parte-se agora para a análise dos instrumentos processuais capazes de garantir, mediante a jurisdição, a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente materializados.

7. O DIREITO PROCESSUAL E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Como se viu nos itens anteriores, a atualidade sócionormativa brasileira, inspirada pelo constitucionalismo moderno, elevou a um novo patamar a narrativa sobre os direitos fundamentais. Estes passaram da condição de normas gerais, indicativas de uma sociedade ideal, para serem considerados normas de aplicação imediata e plena, tendentes à concreta realização de uma finalidade social.

Contudo, em que pese este novo status, a todo o momento os direitos fundamentais são desrespeitados, seja nas relações entre os particulares (efeito horizontal), seja por ações ou omissões do próprio Estado.

Diante desta constatação, e afastada a hipótese da tutela privada, foi necessário impor, no leque dos direitos fundamentais, um direito que servisse de sumo garantidor para a realização dos demais, nasce aí o direito fundamental de acesso à justiça.

[...] a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. (SANTOS, 2010, p. 167).

Portanto, o anteriormente neutro e técnico “direito de ação”, transforma-se num novo direito social (de acesso à justiça), constitucionalmente garantido destinado a dar concretude aos demais direitos fundamentais pela via processual. É, pois, o processo um meio “indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos direitos fundamentais” (Canotilho, 2008 p. 79). Nas palavras do processualista Rosemiro Pereira Leal, estes direitos se realizam mediante o processo que ele define como sendo o:

Conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado, e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados (LEAL, 2005, p. 100).

Em se tratando, portanto, da imediata fruição de direitos fundamentais, neste caso em especial, do direito à educação especializada – e gratuita, na rede pública de ensino, preferencialmente em classes conjuntas – das PCD, direitos estes declarados exaustivamente na Constituição Federal (art. 208, I e III) e na legislação ordinária (art. 2º da Lei 7.853/89, art. 54, III da Lei 8069/90 e o art. 58 da Lei 9.394/96), tem-se como instrumento para a sua materialização o processo judicial.

Vários são os dispositivos legais, que tratam dos procedimentos a serem adotados pelos cidadãos, ao procurarem o Estado, para que este, mediante o poder da jurisdição, dirima a controvérsia. Poder este que é definido como sendo “a realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo e autoritativo (caráter inevitável da jurisdição), com aptidão para tornar-se indiscutível” (JÚNIOR, 2007, p. 65).

O Código de Processo Civil é a fonte geral do direito processual brasileiro e serve como guia para a maior parte das lides levadas ao judiciário. Contudo, em razão do tratamento especial – equiparador – que a Constituição Federal dá a grupos vulneráveis, como já foi dito, existem outras leis, especiais, que propõem procedimentos diferenciados, mais simples que os da lei geral, a fim de assegurar aos seus destinatários o pleno gozo de seus direitos fundamentais.

No caso do direito fundamental à educação das PCD, a legislação ordinária dá a este grupo algumas alternativas, fora do CPC¹⁸, que poderão ser utilizadas na hipótese de demandarem a intervenção do Estado para a solução da lide. Estas podem ser encontradas na Lei 7856/89, no art. 3º ao 7º, que cria a Ação Civil Pública destinada a defender direitos coletivos e difusos das Pessoas com Deficiência:

LEI 7856/89: Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1989).

Existem também os dispositivos insculpidos nos artigos 209 a 224, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se dirigem, especialmente, para a proteção do direito à educação nos termos do art. 208, II da referida legislação.

Por fim, ainda na seara do direito processual especializado para a proteção de direitos fundamentais, existe o mandamento do art. 5º, §3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394/96, que declara o direito subjetivo à educação e institui um direito de petição do cidadão, junto ao Poder Judiciário, para reclamar este direito.

Lei 9.394/96 -Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. § 3º Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente (BRASIL, 1996).

Contudo, em que pesem as muitas alternativas procedimentais existentes, para enfrentar a situação, hipotética, de a pessoa com deficiência ter o direito de matrícula – em qualquer estabelecimento de ensino – negado, tem-se que o

¹⁸ Código de Processo Civil

caminho procedimental mais adequado é a ação mandamental. Isso porque pode ocorrer que os dispositivos elencados não se adequem ao caso, por exemplo, de um adulto que tenha seu direito a matrícula negado.

De fato, a Lei 7856/89, trata de direitos processuais coletivos das Pessoas com Deficiência, a Lei 8069/90, apesar de prever a ação mandamental, no art. 212, §2º, não pode ser invocada por uma pessoa adulta, por fim, os dispositivos da LDB tratam de um direito de “petição” ao Poder Judiciário, que deverá ser devidamente adequado a algum procedimento previsto na legislação, para o exercício do direito de acesso à justiça.

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional, que tem a finalidade de garantir, perante o poder judiciário, o direitos líquido e certo das pessoas (físicas ou jurídicas), não amparado por habeas corpus ou habeas data, em face do Estado e de particulares (em casos específicos¹⁹), que cometam ilegalidades ou abuso de poder, que se caracteriza pela prioridade na tramitação, a celeridade e a efetividade da decisão, que é aplicada sem delonga, pois, “acolhida a segurança impetrada, o juiz vai além da simples declaração e condenação. Expede ordem de autoridade para cumprimento imediato” (JÚNIOR, 2007 p. 512).

Para que a PCD, que teve seu direito a matrícula no estabelecimento de ensino negado, possa manejar a ação mandamental, é necessário que siga o rito estabelecido na nova Lei do Mandado de Segurança, a Lei 12.016/09, que regula a aplicação deste remédio constitucional. Não é o caso, neste trabalho, de se apresentar todas as características e hipóteses de utilização do Mandado de Segurança, matéria que é brilhantemente analisada nas obras clássicas do gênero, mas tão somente, circunscrever a aplicação desta ação ao caso concreto acima exposto. Trataremos, portanto, de uma pessoa física, com deficiência, que procurou um estabelecimento de ensino e teve a sua matrícula negada. Neste caso, o mandado de segurança a ser impetrado pela PCD deverá conter os seguintes elementos:

A - Legitimidade ativa: O art. 1º da nova lei do Mandado de Segurança diz que este pode ser utilizado por quaisquer pessoas físicas e jurídicas, titulares de direitos, portanto, no caso apresentado, tem legitimidade para propor a ação junto ao Poder Judiciário a própria pessoa com deficiência ou seu representante legal, no caso de incapacidade jurídica.

B - Legitimidade passiva: A autoridade que praticou a ilegalidade ou abusou do poder ou que tenha poderes para decidir sobre a prática do ato reputado ilegal é a destinatária da medida, chamada de “coatora” (art. 6º, § 3º, Lei 12.016/09), note-se que não se trata de imputar a uma

¹⁹ “Aceitando a impetração em face de ato de diretor de estabelecimento particular de ensino que retivera abusivamente documentos de aluno: TJRJ, ApC nº 10.846/98, Rel. Des. Luiz Fux, reg. 6.8.99” (Meirelles, 2006).

pessoa, ocupante de cargo, a responsabilidade exclusivamente, é certo que o aparato estatal, a qual a autoridade está vinculada, também é destinatário da medida judicial. Contudo, na peça exordial, deve-se indicar nominalmente a pessoa – neste caso o diretor do estabelecimento de ensino, ou seu correspondente, por exemplo.

C - Direito líquido e certo: direito líquido e certo é aquele que é comprovado imediatamente, cuja materialidade da prova segue juntamente com a petição do mandado de segurança. A lei dá o direito à matrícula no estabelecimento de ensino, a recusa da mesma deve ser comprovada preferencialmente com documentos que demonstrem a negativa da mesma. O ideal seria uma certidão do estabelecimento negando a matrícula por tais e tais razões (Art. 6º, § 1º), que, se negada, deverá ser obtida por ordem do juiz. Além disto, faz-se prova mediante a apresentação do protocolo da matrícula, de correspondências expedidas pelo estabelecimento de ensino, das listas com nomes de alunos matriculados e outros documentos, que podem servir para provar que houve o pedido de inscrição da PCD na escola e que a mesma não foi efetivada.

D - Procedimento: A Petição inicial do mandado de segurança deve cumprir os elementos constitutivos que se encontram no artigo 282, do CPC, acrescido dos demais estabelecidos nesta própria lei, (art. 6º caput), acompanhada pela documentação probatória e do pedido de liminar. Recebida a inicial o juiz determinará a notificação da autoridade coatora para que, no prazo de 10 dias, preste as informações (art. 7º, I); será também cientificado o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada.

E - Liminar: o art. 7º, III da Lei 12.016/09, prevê a possibilidade da concessão de medida liminar, “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”, pois, sendo a PCD impedida de participar das aulas, caso venha a ser vitoriosa a sua ação mandamental, o prejuízo já haverá ocorrido vez que as matérias ministradas até aquela data deverão ser repostas de maneira que nem sempre é a mais benéfica e de eficiência duvidosa.

F - Prazo: o art. 23 da referida lei do Mandado de Segurança estipula o prazo de 120 dias para sua impetração, o que, se ultrapassado, decai o direito de utilizar esta ação.

G - Competência: a competência da ação mandamental é definida “pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional” (MEIRELLES, 2006, p. 72). Afastada a competência originária dos tribunais e outras previstas em leis especiais, para os Mandados de Segurança impetrados contra autoridade federais (reitor de uma Universidade Federal, por exemplo) a competência é das Varas da Justiça Federal conforme o art. 131, alínea d da CF/88. Já as autoridades estaduais e municipais (Diretores de Escolas

Estaduais e Municipais), “o juízo competente será sempre o da respectiva comarca, circunscrição ou distrito” (MEIRELLES, 2006, p. 73), de acordo com o art. 132, alínea g da CF/88.

8. CONCLUSÃO

Como pudemos verificar neste trabalho, a Educação é uma *instituição social* que atua nas dimensões pessoal e política. Na dimensão pessoal ela pode significar a verdadeira emancipação do indivíduo, tornando-o consciente de si e do mundo. Já na dimensão social, a Educação é o caminho para a construção de uma comunidade política verdadeiramente democrática, na qual os seus membros garantam reciprocamente os Direitos Fundamentais de todos.

Pudemos, também, verificar que a Educação é fator de divisão de classes e instrumento de manutenção do status quo no Brasil. Aqueles que possuem uma boa educação têm muito mais oportunidades para desenvolver plenamente a sua personalidade que os demais.

No passado (recente) as pessoas com deficiência foram (e ainda continuam sendo) duplamente sacrificadas pela sociedade, pois, além de sofrerem com a discriminação e o preconceito por sua condição física ou mental, não recebiam do Estado a devida prestação educacional que lhes poderia proporcionar uma melhora na sua condição de vida.

Após a Constituição de 1988 esta situação, do ponto de vista do direito, se transformou radicalmente, pois, tendo como fundamento a solidariedade social, foram incluídos no rol dos direitos fundamentais, entre outros, o direito à educação especial voltado para as PCD.

Contudo, em que pese à força normativa do mandamento constitucional, o Estado (e os particulares também), insiste em negar aos cidadãos os seus direitos fundamentais sob as mais diversas alegações escudadas na indigitada teoria da “reserva do possível”.

No caso do direito fundamental à educação especial das PCD, a situação estudada neste trabalho é uma das várias possíveis de ocorrer, que é a negativa de matrícula no sistema educacional.

Para dar cabo desta afronta ao direito a própria Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais, deu a solução para enfrentar o problema, mediante o exercício do direito de acesso à justiça, utilizando-se do processo judicial que tem entre suas possibilidades o “remédio constitucional” denominado Mandado de Segurança, que é o instrumento eficaz para promover a garantia do direito aviltado.

Este estudo teve, portanto, o condão de repercutir a situação das PCD no que concerne ao direito fundamental à educação e, por fim, contribuir com as mesmas, indicando-as um caminho jurídico-constitucional que lhes faça valer o direito.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABREU, Sérgio. O Princípio da Igualdade. In: *Sensível Desigualdade ou A Isonomia Matizada*. Peixinho Manoel Messias e (coord). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AURÉLIO, Marco. HC 88.945, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-3-2008, Primeira Turma, [Processo]. DJE de 2-5-2008 : STF, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. *Constituição Brasileira: 1891*. 2ª . Vol. II Brasília : Senado Federal - Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.
- _____; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituição Brasileira: 1946*. 2 ed. Vol V Brasília : Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.
- BARBOSA, Min. Joaquim [Processo] : AI 601.832-AgR. - Brasília, DJE de 3-4-2009 : STF, 2009.
- BRASIL. Constituição Brasileira: 1988. Brasília : Senado federal.
- BRASIL. Constituição da República-1824 Presidência da Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 22 set 2011.
- BRASIL, República-1937. Presidência da República. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 22 set 2011.
- BURCKHART, J. *Die Kultur der Renaissance in Italien. Mitos do Individualismo Moderno*. A. do livro Watt I. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed.Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CARPETIER, Jean e Lebrun François. *História da Europa*. Lisboa: Editorial Estampa, 1996.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DUGUIT, Sergio Antônio. *Léon Fundamentos do Direito*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

DURKEIM, Émile. Règles de la méthode sociologique, 2 ed, p.XXIII. *Dicionário de Filosofia*. Abbagnamo Nicola. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIORDANI, Mario Curtis. *História de Roma: Antiguidade Classica II*. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel. *Introdução à Metafísica dos Costumes*. Os Grande Filósofos do Direito. Org: Clarence Morris. São Paulo: Matrins Fontes, 2002.

LAMBERT, Jean-Marie. *Curso de direito internacional público*, vol. II. Curso de Direito Internacional Público. Mazzuoli Valerio de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Têoria Geral do Processo*. 6ª. São Paulo: IOB Thonson, 2005.

LIMA, João Augusto de Anísio. em movimento. Brasília: Senado Federal, 2002, p.33 [Seção do Livro] // Pedagogia da Emancipação / A. do livro Gustin Miracy Barbosa de Souza. - Belo Horizonte : Forum, 2010.

LÚCIA, Rel. Min. Cármen ADI 2.649. DJE de 17-10-2008: STF, julgamento em 8-5-2008, Plenário.

MATURANA, Humberto. *Emoções e Linguagem de Educação e na Política*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

_____. Humberto Formação Humana e Capacitação. Belo Horizonte: Vozes, 2003.

MEIRELLES, Ely Lopes. *Mandado de Segurança*. 29ª ed.São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso de Albuquerque. *O Princípio da Solidariedade no Direito Internacional Público*. Discionário de Princípios Jurídicos. Ricardo Lobo Torres Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, organizadores, Silvia Faber Torres, supervisora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MÜLLER Friedrich *Quem é o Povo*. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NOGUEIRA, Otaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Vol. I. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PLATÃO, Menexeno. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. Kelly John M. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. 2ª. Vol. III. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001. .
- PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. 2ª. Vol. IV. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.
- RAIÇA, Cláudia Prioste Darcy; MACHADO, Maria Luiza Gomes. *10 questões sobre a educação inclusiva da pessoa com deficiência mental* . São Paulo: Avercamp, 2006.
- RIBEIRO Darcy O povo brasileiro [Livro]. - São Paulo : Companhia das Letras, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Procedimentos Especiais. 38ª ed: Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- THEMÍSTOCLES, Brandão Cavalcanti Luiz Navarro de Brito, Aliomar Baleeiro *Constituições Brasileiras: 1967*. 2ª : Vol. VI. Brasília : Senado federal, 2001.
- UNESCO. *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura* - UNESCO Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>. Acesso em 15 set 2011.
- VIDAL-NAQUET, Pierre. *Os Gregos, Os Historiadores, A Democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CAPÍTULO 2

A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES

Cesar Leandro de Almeida Rabelo¹
Guilherme Goulart Dias Assunção²

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.101 de 2005 veio trazer aos empresários uma possível solução aos seus problemas financeiros, de modo a possibilitar a recuperação do empreendimento, não decretando de imediato a falência.

Tem-se então que a ideia principal da recuperação judicial é permitir a continuidade do empreendimento de modo a superar a crise econômica. Desta forma, uma vez deferida a recuperação judicial, não há a paralisação da atividade empresarial, de modo a permitir que a empresa avance no mercado.

O que se tem é que a recuperação judicial é, antes de tudo, uma forma de o Estado atender aos interesses coletivos, já que a manutenção do funcionamento de uma empresa acarreta diversas consequências sociais.

Ademais, a possibilidade de recuperação atinge uma pluralidade de pessoas, principalmente os credores, estando entre eles o Fisco, e os trabalhadores. Sabe-se que o Estado é o responsável pela manutenção dos interesses da coletividade, cabendo a ele, então, interferir na economia do país, possibilitando seu desenvolvimento econômico.

O Estado necessita dos serviços prestados pelos particulares para se manter, sendo que, através do processo licitatório, atende suas necessidades e permite

¹ Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CEAJUFE - Centro de estudos da área jurídica federal. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade FUMEC. Professor de Direito da Faculdade Del Rey - Uniesp e Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Sócio do escritório de advocacia Abreu, Lanna, Mello e Almeida Advogados Associados.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Comunitária de Ensino Superior de Itabira - FUNCESI. Advogado

aos empresários a comercialização do seu produto, acabando por ajudar na economia do país, gerando emprego e alavancando o mercado. Assim, o processo licitatório, antes de tudo, é uma forma de atendimento das necessidades sociais (coletivas), de modo que, quanto mais amplo o leque de licitantes, melhor se atenderá ao princípio da igualdade.

A lei de licitações, inicialmente, não permitia às empresas em processo de falência e em concordata participar nas contratações públicas. Com o advento da Lei n. 11.101/2005, passou-se a proibir, também, a participação das empresas em recuperação judicial de participarem das licitações, ao argumento de que tal procedimento judicial teria vindo substituir a concordata.

Há que se analisar, porém, se isso não caracteriza um retrocesso legal e social, haja vista que a finalidade da recuperação judicial é permitir à empresa insolvente a possibilidade de se reerguer.

Uma vez que se limita a forma de atuação da empresa no mercado, ao não permitir que ela participe de licitações, retira-se da empresa a possibilidade de vender o seu produto para a administração pública. Essa questão é de suma importância para a discussão, já que o contrato com a administração pública pode representar uma possibilidade de entrada de capital para a empresa, alavancando assim, o processo de recuperação.

É claro que há que se analisar, também, o risco que isso representa à administração pública, haja vista que não é possível prever se a empresa terá capacidade de executar o serviço, ou entregar o produto. Também, por outro lado, não há nada que comprove que ela não tenha a capacidade de honrar o contrato a ser assinado.

Diante disso, a presente pesquisa visa analisar a viabilidade de a empresa em recuperação judicial participar de licitações e contratar com administração pública, deixando claras as vantagens que poderá gerar para ambas as partes.

2. DA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

2.1. Da Concordata

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, faz-se necessária a análise de alguns conceitos e pontos divergentes sobre o tema, principalmente no que tange à diferença entre recuperação judicial e concordata. Há que se analisar se a primeira veio ou não substituir a segunda, e, em caso negativo, quais as consequências trazidas às empresas em processo de recuperação.

O instituto da concordata foi introduzido no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n.7661/1945, conhecido como “antiga lei de falência”, com o intuito inicial de possibilitar a superação da crise do empresário.

A finalidade precípua da concordata era evitar o prejuízo de alguns credores, quais sejam os quirografários, que não possuíam garantia do pagamento da

dívida. A ideia era o pagamento da dívida de modo parcelado, conforme as regras legais, ou com desconto.

A concordata apresenta-se no mundo jurídico como um instituto do Direito Falimentar, mais suave que a falência, mas com o escopo de proteger o crédito do devedor comerciante e a recuperação imediata da situação econômica em que se encontra temporariamente. (COSTA JÚNIOR, 2002, p.1)

Entende-se por concordata o benefício pelo qual o empresário poderá postergar o pagamento de suas dívidas, ou obter redução para pagá-las de imediato. Era, na verdade um favor legal concedido ao empresário de boa fé (tido como “honesto”, sob o ponto de vista ético-moral) que preenchesse os requisitos formais previstos na antiga Lei de Falências.

A concordata adquiriu hoje no mundo jurídico-comercial um “status” de importância formidável, visto que objetiva salvar o comerciante honesto, bom e fiel de eventuais transtornos causados por uma falência indesejada. Um comerciante que se encontre temporariamente indiciado não merece uma medida tão violenta como a falência. Por isso, a lei lhe deu a faculdade de se utilizar da concordata com o favor legal visando evitar a falência (concordata preventiva) ou suspendê-la (concordata suspensiva). (COSTA JÚNIOR, 2002, p.2)

Sobre o conceito e as vantagens da concordata discorre Lacerda:

[...] o ato processual pelo qual o devedor propõe em juízo melhor forma de pagamento a seus credores, afim de que, concedida pelo juiz, evite ou suspenda a falência. O instituto da concordata traz vantagens para o devedor porque evita a sua ruína, permitindo que possa ele permanecer ou voltar a suas atividades como homem de negócios. Também conclui ser uma vantagem aos credores, ou seja: por outro lado também, os credores aproveitam-se, pois melhores e maiores porcentagens que obterão na falência, sendo preferível, restabelecer o devido, possibilitando que ele mesmo dirija os seus negócios. (LACERDA, 1963, p.246)

É a partir do artigo 139 e 140³ da antiga lei de falências que se via disciplinada a concordata.

³ Art. 139. A concordata é preventiva ou suspensiva, conforme for pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência.

Art. 140. Não pode impetrar concordata:

I - o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;

II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º;

III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;

IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

Verifica-se no artigo 139 acima, que são duas as espécies de concordata: a preventiva e a suspensiva. A primeira deveria ser requerida pela empresa devedora antes da decretação da falência, possibilitando um prazo máximo de dois anos para o pagamento; enquanto a segunda tem a finalidade de suspender a falência já decretada, permitindo o pagamento à vista do débito com 50% (cinquenta por cento de desconto). O artigo 140, retro mencionado, ao excluir algumas empresas do benefício da concordata, acaba por determinar os requisitos para requerê-la, ou seja, delimita quem são os legitimados.

A concordata preventiva é requerida em busca de prevenir a decretação da falência do devedor comerciante e sendo concedida, impede a decretação da falência, ressalvada a hipótese de rescisão de concordata.

A concordata é suspensiva quando concedida no decorrer do processo falimentar no escopo de suspender a falência e instalar o procedimento da concordata, com as vantagens e efeitos que proporciona ao comerciante um estado temporário de insolvência, afastando as consequências drásticas da falência. (COSTA JÚNIOR, 2002, p.1)

A concordata apresentava dupla finalidade, sendo elas: evitar a decretação da falência ou suspender seus efeitos. Observa-se que a finalidade da concordata não é reerguer o negócio em crise, mas tão somente facilitar o recebimento do crédito pelos credores quirografários.

É claro que, evitar a falência, através do pagamento dos débitos, já é uma possibilidade do empresário se reerguer no mercado, contudo, a concordata, por si só nunca foi capaz de reerguer a empresa em crise financeira. O que acontecia era que as empresas acabam, no final, falindo e não se recuperando.

Enfim, concordata é uma pretensão jurídica que o comerciante se utiliza objetivando uma dilação de prazo para o pagamento dos credores, visando uma reorganização e uma reestruturação econômica e financeira da empresa a fim de suspender ou evitar a falência de sua empresa, Não se trata de um acordo entre devedor comerciante e credores, mas de uma demanda, um remédio legal e jurídico, um favor legal concedido ao comerciante honesto e de boa-fé, em virtude dos riscos que envolvem a atividade mercantil. (COSTA JÚNIOR, 2002, p.1)

Quando a concordata foi criada a intenção do legislador era propor ao empresário uma forma de se reerguer através da quitação de parte de sua dívida, evitando que ele viesse a falir. Neste sentido, aponta Almeida a função inicial da concordata:

A concordata, com efeito, pondo fim a uma série indeterminável de abusos, constitui-se na solução jurídica destinada a salvar o empresário dos percalços da falência, consistindo, naquela oportunidade, o meio eficaz para assegurar a sobrevivência da empresa, considerada, nos dias atuais, verdadeira instituição social. (ALMEIDA, 2007, p.300)

O que se verifica é que na prática a concordata não vingou como possibilidade de restauração da empresa, tendo apresentado diversos problemas, conforme discorre Lobato:

Durante décadas, a concordata representa a mais expressiva possibilidade de soerguimento da atividade de um devedor, premido por uma situação de liquidez. O chamado *benefício* da concordata era destinado ao devedor *infeliz* e de *boa-fé*, que apresentasse ainda situação patrimonial que permitisse vislumbrar chances de recuperação econômica.

A concordata, entretanto, padecia de gravíssimo defeito, estendia seus efeitos tão-somente aos credores quirografários, presentes ou não no processo, residentes no país ou fora dele. Nenhuma outra classe de credores estava submetida aos efeitos jurídicos que lhe eram próprios. Assim, tanto os credores trabalhistas, quanto os tributários, ou com qualquer espécie de privilégio, ou ainda os titulares de crédito com garantia real eram simplesmente excluídos da vinculação que a concordata judicialmente concedida estabelecia em relação aos credores quirografários. (LOBATO, 2007, p.80):

Na concordata o devedor, ao contrário do que acontece na falência, tem a livre administração dos seus bens, podendo continuar a administrar o seu negócio pessoalmente. Acabou que essa liberdade levou os comerciantes a agirem de má-fé, usando do desconto da lei e da livre administração dos bens para se enriquecer, gerando prejuízo aos credores e para o comércio em geral (já que essa atitude acabava por ferir o princípio da livre concorrência).

Ocorre que o Decreto-Lei n.7661/1945 foi revogado pela Lei n.11.101/2005, conhecida como a nova lei de falência. Sobre isso disserta Saramago:

A legislação revogada previa o instituto da concordata, que era um direito do comerciante honesto, que atendessem a determinadas condições e que passasse por uma difícil situação econômico-financeira. Com o decorrer do tempo, tal instituto deixou de atender às suas finalidades, quais sejam a recuperação do devedor comerciante e, em consequência, a preservação do empreendimento, porquanto as exigências impostas pela legislação inviabilizavam o êxito do concordatário, tais como: somente os créditos quirografários ficavam sujeitos à concordata; inexistência de protesto; a excessiva carga tributária, etc. Tornou-se, pois, muito mais um instrumento para burlar a lei falencial do que para recuperar a empresa. (SARAMAGO, 2006, p.15)

Diante disso, há autores que defendem que o instituto da recuperação judicial, introduzido por esta última lei, veio substituir a concordata. Tem-se, no entanto, que, como restará demonstrado, tal entendimento é equivocado, já que os dois institutos não se confundem.

2.2. Da Recuperação Judicial

Com o advento da Lei n.11.101/2005, conhecida como a nova lei de falência e de recuperação de empresas, introduziu no ordenamento jurídico uma novidade

extremamente relevante ao mercado econômico: a possibilidade da recuperação judicial. Essa inovação veio trazer esperança aos empresários diante da tão temida falência.

Na verdade, a lei de anterior, Decreto-Lei n.7661/1945, falava acerca da possibilidade de falência e de concordata. Assim, uma vez a nova lei não mencionando a concordata, entendeu-se que esta deixou de existir.

A recuperação judicial é definida como o procedimento regulamentado por um conjunto de normas elaboradas para que o devedor (empresário ou sociedade empresária) possa superar a situação de crise econômico-financeira em que se encontra, de modo a promover a manutenção da fonte produtora, de empregos e de interesse dos credores. São normas que visam à preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, por meios legalmente previstos, desde que sua viabilidade seja atestada em plano de recuperação que resulte de estudo econômico. (TZIRULNIK, 2005, p. 51)

O principal objetivo da recuperação judicial é a superação da crise econômica, que vem encaminhando a empresa para uma situação de falência. Permite-se então, através da recuperação que as empresas em crise, que exploram regularmente a atividade econômica há mais de dois anos, possam dar continuidade na sua atividade, tendo por finalidade a manutenção da fonte produtora, dos empregos e do interesse dos credores. Tal medida, nada mais é que uma intervenção do Estado na economia privada, estimulando a atividade econômica, ainda possível.

Segundo Souza (2008) a recuperação judicial é, na verdade, um conjunto de providências estrategicamente organizadas que tem por fito superar a crise da empresa, possibilitando, além do pagamento das dívidas, a retomada da rentabilidade autossustentável do empresário, com a *“conseqüente manutenção no mercado como fonte produtora, pagadora de tributos, prestadora e consumidora de bens e serviços, bem como contratante de mão-de-obra”* (SOUZA, 2008, p.2).

A recuperação judicial é instituto de Direito Empresarial criado com a finalidade de viabilizar a superação do estado de crise econômico-financeira do empresário ou sociedade empresária, permitindo a manutenção da fonte produtora que constitui riqueza para o país, produz bens, gera tributos, empregos e serve de estímulo à atividade econômica, evitando a decretação de falência com prejuízo aos credores.

[...]

A referida lei tem como finalidade principal recompor a saúde financeira do empresário ou sociedade, resguardando a continuidade de suas atividades, como recomendam os princípios da preservação e da função social da empresa, dispostos no art. 170 da Constituição da República.

Com o advento da nova lei, a recuperação judicial passou a ser considerada um procedimento prévio à falência, uma regra no ordenamento jurídico pátrio, com legitimação conferida ao devedor empresário para requerer sua aplicação,

consoante o disposto no art. 48 da Lei 11.101/2005, e não aos seus credores ou demais interessados. (NASCIMENTO, 2010, p.4-6)

Neste sentido enuncia o artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, discorrendo sobre os objetivos centrais da recuperação judicial:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005, p.1)

O processo de recuperação judicial é apresentado perante o judiciário pelo próprio empresário, que vê no seu empreendimento a possibilidade de se reerguer. Atendidos os requisitos enumerados no artigo 48 da lei retromencionada, o juiz deferirá o pedido de recuperação e o empresário ficará responsável por apresentar um plano de recuperação aos credores.

O artigo 48⁴ da Lei n. 11.101/2005 enumera os requisitos para se requerer a recuperação judicial.

Os requisitos são necessários para delimitar a norma, permitindo que apenas as empresas com economia viável sejam beneficiadas pela recuperação judicial, ou seja, tal benefício será concedido àquelas empresas que apresentam capacidade de se reerguer. Sobre isso disserta Nascimento:

Por certo, o instituto da recuperação judicial não é aplicável a todos os casos do mundo concreto indistintamente, pois pressupõe a existência de empresa considerada viável, cujo estado de crise seja transitório e superável. Busca-se a preservação da unidade produtiva, desde que a reorganização dos negócios seja viável, por meio do equilíbrio na preservação dos direitos dos devedores e credores. (NASCIMENTO, 2005, p.5)

Ressalta-se que o indeferimento do plano apresentado pelos credores implica no indeferimento da recuperação judicial e consequente decretação de falência.

O artigo 50⁵ da Lei n. 11.101/2005 elenca os meios de recuperação judicial.

⁴ Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. (BRASIL, 2005, p.1)

⁵ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

Muitas são as formas e possibilidades de recuperação da empresa, sendo que a lei prevê ainda, algumas vantagens à empresa para que ela possa ser mantida funcionando, dentre essas hipóteses podemos citar a vedação de retirada dos bens de capitais essenciais ao exercício da atividade comercial da recuperanda, nos 180 dias após o deferimento da recuperação judicial (artigo 6º da Lei n. 11.101/2005⁶). Verifica-se então, que a lei criou mecanismos para que a empresa possa se recuperar, sem que os credores sugassem todo o seu capital, impossibilitando seu avanço econômico.

Gouveia aponta que a recuperação judicial deve ser o meio utilizado sempre que possível, sendo que a lei apresenta outros mecanismos para solucionar a crise econômica, passando a falência a ser a última opção. Assim diz o autor:

A crise econômico-financeira de uma empresa, quando no seu primeiro momento, será provavelmente vencível com o emprego da recuperação extrajudicial, ou, até mesmo, de uma ou da combinação de outras modalidades de acordo de livre criação, autorizadas no art. 167; tratando-se de micro ou empresa de pequeno porte, até mesmo com a recuperação judicial de rito especial (arts. 70 a 72). Estando mais avançada, porém ainda superável, o remédio para vencê-la deverá

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial. (BRASIL, 2005, p.1)

⁶ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial. (BRASIL, 2005, p.1)

ser o da recuperação judicial de rito ordinário. Por fim, quando considerada irreversível, a chamada crise patrimonial, somente caberá a falência para combatê-la. (GOUVEIA, 2009, p.2)

A recuperação judicial poderá durar dois anos, independentemente dos prazos previstos no plano, que deverão ser cumpridos, já que o plano é considerado título executivo. Cada credor deve proceder à execução de forma individual a partir de então.

Por essas considerações é possível verificar as diferenças existentes entre ela e o instituto da concordata. Ademais, percebe-se que a recuperação judicial não é, necessariamente, a prévia para a falência, sendo na verdade um incentivo ao empresário em crise.

Assim, é mais provável que a empresa se recupere que ser decretada a falência ao final do processo, permitindo, desta feita, cumprir os contratos celebrados com os credores durante o processo de recuperação.

2.3. Da Substituição da Concordata pela Recuperação Judicial

Uma das correntes que se posiciona contra a participação da empresa em recuperação judicial nas licitações, justifica sua posição usando a analogia, já que a recuperação judicial seria, na verdade, uma evolução do instituto da concordata.

Segundo Ferreira (2011) esses doutrinadores afirmam que, apesar de haver algumas diferenças entre os dois institutos, a recuperação judicial teria vindo substituir a concordata, exigindo então, apenas uma interpretação evolutiva desta.

Na verdade extinguiu-se um instituto e criou-se outro, não tendo, no entanto um substituído o outro. Para haver substituição os institutos deveriam ser semelhantes, contudo se diferem em diversos aspectos, desde a finalidade até o procedimento. Assim, não há que se falar em substituição.

Os dois institutos têm em comum somente a finalidade para o qual foram criados, qual seja: manter a empresa no mercado. Contudo, verificou-se que com a concordata isso não era possível, já que a mera quitação do débito não era suficiente para reerguer a empresa. Assim, a finalidade inicial da concordata não foi atingida. O que levou à criação de outro instituto – diferente – que pudesse solucionar o problema.

A diferença entre concordata e recuperação judicial pode ser observada desde o conceito dado a cada instituto pela lei. Enquanto a lei definia a concordata como meio processual pelo qual se evitava ou suspendia a falência, a nova Lei de Falência traz um conceito bastante amplo de recuperação judicial. A recuperação judicial, como já demonstrado no citado artigo 47 da Lei 11101/2005, é a forma de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, e dos interesses dos credores.

Coelho aponta as diferenças entre concordata e recuperação judicial:

A medida judicial de preservação do devedor relativamente à falência deixa de ser a concordata (preventiva ou suspensiva) e passa a ser a recuperação judicial. As principais diferenças entre elas são: a) a concordata é um direito a que tinha acesso todo empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada; b) enquanto a concordata produz efeitos somente em relação aos credores quirografários, a recuperação judicial sujeita todos os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência (a única limitação legal é o pagamento das dívidas trabalhistas em no máximo um ano), exceto os fiscais (que devem ser pagos ou parcelados antes da concessão do benefício); c) o sacrifício imposto aos credores, na concordata, já vem definido na lei (dividendo mínimo) e é da unilateral escolha do devedor, ao passo que, na recuperação judicial, o sacrifício, se houver, deve ser delimitado no plano de recuperação, sem qualquer limitação legal e deve ser aprovado por todas as classes credoras. Atente-se: se o devedor é microempresário ou empresário de pequeno porte, a recuperação judicial segue rito simplificado. (COELHO, 2005, p.39)

Sobre a inovação da recuperação judicial e a diferença em relação à concordata aponta Carmo:

No direito atual, consubstanciado na Lei n. 11.101/2005, que extingue tanto a concordata preventiva como a suspensiva, o intuito do legislador não é o de preservar a satisfação dos créditos dos credores a qualquer custo e sim de viabilizar a recuperação judicial ou extrajudicial do devedor em dificuldade financeira, com o propósito de evitar ao máximo a decretação de sua falência, pois parte efetivamente do princípio de que a preservação da empresa é muito mais interessante para a sociedade porque ela privilegia os postos de trabalho, mantém o pagamento de impostos e garante o exercício do papel social da empresa com o conseqüente estímulo à atividade econômica.

A ênfase da recuperação judicial ou extrajudicial parte do princípio de que é mais fácil salvar o enfermo do que ressuscitar o morto, sendo que uma vez salva a empresa, enquanto possível utilização de meios jurídicos pra este fim, o objetivo não é liquidar para repartir, mas de conservar para salvar e ter melhores proveitos econômicos para todos. (CARMO, 2008, p.1)

Assim, enquanto o objetivo da concordata era satisfazer os débitos da empresa, de modo a resguardar o credor, o objetivo primeiro da recuperação judicial é viabilizar que a empresa continue no mercado, para só então, satisfazer os credores. O que se verifica é que na recuperação judicial todos saem ganhando, seja empresa, credores e até mesmo o Fisco e o trabalhador.

Almeida (1999) define concordata, de acordo com o significado do próprio termo, como concordar, fazer um acordo, sendo que aponta como sendo seu intuito a regularização da situação econômica do devedor, evitando ou suspendendo a falência.

O que se observa a partir deste conceito é que a finalidade da concordata é facilitar o recebimento do crédito, de modo que o empresário não venha falir. A concordata não garante a manutenção do negócio, já que é apenas uma dilação de prazo de remissão de dívida.

Certo é que com o cumprimento da concordata não haverá mais dívida, todavia, a ausência de dívida não é suficiente para reerguer a empresa, ao contrário do que ocorre na recuperação judicial.

O que aconteceu foi que a interpretação da antiga lei de falências, conforme já mencionado, passou a privilegiar somente o instituto da falência, fazendo com que a concordata passasse a ser imprópria ao fim a que se destinava.

A doutrinadora Sztajn (2007) disse, ainda, que a concordata na modalidade preventiva, na grande maioria dos casos acarretava na procrastinação do desequilíbrio econômico-financeiro, e, quase sempre na decretação da falência. Enquanto o novo instituto da recuperação judicial fomenta “*meios profícuos para a eficaz reabilitação econômico e financeira da empresa*”, acrescenta a autora (SZTAJN, 2007, p.220).

Se por um lado o antigo regime possuía caráter processual, sem a prevalência da autonomia da vontade das partes envolvidas (credores e devedor), entendido até mesmo como um favor legal, sem qualquer feição contratual, a recuperação de empresa se preocupa não apenas com a satisfação dos créditos envolvidos, mas com a proteção jurídica do mercado. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 471)

O doutrinador Lobato aponta a recuperação judicial como sendo o meio hábil de recobrar a empresa. Eis o seu entendimento:

São múltiplos, portanto, os objetivos almejados pelo legislador ao consagrar a recuperação judicial como meio hábil a promover o soerguimento da empresa em estado de crise econômico-financeira, ainda não insolvente, mas em situação passível de reequilíbrio. (LOBATO, 2007, p.21)

Desta feita, o que se observa é que a nova lei tirou o foco dos credores, passando-o ao interesse coletivo.

Particularmente, a recuperação judicial almeja a harmonização dos interesses intrinsecamente conflituosos, titularizados pelos credores, pelos empregados e pelo próprio devedor. Evitou o legislador, de modo deliberado, eleger os credores como os principais destinatários da recuperação judicial. Preferiu, ao contrário, a ousada e difícil tentativa de composição dos interesses dos agentes econômicos em cena. Mencionou, expressamente, o estímulo à atividade econômica e o prestígio da função social da propriedade como paradigmas da recuperação judicial. (LOBATO, 2007, p.79)

É certo que a concordata permitia que o empreendimento fosse mantido em pleno funcionamento, mas acabou por não ser suficiente para recuperar a empresa em crise. Acabava que ou a empresa acabava falindo, ou o empreendedor começa a agir de má-fé, prejudicando os credores e o mercado. Ao contrário disso, a recuperação judicial já traz em seu próprio nome o sentido de restauração. A finalidade precípua dela é a superação da crise, de modo a manter a empresa no mercado.

Recuperar significa readquirir, reconquistar, reaver, recobrar. A palavra traz o sentido de restauração. A LRE optou pela denominação recuperação empresarial, precisamente para designar o restabelecimento da normalidade da atividade econômica. Poderia ter escolhido reorganização, ou, até mesmo, reestruturação. Ficou mesmo com recuperação, portanto, elegendo conotação de procedimento destinado a restaurar a saúde econômica da empresa. (COELHO, 2005, p.6)

Ante o exposto, verifica-se que concordata e recuperação judicial são institutos completamente diferentes, seja na finalidade ou na própria aplicação.

3. O ENTENDIMENTO ATUAL

A maior parte da doutrina aponta não ser possível a participação de empresas em recuperação judicial em licitações. Muitas são as justificativas, sendo que a maioria dos doutrinadores afirma que tal vedação advém da própria lei, já que a Lei de Licitações (Lei n. 8666/93) exige documento comprovando que a empresa não está em processo de falência ou concordata.

Sendo certo que a lei fala em concordata e não em recuperação judicial, os doutrinadores entendem que, como um instituto veio substituir o outro, a disposição legal deveria ser estendida à recuperação judicial, aplicando a analogia.

O processo de licitação propriamente dito é precedido por uma etapa denominada habilitação, na qual a administração pública analisa os requisitos legais (e determinados no edital) que devem ser observados pelos licitantes. Se algum dos licitantes não preencher os requisitos exigidos, não terá sua proposta analisada. Um desses requisitos é a demonstração da idoneidade econômico-financeira, que inclui a apresentação da certidão negativa de concordata, ou como já dito alhures, certidão negativa de recuperação judicial.

Justen Filho (2010) disserta que o artigo 31, inciso II, da Lei n. 8666/1993 trouxe três fatos para indicar a situação econômico-financeira do licitante, sendo que todos levam a entender que empresas que possuam processos judiciais envolvendo dívidas inadimplidas terão inabilitadas as suas propostas (mesmo sem análise destas).

O doutrinador acrescenta ainda que, apesar desses efeitos serem imputados à concordata, deverão também ser imputados à recuperação judicial, mesmo tendo este instituto diferenças em relação à concordata.

Justen Filho (2010) disserta que o motivo para a empresa em recuperação judicial não poder participar da licitação é o fato de ser presumida a sua insolvência. É essa presunção, tida como absoluta, é que demonstra não ter a empresa qualificação econômico-financeira. Tal presunção, segundo o autor, pode ser observada pelo simples fato de a empresa requerer a recuperação judicial, já que isso demonstra a confissão de sua insolvência.

Sendo a “presunção de falência” o motivo para a empresa não poder participar de contratações com a administração pública, já que gera insegurança em relação ao cumprimento do contrato.

Em outros termos, alega-se também que o empresário, ao requerer a recuperação judicial, estará, *ipso facto*, confessando a sua situação de crise financeira, de instabilidade econômica. Ou seja, esse desequilíbrio econômico-financeiro apresenta-se como consequência direta, e natural do próprio pedido de recuperação empresarial. Aliás, conforme a dicção do artigo 51, I, da Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial pressupõe, em si, que o empresário encontra-se em crise econômica e financeira. (ADAMEK, 2007, p. 627)

Temos ainda, segundo Ferreira, o inciso II do artigo 52 da Lei de Falências, que, a princípio, proibiria a participação da empresa em recuperação judicial nas licitações. Eis o seu entendimento:

Também tem reforçado esta posição a própria previsão da Nova Lei de Falências, que, em seu art. 52, II, dispõe que o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, determinando a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público.

Mesmo porque, o que é inafastável é a comprovação de regularidade fiscal do licitante com a Fazenda Pública, não com credores particulares, daí a razão da exceção acima. Mas, com razão, não afastando de qualquer forma a possibilidade de contratação pública. (FERREIRA, 2011, p.2)

Assim o que se verifica é que a própria lei de falência é retrógrada, afastando a possibilidade de contratação da empresa em recuperação pelo poder público. A interpretação doutrinária e jurisprudencial se pauta então na exigência da certidão negativa de processo de recuperação judicial e na proibição de contratação com a administração pública expressa na Nova Lei de Falências.

A partir da lei, não se pode esperar nenhuma interpretação no sentido de permitir a empresa recuperanda de participar de licitações, tampouco se pode impedir a participação, alegando existir lei para isso. Desta forma, será necessária a análise minuciosa do caso, visando aplicar a norma ao caso concreto da melhor forma possível, já que não há norma regulamentadora.

3.1. Da Proibição Expressa na Lei 8666/1993

A Lei n. 8666/1993, conhecida como Lei de Licitações, disciplina praticamente todas as normas pertinentes aos contratos celebrados entre administração pública e os particulares, apontando todos os requisitos para o processo de contratação.

[...] a licitação tem o sentido técnico e preciso de procedimento administrativo, prévio e complexo, empregado pela Administração Pública com o fito de celebrar contrato com o particular - relativo a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços - que apresentar a melhor proposta, isto é, a que mais se coadune com o interesse público. Através do processo licitatório, haverá a justa escolha pelo Poder Público do empresário ou da sociedade empresária (conforme o caso) que se encontre mais apto e capacitado a executar o objeto licitado, de acordo com a sua oferta, que foi a mais vantajosa à Administração Pública. (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p.49)

Desta a forma, a lei de licitações é que aponta quem poderá concorrer em uma licitação, e quais os requisitos deverá preencher. É neste diapasão que vemos a proibição de participação das empresas em processo de falência e de concordata nos processos licitatórios, conforme o artigo 27 e o inciso II do artigo 31⁷ da Lei n.º. 8666.

O que se observa é que, segundo a doutrina e a jurisprudência majoritária, são esses artigos que proíbem as empresas em processo de concordata de participarem do certame licitatório, já que uma das exigências para a habilitação é a certidão negativa de falência ou concordata.

Há que se ressaltar que, com o advento da Lei n.º. 1101/2005, como já afirmado alhures, o instituto da concordata deixou de existir, tendo sido criado o instituto da recuperação judicial, mas com características distintas que não podem ser consideradas sinônimos.

Ademais, um dos objetivos da licitação é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ou seja, auxiliar no desenvolvimento econômico das empresas brasileiras. Esse objetivo cria uma linha tênue entre o direito administrativo e o direito empresarial, tendo por finalidade a busca do bem-comum e do desenvolvimento social.

⁷ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física. [...] (BRASIL, 1993, p.1)

Na mesma linha de raciocínio a recuperação judicial é uma forma de promoção do desenvolvimento econômico do país, já que é interesse social manter a empresa funcionando.

3.2. Visão dos Tribunais

Verifica-se que a tendência é de que os tribunais julguem pela impossibilidade da participação das empresas em recuperação judicial nos processos licitatórios, sendo que vêm julgando neste sentido.

As decisões são fundamentadas com base no art. 31, inciso II, da Lei 8666/1993 que exige a certidão negativa de falência e concordata para a habilitação em licitação. Observa-se que a lei não fala em recuperação judicial, o que demonstra que os tribunais têm aplicado esse artigo por meio da analogia, apontando os institutos como semelhantes.

Algumas decisões judiciais exaradas pelos tribunais brasileiros, quer os de segunda instância, quer os superiores, revelam o entendimento da impossibilidade da empresa, em recuperação judicial, em contratar com a Administração Pública através de processo licitatório. Vários acórdãos citam o já referido artigo 31, II, da Lei de Licitações, e, por corolário, baseiam-se na sua dicção para decidir no sentido da impossibilidade de tal contratação pública.

Assim, sendo necessária certidão negativa de concordata (ou de recuperação judicial) em qualquer habilitação em licitações, a fim de demonstrar a qualificação econômico-financeira do empresário, caso se exiba certidão positiva, inviável será a participação deste no certame licitatório. Ou seja, se - ao tempo da etapa de habilitação - o empresário já se encontrar em processo de concordata ou de recuperação judicial, tal circunstância irá impedi-lo de se habilitar na licitação. (PANIZZON, 2011, p. 19)

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. CONCORRÊNCIA. INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME. CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS.

1. A apresentação da certidão negativa de falência e concordata é requisito legalmente admissível na fase de habilitação no certame, modalidade de concorrência, segundo o art. 31, inciso II, da Lei 8.666/93.
2. Se a parte agravante não apresentou documentação exigida no momento oportuno - ou a apresentou com equivocada menção ao CNPJ de outra sociedade empresária - não há ilegalidade no ato administrativo que a julgou inabilitada. O eventual erro ou equívoco quanto aos dados constantes da Certidão Judicial apresentada é de responsabilidade exclusiva da parte. (RIO GRANDE DO SUL,

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70001341379, Apelante: Sanitec Saneamento Técnico Ltda. Apelado: Município de Santa Cruz. Desa. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, 20 de outubro de 2000)

Diante desse acórdão, verifica-se que o Tribunal do Rio Grande do Sul se manifesta no sentido de ser obrigatória a apresentação da certidão negativa de recuperação judicial, ficando tal comprovação a cargo do particular. Desta maneira, não seria possível que a administração analisasse caso a caso a necessidade do documento.

Segundo Panizzon (2011) o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em outra oportunidade, frisou que as exigências do artigo 31 da Lei de Licitações são taxativas, não podendo ser afastadas, em nenhuma hipótese, no caso concreto. E, por serem taxativas, a capacidade econômico-financeira poderá ser provada somente através dos documentos enumerados, estando incluído entre eles a certidão negativa de recuperação judicial. Tal entendimento afasta a possibilidade de comprovação da situação econômico-financeira por outros meios.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em manifestação recente apontou, também, não ser possível às empresas em recuperação judicial participarem de licitações. Contudo, apontou que outros documentos podem provar a situação financeira da empresa. Eis o seu entendimento:

RECURSO ESPECIAL DA TELESP - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - HABILITAÇÃO - AÇÃO POPULAR - NULIDADE DE ATO - POTENCIALIDADE DE DANO AO ERÁRIO - CERTIFICADO DE REGISTRO CADASTRAL (CRC) - EMPRESA EM CONCORDATA - ARTS. 27, III, E 31, II, DA LEI N. 8.666/93 - CARÊNCIA DA AÇÃO - SÚMULA 284/STF - MÁ-FÉ DO AUTOR POPULAR - SÚMULA 211/STJ - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI N. 4.717/65 - SÚMULA 07/STJ.

[...] 3. Questão federal da necessidade de certidão negativa de concordata ou falência para a comprovação da qualificação econômico-financeira: Para qualquer habilitação em licitação será exigida documentação sobre a qualificação econômico-financeira (art. 27, III, Lei n. 8.666/93), e essa documentação será limitada à certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica (art. 31, II, da Lei n. 8.666/93). 4. É possível e legal exigir o Poder Público obtenção prévia de um certificado, chamado de Certificado de Registro Cadastral – CRC, de modo a buscar o melhor esclarecimento possível do habilitante sobre sua capacidade financeira, com vistas aos compromissos que dali poderão advir, máxime em se tratando da finalidade pública que envolve tais compromissos. 5. Assentado está no acórdão recorrido que a habilitante atravessava concordata, à época dos fatos, o que a impediria de obter o CRC em razão da inexistência de comprovação de sua qualificação econômica, de modo a impossibilitar o cumprimento do art. 27, III, da Lei n. 8.666/93. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. [...]. (STJ- Recurso Especial. Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007).

Verifica-se que a capacidade econômico-financeira da empresa pode ser atestada por outros meios, além da certidão negativa de processo de recuperação judicial. Isto acaba demonstrando que o importante é mostrar que a empresa apresenta capacidade financeira para cumprir o contrato com a administração pública.

Assim, mesmo estando em recuperação judicial restariam, outros meios, além da certidão negativa de recuperação judicial, para comprovar a saúde financeira, a logo prazo, da empresa. Se há por si só, a possibilidade de recuperação, já se afasta o risco do não cumprimento dos contratos.

Apesar do entendimento da maioria da jurisprudência ser contra a participação dessas empresas em licitações, já há decisões esparsas, em sentido contrário, permitindo a participação de empresas em recuperação financeira nos processos licitatórios.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU:

Ementa: o TCU deu ciência ao DNIT/ES que, em suas licitações, é possível a participação de empresas em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei nº.8.666/1993 (item 1.5.1, TC – 020.996/2011-0, Acórdão nº 8.271/2011 – 2ª Câmara)

Neste sentido também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Ceará:

[..] Diante disso, no caso em foco, Alice Borges exarou parecer jurídico no sentido da possibilidade de ser celebrado o contrato administrativo, ainda que com cautelas (consoante a parte final do artigo 80, §2º, da Lei nº 8.666/1993), ao restar comprovado, objetivamente, que as capacidades técnica, econômico-financeira e administrativa da empresa não foram abaladas pelo fato superveniente, qual seja, a concordata preventiva (1997, p. 486). Essa comprovação objetiva de que a decretação da concordata não afetou a empresa deve ser realizada em cada caso, através de documentos idôneos que demonstrem sua intenção de contratar, bem como sua real possibilidade de fazê-lo.

[...] À vista dessas e de outras considerações, a docente conclui no seu parecer jurídico que, no caso em exame, o ente licitante não poderia ter excluído essa sociedade empresária da licitação, dado que uma das razões para tal exclusão foi justamente o seu estado de concordatária.

[...] Referido estudo, portanto, deixa claro que o fato jurídico de a empresa estar em processo de recuperação judicial, por si só não autoriza o reconhecimento de que a mesma esteja impedida de contratar com a Administração Pública, só o fazendo pela via legalmente prevista, ou seja, através de certames licitatórios. (REsp 351.512/SP, DF, 27 de fevereiro de 2007)

Diante de tais decisões observa-se a tendência de se aceitar a participação das empresas em crise econômica momentânea nas contratações públicas. Isto porque,

a recuperação judicial em si não comprova a globalidade da situação financeira da empresa, tampouco demonstra sua incapacidade em adimplir um contrato.

São decisões como essas que demonstram que o jurista muitas vezes está além do legislador, fazendo com que novas discussões surjam e se faça uma melhor adequação da lei aos avanços sociais.

4. DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Como não existe lei que discipline a matéria de modo satisfatório, faz-se necessária uma análise em conjunto com todo o ordenamento jurídico, o que inclui os princípios constitucionais e os próprios princípios que regem a administração pública.

Na verdade, temos autores que citam os princípios tanto para defender, como para proibir a participação dessas empresas nos processos licitatórios.

Deste modo, sabendo que diante de conflito entre princípios é necessário ver qual melhor se aplica ao caso concreto, passaremos a analisar quais princípios deveram prevalecer no presente caso.

4.1. Dos Princípios Contrários

A princípio, temos o uso dos princípios para afastar a empresa em recuperação judicial do processo licitatório. O primeiro princípio citado é o da legalidade, aplicado à administração pública. A partir deste princípio, temos que a administração pública só pode fazer aquilo que a lei determina, assim, não tendo a lei permitido que empresas em recuperação judicial participassem de licitações, a administração pública não poderia admitir tal possibilidade.

O argumento defendido apoia-se nesse parâmetro: a Lei de Licitações (nos artigos 31, II, e 40, VI) e a Lei de Concessões de Serviços Públicos (consoante os artigos 18, V, e 27, §1º, I) induzem à conclusão de que o empresário em recuperação judicial não se encontra viável - da ótica econômico-financeira - a licitar e a contratar com o Poder Público, em face da exibição de certidão positiva de recuperação judicial. Por isso, deve a Administração Pública agir dentro dos ditames da lei, isto é, deve impedi-lo de participar de procedimentos licitatórios bem como de executar contratos administrativos. Logo, impõe-se a vedação de sua contratação pública, pois a própria lei autoriza tal óbice. (PANIZZON, 2011, p.18)

Temos ainda o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que dita que a administração pública deve primar pela manutenção do interesse coletivo e não do particular. Desta forma, não poderia admitir que a empresa em recuperação judicial pudesse participar de licitações, dado o alto risco da contratação, ou seja, o risco deveria se sobressair em relação ao interesse de ajudar o empresário a se recuperar.

Neste sentido afirma Di Pietro que “*as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo*”, vinculando “*a Administração em todas as suas decisões*” (DI PIETRO, 1997, p.62).

Ademais, tomando por base o princípio da continuação do serviço público, a administração pública não poderia correr o risco de ter a prestação do serviço impossibilitada por insuficiência financeira da empresa ou até mesmo a falência.

[...] não se pode descartar as consequências nocivas que poderão advir de uma eventual contratação administrativa com o empresário que está em processo de recuperação judicial. Por exemplo, cite-se a interrupção de um serviço público, ou a sua inadequada prestação, ocorrida em razão da insuficiência de recursos econômicos e financeiros da empresa. É sabido que a prestação de serviço público tem como finalidade primordial a satisfação de um interesse público. Assim, não poderia o Poder Público favorecer esse empresário - ao contratá-lo para primordialmente, auxiliá-lo na sua reabilitação econômico-financeira - e, por via de consequência, correr o risco de lesar a coletividade, no decorrer da execução do contrato administrativo. (PANIZZON, 2011, p.18-19)

O risco de contratação com as empresas em recuperação judicial, sendo este o principal temor de quem defende a não participação em licitações. Por hora, temos então que, se não há lei que permita a participação e se essa pode ser prejudicial à administração pública, não seria viável a contratação de empresas em recuperação judicial, dada a incerteza do cumprimento do contrato. Contudo, há controvérsias.

4.2. Dos Princípios Favoráveis

Antes de citar os princípios que permitiriam a participação das empresas em recuperação judicial nas licitações, faz-se necessária a análise dos princípios já mencionados, de modo a verificar se estes são mesmo óbice a tal participação.

4.2.1. Rebatendo os princípios citados

Ao analisar o princípio da legalidade, em relação à administração pública, tem-se que ela só está autorizada a fazer o que a lei determina. Assim, não existindo legislação específica sobre o assunto, não se pode permitir a participação das empresas recuperandas nas licitações. A partir disso, tem-se que o correto seria que o legislativo editasse norma proibindo ou permitindo a participação.

Todavia, o nosso ordenamento jurídico não permite que determinado caso não seja analisado por falta de norma. Desta forma, caberia ao judiciário decidir

pela participação através das fontes do direito, afastando assim, a justificativa de proibição com base no princípio da legalidade. A falta de lei nunca pode ser motivo para não julgar um caso concreto.

Em relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, temos que este não deve ser usado para afastar a participação da empresa recuperanda, antes pelo contrário. A reestruturação econômica da empresa é, antes de tudo, interesse social e, assim sendo, deve o Estado dispor de meios para facilitá-la. A participação em licitações apresenta, na verdade, uma possibilidade a mais para a recuperação da empresa, sendo sim interesse público.

Por último, derruba-se também o princípio da continuidade do serviço público. Esse princípio não justifica a proibição de as empresas em recuperação judicial participarem de licitação, haja vista que esse risco existe com qualquer empresa, estando ela em atividade normal ou em recuperação. Talvez esse risco não exista na realidade, pois a própria concessão de recuperação judicial já aponta a possibilidade de a empresa permanecer no mercado.

Verifica-se então que restam derrubadas as teses que se fundam nos três princípios mencionados. Passa-se agora à análise dos princípios que permitem a participação das empresas em recuperação nas contratações públicas.

4.2.2. Da análise dos princípios favoráveis

Diante dos princípios que regem as leis administrativas, principalmente no tocante aos princípios licitatórios, antes mesmo da criação da nova Lei de Falência, já se discutia a possibilidade das empresas em processo de concordata participar das licitações públicas. Como a concordata não era óbice para o exercício das atividades empresariais, *a priori*, não haveria qualquer motivo para proibi-las de participar de licitações.

Na esfera empresarial verificamos presente os princípios constitucionais da isonomia e da livre iniciativa. Assim, é livre ao particular exercer atividade empresária sem que necessite pedir permissão aos órgãos públicos.

Diante disso, estando a empresa em processo de concordata ou em recuperação judicial, exercendo normalmente suas atividades no mercado, não haveria motivo para se proibir a sua participação em licitações. Ademais, os princípios da isonomia e da imparcialidade das licitações deve permitir a mais ampla concorrência nos certames.

Sobre a aplicação dos princípios no instituto da recuperação judicial dissera Pacheco (2006) que a nova lei é constituída a partir da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, visando garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos. Acrescenta o autor que a nova lei reconhece a função social da empresa, tendo por finalidade o saneamento da crise e o prosseguimento da atividade empresarial.

Cumprir ressaltar ainda, que o inciso XXI do artigo 37⁸ da Constituição da República de 1988 disciplina o princípio da igualdade de condições dos concorrentes, permitindo apenas, exigência de qualificação de âmbito técnico econômico, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

É certo que a legislação proíbe a participação da empresa em licitações no caso de concordata, e por analogia, no caso de recuperação judicial, porém, questiona-se se essa hipótese seria qualificação econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. Tomando por base que a empresa continua funcionando, não se justifica tal proibição.

A recuperação judicial não se restringe à satisfação dos credores nem ao mero saneamento econômico-financeiro em que se encontra a empresa destinatária. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que afinal de contas é mandamento constitucional. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p.115)

Ainda falando sobre princípios, Machado aponta diversos princípios relativos à nova Lei de Falência, mais especificamente à recuperação judicial, sendo que entre eles se destacam os seguintes princípios:

1 - Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda de agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, perspectiva de lucro, dentre outros.

[...]

3 - Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

[...]

5 - Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem a sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas como instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados. [...] (MACHADO, 2005, p.362)

⁸ 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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1998, p. 1)

Na verdade, a rejeição da participação de empresas em recuperação nos processos licitatórios atenta contra o princípio da livre iniciativa, haja vista os relevantes aspectos socioeconômicos envolvidos no prosseguimento da atividade comercial, principalmente a supremacia do interesse público e a preservação dos empregos.

Há ainda quem defenda o princípio da viabilidade da empresa como o principal para justificar a participação em licitações, já que somente à empresa viável, ou seja, aquela que tem possibilidade de se reerguer que é concedida a recuperação judicial.

Outro princípio a ser realçado é o Princípio da Viabilidade da Empresa, o qual orienta que o instituto da recuperação é indicado justamente para as empresas que são economicamente viáveis, ao contrário da falência, que é designada às empresas inviáveis. Ou seja, somente as empresas viáveis, da ótica econômico-financeira, demonstram condições de observar o plano de reestruturação empresarial, previsto na Lei nº 11.101/2005. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 31)

Diante dos argumentos expostos, tem-se que a empresa em recuperação não pode ser impedida de participar das licitações, pois, se assim fosse estaria ferindo a Constituição da República – CR/88.

4.3. Do Uso da Analogia

O que se verifica é que a nova legislação, ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto da recuperação judicial, ficou silente acerca de diversos assuntos, o que inclui a substituição da concordata por esse instituto, e da possibilidade de participação em licitações.

Contudo, já restou demonstrado na presente pesquisa que se trata de institutos distintos e a viabilidade da participação dessas empresas nas licitações. Resta apenas, afastar de vez a aplicação da analogia. Tem-se aplicado na prática o instituto da analogia, estendendo à recuperação judicial todos os efeitos da antiga concordata.

[...] apoia-se num dispositivo legal existente, que é aplicável à hipótese similar, constituindo-se, portanto, num argumento lógico, numa autêntica reconstrução normativa, produto, por um lado, de uma segurança e estabilidade jurídica e, de outro lado, da flexibilidade do direito. Procura encontrar um fundamento valorativo na norma que permita que nela se englobe a situação não regulada, que, por sua vez, apresenta certa semelhança com o fato contido nessa norma. (DINIZ, 1994, p.10)

É certo que não se pode alegar falta de lei para resolver um litígio, tanto é que a LINDB – Lei de Introdução às normas do direito brasileiro enumera diversos mecanismos que devem ser utilizados em caso de lacuna na lei.

E dentre esses mecanismos encontra-se a analogia. Assim, o artigo 4º do Decreto-Lei n.4657/ 1942 (LINDB) enuncia que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*” (BRASIL, 1942, p.1).

Trata-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal. O juiz pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos que a letra do texto não havia compreendido. (VENOSA, 2003, p.52)

Assim, no que tange à concordata e a recuperação judicial, verifica-se que se trata de institutos completamente diferentes, tendo cada um suas peculiaridades, motivo pelo qual, não poderia ser aplicada a analogia.

5. DA POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS EM RECUPEÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES

Apesar de se verificar muitas decisões no sentido de proibir a empresa em recuperação judicial de participar de licitações, verifica-se que já existem decisões permitindo o contrário. As decisões favoráveis defendem ser obrigação do Estado ajudar a empresa a se reerguer, já que isso representa um interesse social coletivo.

Baeta (2011) aponta uma decisão de primeiro grau da capital do estado de São Paulo que permitiu a participação de empresa em recuperação em uma dada licitação. Segundo o autor a decisão apontou que a própria finalidade da recuperação judicial pode ser usada como fundamento para a participação em licitações.

Assim, observa-se que, se a finalidade da recuperação judicial é reerguer a empresa, mantendo o negócio e os empregos gerados, a participação em licitações deveria ser um dos meios de viabilizar essa recuperação.

O que se tem então, é que, uma vez o Estado permitindo a empresa em recuperação uma possibilidade de se reerguer, estará ele cumprindo o seu fim que é a satisfação coletivo-social. A ideia é na verdade mesclar dois interesses coletivos comuns: a restauração econômica da empresa, reerguendo-a no mercado, e a prestação de serviços públicos, necessários à manutenção da administração e das questões sociais.

Além do exposto, a imprensa trouxe a público o notável ponto de vista do jurista Júlio Mandel, o qual discorre que, embora o legislador brasileiro tenha criado uma lei que privilegia a sobrevivência da empresa, o Poder Público impede a participação do empresário em recuperação judicial nos processos licitatórios, por mais que esse possua capacidade técnica. O fato inquietante é que os empresários renunciam a requerer a recuperação judicial da sua empresa em razão das exigências legais que obstarão sua habilitação nas licitações.

O que se verifica é que o legislador foi um tanto incoerente ao criar uma norma que privilegia a sobrevivência da empresa e mantendo uma norma que a impede de contratar com a administração pública.

Se o ordenamento jurídico deve ser interpretado de modo global, deveria se entender que o inciso II do artigo 31 da Lei de Licitações, após o advento da Nova Lei de Falências, no que tange à recuperação judicial, não deveria mais ser aplicado, por ser incompatível com a função da recuperação judicial.

A participação das empresas que se encontravam em difícil situação financeira em licitações, já era discutida antes mesmo do advento da Nova Lei de Falências, sendo que alguns doutrinadores discutiam a possibilidade das empresas em concordata participarem de tais certames. O fundamento para tal defesa era de concordata significava iliquidez momentânea, ou seja, passível de superação a partir da renegociação da dívida.

Hoje, o mesmo se discute em relação à recuperação judicial, já que também se trata de uma crise momentânea, que, na maioria das vezes não enseja na falência da empresa. Assim, não seria crível admitir a limitação dos licitantes por esse motivo, já que a recuperação judicial não impede, nem põe em risco a execução do contrato.

Afinal de contas, o que tem levado às más contratações públicas do ponto de vista econômico não é a existência de uma certidão positiva, mas, na verdade, as efetivas indicações de fragilidade da saúde financeira da empresa, facilmente verificáveis por meio da exibição do balanço patrimonial e de seu índice de liquidez. (FERREIRA, 2011, p.2)

Há, então que se analisar não a situação financeira momentânea da empresa, mas a sua capacidade de se recuperar e cumprir com as obrigações assumidas. E essa análise se dá pela averiguação de diversos documentos e não de uma mera certidão que demonstra o “estado” de recuperação judicial.

A Administração Pública possui a discricionariedade de avaliar, em cada licitação (com base no objeto contratual, quer singelo, quer complexo, no valor elevado ou irrisório do contrato, nos encargos de pequena ou grande monta a serem realizados), quais são as exigências indispensáveis, da ótica econômico-financeira, que garantirão uma adequada execução contratual. Aliás, ela apenas pode exigir os requisitos econômico-financeiros que sejam essenciais à garantia do cumprimento do contrato, em estrita obediência ao artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Assim, a dispensa da certidão negativa de recuperação judicial é admissível, embora dependa da análise de cada licitação ou contrato administrativo. (PANIZZON, 2011, p.26)

Segundo o doutrinador Penteadó (2007, p. 112) a tendência é que a lei de licitações seja adaptada, já que seu texto antecede (em muitos anos) a Lei de Recuperação Judicial.

Coerentemente com a nova solução dada pela Lei 11.101 para a solução da crise econômica das atividades empresariais, parece evidente que a Lei de Licitações está a reclamar adaptação, de molde a que as sociedades que tenham seus Planos de Recuperação concedidos judicialmente também possam participar de licitações realizadas pelo Poder Público, que, em muitos casos, constitui fator importante para que superem as dificuldades por que passam, não havendo motivos para delas afastar unidade empresarial cuja viabilidade e possibilidade de atuar eficientemente no mercado passou pelo crivo daqueles que melhores têm competência para fazê-lo, ou seja, seus credores privados, sob a supervisão do Judiciário, ainda que alguns requisitos adicionais sejam requeridos para compor seus planos, tendo em vista o interesse público. (PENTEADO, 2003, p.52)

No mesmo sentido afirma Szklarowsky (1996) o inciso II do artigo 31 da Lei de Licitações deve ser analisado com cautela, já que o instituto da recuperação judicial não se iguala ao da concordata. Ele acrescenta ainda que não se justifica o afastamento das empresas que se encontram nessas duas situações, já que é interesse tanto do indivíduo quanto do poder público a recuperação da empresa e o fomento da economia.

Rigolin (2010, p. 21) afirma que a aplicação da restrição, de forma analógica à concordata, na verdade “é mais um sinal de decrepitude da [...] Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1.993, peça de museologia jurídica”, que não foi capaz de se adequar às novas leis.

Observa-se que atualmente algumas empresas em recuperação judicial têm conseguido na justiça o direito de participar de licitações, entretanto, são essas, ainda, decisões isoladas, sendo posicionamento minoritário da jurisprudência.

Os juristas que têm decidido à favor das empresas, afirmam que a contratação com o serviço público é, antes de tudo um incentivo à empresa, já que, uma vez ganhando a licitação tem a garantia de um contrato que pode ser a solução para os seus problemas.

É claro que o risco de o estado ficar sem determinado serviço não é afastado totalmente, mas se analisarmos desse modo, nenhuma contratação seria possível, mesmo com uma empresa economicamente saudável, pois os riscos sempre existem.

Diante disso, é mais importante que o estado se preocupe com o progresso econômico do país, através do desenvolvimento da empresa, do que com um risco apenas imaginável.

5.1. Da Necessidade da Apresentação de Certidão Negativa de Recuperação Judicial

O que se observa da disposição do artigo 52⁹ da Lei nº. 11.101/2005 é que não se exige, para requerer a recuperação judicial, a apresentação de certidões negativas para que o empresário continue administrando sua empresa.

⁹ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

É certo que, se a função da recuperação judicial é a reestruturação da empresa, não faria sentido cobranças desnecessárias que pudessem inviabilizar o processo. É por isso que a lei dispensa a apresentação dessas certidões negativas.

Entretanto a Lei de Licitações (Lei nº. 8666/1993), indo de encontro ao inciso II do artigo 52 da Lei nº. 11.101/2005, exige a certidão negativa de recuperação judicial.

Ora, se a intenção é viabilizar a recuperação da empresa, negar a possibilidade de assinar um contrato com a administração pública, por causa de um medo sem sentido (medo de não ver o contrato cumprido), é retirar da empresa uma possibilidade de negócio, que pode ser fator determinante para a recuperação da empresa.

O doutrinador Sztajn diz que a contratação com o poder público, independentemente do procedimento adotado,

[...] tem fundamento no fato de que, usualmente, os contratos serão de longo prazo, de execução continuada ou diferida. O risco inerente a tais contratos não deve ser agravado mediante a admissão de o contratante particular ser sociedade cuja existência, a continuidade, é, sabidamente, incerta. Não se trata, no caso de pedido de recuperação, de risco ordinário, e sim dos efeitos negativos da concretização de tal risco. (SZTAJN, 2007, p. 258-259)

Deste modo, o que se verifica é que o risco não advém da incerteza da recuperação da empresa, mas do próprio risco contratual, já que os contratos com a administração pública são de duração continuada. A partir disso, pode-se dizer que a incerteza do futuro econômico da empresa, por si só, não seria motivo para impedir sua participação na licitação. A tendência é que a empresa se recupere, já que essa possibilidade é analisada para que o juiz possa deferir o pedido de recuperação judicial.

Segundo a doutrinadora Sztajn (2007) deveria o juiz da causa decidir acerca da dispensabilidade da certidão negativa de recuperação judicial, exigida pelo inciso II do art. 52 da Lei 11.101/ 2005, baseando-se na situação patrimonial do empresário e da sua capacidade de recuperação. A doutrinadora acrescenta que o ideal mesmo seria que o próprio legislador acrescentasse à lei possibilidades de dispensa do referido documento, incluindo a recuperação judicial como uma das possibilidades.

Apesar da lei “exigir” a certidão negativa de recuperação judicial e falência, o edital de licitação tem o condão de fazer lei entres as partes, sendo que poderia, então, dispensar alguns documentos de modo a atender os interesses coletivos, e ajudar a recuperação das empresas em crise.

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei; (BRASIL, 2005, p.1)

Essa é a defesa do doutrinador Bittencourt (2002) que diz ser perfeitamente possível a dispensa de alguns documentos analisando o caso concreto. O jurista acrescenta que isso se deve ao fato de ser necessária uma análise minuciosa caso a caso, no que tange à qualificação econômico-financeira do licitante. Assim, em determinadas situações a certidão negativa (e até mesmo outros documentos) poderá ser dispensada no processo licitatório.

Diante de cada licitação a Administração graduará a exigência para essa demonstração de idoneidade financeira dos licitantes [...]. Há que fundar-se em situações concretas [...]. Desde que a firma tenha capacidade financeira real para aquela obra, aquele serviço ou aquele fornecimento pedido no edital, pode concorrer em igualdade de condições com as de maior capital, porque a capacidade financeira não é absoluta, mas relativa a cada licitação. (MEIRELLES, 2010, p. 197)

Diz ainda o doutrinador Amaral (1996) que deve haver uma relação de adequação entre o requerido pelo Poder Público e o objeto da licitação, ou seja, entende-se que essa relação imprime a ideia de ser necessária apenas, aferição da capacidade econômico-financeira do licitante. Desta forma, não poderia ser possível exigir requisitos e documentação indispensável ao cumprimento do contrato.

Nos arts. 30 e 31, concernentes à qualificação técnica e econômico-financeira, o legislador apenas relacionou os tipos de documentos que podem ser exigidos, deixando ao administrador público a competência discricionária para estabelecer, em cada licitação, quais serão requeridos e quais as características de cada documento a ser apresentado pelos licitantes, conforme a particularidade do objeto a ser licitado e as características do futuro contrato.

Pelo princípio da legalidade, o Administrador Público deve escolher, dentre os documentos relacionados nesses dois artigos, quais são indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações contratadas, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

A competência discricionária é um dever-poder: o administrador público não pode se furtar a identificar, em cada licitação, conforme as características do objeto licitado e do futuro contrato, quais seriam as exigências indispensáveis para assegurar a boa execução contratual. (FIGUEIREDO, 2007, p.18)

O que se tem é que, exigir documentos desnecessários é restringir o caráter competitivo da licitação, já que a regra geral é oportunizar a participação do maior número possível de interessados.

Em 2002 o Superior Tribunal de Justiça - STJ, ao decidir um recurso especial, apontou que deve ficar a cargo da administração pública a decisão de quais documentos devem ser exigidos no processo licitatório. Assim, seria perfeitamente possível dispensar a certidão de recuperação judicial. Eis parte do acórdão:

Ora, a redação do *caput* do 31 da Lei nº 8.666/93 é expressa em prescrever que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira “limitar-se-á” àquela enumerada nos seus incisos, evidenciando tratar-se de rol taxativo. A doutrina especializada, em uniformidade, adota tal entendimento: [...]

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.

Essa interpretação foi adotada pelo próprio STJ, ainda que examinando a questão específica da qualificação econômica. Determinou-se que ‘não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31, da Lei 8.666/93’ (REsp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. Em 11.6.2002).

No mesmo sentido afirma Justen Filho (2005) que a constituição exige apenas a comprovação da capacidade econômico-financeira indispensável ao cumprimento do contrato, o que leva ao entendimento de que o rol de documentos apresentado pela lei de licitações não é obrigatório.

Assim, se a apresentação de algum destes for dispensável, podendo a capacidade econômico-financeira ser comprovada de outra maneira, não justifica a aplicação da lei por mera formalidade. O autor afirma, ainda, que “*Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. [...] Pode-se afirmar que, em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório*” (JUSTEN FILHO, 2005, p.304).

5.2. Da Função Social da Recuperação Judicial

É sabido que o desenvolvimento da economia não depende somente do particular, através da livre iniciativa, mas depende também de ações afirmativas do Estado, já que o comércio é interesse coletivo.

O Poder Público, enquanto agente normativo deve criar normas que possibilitem o desenvolvimento econômico do país e, para isso, é preciso que invista em normas de incentivo às empresas. O que se verifica é que, no que diz respeito à economia, o poder público e a esfera privada devem estreitar suas relações, de modo a permitir maior desenvolvimento do comércio.

É nesse aspecto que surge a possibilidade de participação das empresas em recuperação judicial nos processos licitatórios. Tendo em vista que a função da recuperação judicial é, como o próprio nome já diz, recuperar a empresa que se encontra em crise econômica, a participação em licitação seria uma forma de incentivo às essas empresas, já que o poder público é um “cliente”.

Ademais, conforme restou demonstrado, a recuperação judicial só é deferida às empresas que tem potencial de se reerguer, ou seja, a possibilidade de que

ela venha vencer a crise é relativamente grande. Diante disso, não haveria que se questionar a sua capacidade de cumprir o contrato com a administração pública.

A criação do instituto da recuperação judicial é um importantíssimo avanço trazido pela Lei n. 11.101/2005. Trata-se de um instituto que busca viabilizar a reestruturação da empresa em crise, pois nem sempre as soluções existentes no próprio mercado mostram-se suficientes para auxiliá-la na superação desse mau momento. Por essa razão, o Estado, por meio da nova lei, possibilita a essas empresas a apresentação de um plano de recuperação, sob o crivo jurisdicional. (GONÇALVES; GOLÇALVES, 2007, p.46)

O que se observa na recuperação judicial é uma forte tendência à manutenção do princípio constitucional da função social, haja vista que a recuperação da empresa é antes de tudo um interesse de caráter social, e não mero instrumento de benefício aos credores prejudicados pela insolvência da empresa.

Vem a LRE (Lei de recuperação de empresas) e dilata esses tímidos e frustrados horizontes, consagrando justificável preferência por outras estratégias legais predispostas a assegurar sobrevida útil as empresas viáveis em crise econômico-financeira. Traz como divisa a reestruturação empresarial como meio de proporcionar maiores possibilidades de satisfazer os credores, minimizar o desemprego, fortalecer e facilitar o crédito e, em consequência, poupar o mercado dos reflexos perversos da insuficiência dos agentes econômicos. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p.17-18)

Conforme já visto, a recuperação judicial tem a função de manter a empresa, dado uma série de fatores que incluem tanto os devedores e credores, quanto a própria sociedade. Manter a empresa é garantir, por exemplo, emprego e fomentar a atividade econômica no país. Deste modo, a recuperação judicial acaba por manter a função social da empresa.

A recuperação judicial é o processo que tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Tal conceito é extraído do artigo 47 da LRF, e deixa bem claro que as motivações da mudança da legislação falimentar, principalmente no tocante à criação do instituto de recuperação de empresas, estão ancoradas na busca de prevalência do interesse coletivo da sociedade. Não se quis com tais alterações (pelo menos ao que se declara) facilitar a vida do empresário, mas sim propiciar a preservação da empresa como unidade produtiva, visando os interesses da sociedade no tocante à preservação de empregos, produção de riquezas e arrecadação de tributos. (FERREIRA, 2005, p.1)

Fazzio Júnior (2005) afirma que o princípio da função social tem como finalidade a promoção social que a empresa em recuperação judicial repercute.

Isso é a base para afirmar o quão é positiva a participação das empresas em recuperação em licitações, já que isso se revela como veículo importante para a solução da crise econômica.

Ademais, não se pode negar que a atividade empresarial denota um caráter público social, deste modo, a contratação pelo poder público seria, antes de tudo, uma forma de atendimento aos fins sociais.

5.3. Das Propostas de Nova Legislação

A atual Lei de Licitações deve ser considerada retrograda, já que seu texto é do ano de 1993 e muitas das suas disposições não se adequam a outras leis mais recentes. Assim, sendo certo que o direito deve acompanhar a evolução social, faz-se necessária uma nova lei de licitações, de maneira a adequar o processo licitatório às novas exigências sociais e econômicas.

Com o fito de adequar as deficiências da lei tramita no Congresso Nacional um anteprojeto de lei que visa introduzir no ordenamento jurídico pátrio, uma nova lei de licitações. Alguns doutrinadores apontaram as deficiências da atual lei, propondo algumas modificações. Dentre essas modificações encontra-se a sugestão de retirada da palavra “concordata” do inciso II do artigo 31 da Lei nº. 8666/93, passando a não exigir mais a certidão negativa de processo de concordata. Por consequência, e por falta de proibição legal, também não seria mais exigida a certidão negativa de recuperação judicial.

Os doutrinadores apontam também a necessidade de regulamentação da participação das empresas em recuperação judicial nas licitações. Isto porque não adianta apenas permitir a participação, sem regulamentar a forma como se dará, já que a falta de regulamentação fará com que a norma seja ineficaz.

Também se mostra notável o referido Substitutivo, porque trata da recuperação da empresa, alcançando as micro - empresas, sem restrição de um mínimo de cem empregados, consoante propusera, nas Comissões, e para ter aplicação em qualquer fase da concordata (neste Substitutivo, simplesmente e, com muita propriedade, chamada recuperação judicial da empresa), ou da falência (aqui cognominada liquidação judicial), que também encontra amparo, no significativo estudo do jurista Jorge Lobo (cf. Da recuperação da empresa no direito comparado, Ed., Lumen Juris, Rio, 1993), vez que esse instituto traduz moderna orientação doutrinária, adotada por inúmeros países. Entretanto, faz-se necessário que essa faculdade conste expressamente da lei, no artigo vestibular, por questão de técnica legislativa, embora o artigo 87 efetivamente reconheça essa prerrogativa.... Urge recordar, ainda, que a Lei 8666/93 também deve ser contemplada com alterações a dispositivos que se refletem diretamente, neste Substitutivo, mercê das novidades introduzidas, com as quais se deve conformar plenamente.

Há também em tramitação o Projeto de Lei nº. 3969/2012, que visa, exatamente o que se discute nesse trabalho: permitir a participação das empresas em

recuperação judicial nas licitações públicas, conforme ressalva o relator do Projeto de Lei nº. 3969/2012 de autoria do Deputado Carlos Bezerra:

O projeto de lei em epígrafe, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, busca permitir a participação, em licitações, de empresas em processo de recuperação judicial. Para tanto, propõe (i) inserir novo § 7º ao art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; e (ii) alterar o inciso II do art. 52 da Lei nº 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. O novo parágrafo proposto ao art. 31 da Lei de Licitações dispõe essencialmente que será admitida nas licitações a participação de empresas em processo de recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos para habilitação previstos no edital. (BRASIL, 2012, p.1)

A proposta então é permitir a participação das empresas em recuperação nas licitações e afastar a exigência da certidão de recuperação judicial na fase de habilitação para o processo licitatório, imposta pelo artigo 52 da Lei nº. 11.101/2005.

Isto se justifica uma vez que a comprovação da capacidade econômico-financeira da empresa licitante se dá de diversas formas, não podendo ser avaliada e provada por uma simples certidão. Ademais, tal certidão apenas atesta que a empresa está passando por uma crise e que tem capacidade de se reerguer, de modo que não comprova a incapacidade de se cumprir os contratos assumidos.

O relatório do mencionado projeto de lei (2012) afirma ainda que não se pode igualar o instituto da concordata ao da recuperação judicial, já que se tratam de institutos completamente diferentes, já que a concordata era apenas um favor legal. Ao contrário, a recuperação judicial é um meio eficaz de superação da crise. Essa diferenciação é essencial para se atestar que a empresa em recuperação judicial é perfeitamente apta a participar de licitações.

Assim, o autor defende a necessidade de atualizar o texto da Lei de Licitações, bem assim a própria Lei de Falências, mencionando que o procedimento ideal seria suprimir o termo “concordata” da Lei nº 8.666, de 1993, de forma a não remanescer a equiparação dos institutos da concordata e da recuperação judicial, que em sua visão seria equivocada. No entanto, como ainda existiriam processos judiciais de concordata em trâmite, seria preferível acrescentar às regras atuais a permissão para que empresas em recuperação judicial possam participar de licitações, desde que atendidos os requisitos de habilitação previstos no edital. (BRASIL, 2012, p.2)

No mesmo sentido acrescenta o relator da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, que analisou o mencionado projeto de Lei:

O autor da proposição pondera, inicialmente, que a Lei de Licitações, que é de 1993, veda a participação de empresas concordatárias em processos licitatórios.

Todavia, o instituto da “concordata” foi extinto em 2005 com a publicação da Lei nº 11.101, que criou, por sua vez, o instituto da “recuperação judicial”. Desta forma, o autor argumenta que se trata de institutos jurídicos distintos, de maneira que as vedações estabelecidas a empresas em concordata não seria aplicáveis a empresas em recuperação judicial. (BRASIL, 2012, p.3)

A partir da proposta de redação da nova lei, observa-se que a comprovação da capacidade econômico-financeira da empresa se dará de vários modos, deixando de ser necessária a apresentação de certidão negativa de processo de falência e recuperação judicial. A comprovação será feita, então, através da análise global da situação da empresa, levando em consideração, entre outros aspectos, a regularidade das obrigações fiscais e trabalhistas.

Afastar as empresas em recuperação dos processos licitatórios é burlar o princípio da isonomia, que permite a ampla concorrência nas licitações. Há que se aplicar, na verdade, o princípio da equidade, tratando desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Tal afirmação revela que todos (na medida do possível) devem ter o direito de participar das licitações, devendo ser dado tratamento diferenciado às empresas que não apresentam igualdade de participação, de modo a permitir a aplicação da isonomia de maneira eficaz.

Salienta-se, por fim, que a análise da participação das empresas em recuperação judicial em licitações deve ser feita caso a caso, de modo a se averiguar a viabilidade de tal participação nas diversas modalidades licitatórias. Deste modo a administração estará ajudando a empresa a se recuperar sem por em risco a prestação do serviço público.

6. CONCLUSÃO

A princípio, interpretando a letra fria da lei, a conclusão que se chega é que não seria possível a empresa em recuperação judicial participar de licitações. Contudo, não há empecilho legal para tanto, tampouco poderia ser aplicada a proibição à recuperação judicial de modo análogo à concordata, já que um instituto não substituiu o outro, tampouco são eles semelhantes.

O que se verifica é que essa vedação acaba por limitar a recuperação da empresa, podendo dizer até, que se limita a eficácia do instituto da recuperação judicial, já que retira da empresa uma forma de obter lucro e de se reestabelecer.

A exigência da certidão negativa de recuperação judicial é irrelevante para demonstrar a capacidade de a empresa cumprir seus contratos, de modo que a sua exigência deve ser afastada. Até porque é contraditório o Estado permitir que empresas passem por um processo de recuperação judicial, mas não podem licitar perante a Administração Pública.

Quer dizer que somente o particular deve assumir o risco de contratar com empresas em recuperação? A Administração Pública não pode assumir o risco?

A ideia da contratação com empresas em recuperação não deveria ser de risco, mas de resultado. É através do incentivo que a recuperação se materializa e não pela exclusão.

Mas na forma como está emoldurada a interpretação legislativa, caberia aos juízes e tribunais analisar com cuidados os casos que chegam até suas mãos. Ao considerar o caso concreto, cabe ao magistrado pronunciar-se no sentido de assegurar a manutenção da atividade empresarial, a preservação das presentes e futuras relações entre o empresário e a Administração Pública, e o incentivo ao crescimento da empresa, que está em processo de recuperação judicial.

Não verificamos qualquer empecilho legal para a participação da empresa em recuperação judicial em licitações. Antes pelo contrário, há no ordenamento jurídico princípios favoráveis a essa participação, pois é a melhor medida a atender o fim social, que é o objetivo do Estado, possibilitando eficácia jurídica ao instituto da recuperação judicial.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e concordata**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAETA, Zínia. **Companhias conseguem participar de licitações**. Disponível em: < http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacao-tributos/106/404531/companhiasconseguem-participar-delicitacoes?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_29032011&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 19 maio 2014.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Código Civil de 2002, Lei nº 10406 de 10 de jan. de 2002, Publicada no DOU em 11 de jan. de 2002, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7661/1945. **Lei de Falências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em 21 maio 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657/ 1942. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 11.101/2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresaria**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 17 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 8666/93. **Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 3 maio 2014.

BRASIL. **REsp nº 351.512/SP**. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2014.

BRASIL, **REsp nº 402.711/SP**, rel. Min. José Delgado, D j. Em 11.6.200. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. AC 2084/2007, Plenário, 05 de outubro de 2007b. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2014.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3969/2012. **Altera o art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e o art. 52 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir a participação, em licitações, de empresas em processo de recuperação judicial**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=21CCADD072B991D82372FAB9D85DA876.node2?codteor=1001924&filename=Avulso+-PL+3969/2012> Acesso em 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70001341379, Rel. Lislene Schifino Robles Ribeiro, 20 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 maio. 2014.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARMO, Júlio Bernardo do. **Efeitos da recuperação judicial e da falência sobre o processamento dos feitos na justiça do trabalho**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/255_efeitos_recuperacao_falencia.pdf>; Acesso em: 23 abr. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. **Aspectos relevantes da concordata preventiva e suspensiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 20, 12 out. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/767>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____, **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FAZZIO JR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

FERREIRA, Gianmarco Loures. **Pode uma sociedade em recuperação judicial participar de licitações?**. Disponível em: <<http://www.manucciadvogados.com.br/pode-uma-sociedade-em-recuperacao-judicial-participar-de-licitacoes/>>. Acesso em: 22 maio 2014.

FIGUEIREDO, José Domingos Frid. E. Da qualificação técnica no pregão – uma visão constitucional. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, nº 64, mar/abr, 2007.

FUMAGALLI, Carlos Alberto. **A nova lei de falências**: a novidade dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas e suas implicações sociais. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carlos%20Alberto%20Fumagalli.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti P. R.; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.23.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência: Lei nº 11.101/2005**: comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14.ed. Rio de Janeiro:1973.

LOBATO, Moacyr. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NASCIMENTO, Anéiza Vanessa Costa do. **Os efeitos da recuperação judicial sobre os contratos de mútuo bancário garantidos por cessão Fiduciária de Direitos Creditórios**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/aneizanascimento.pdf>; Acesso em: 13 abr. 2014.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAIZZON, Suelen Brenda. **O empresário em recuperação judicial e as implicações decorrentes de sua participação em licitações e contratos de concessão de serviço público**. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/suelen_panizzon.pdf>. Acesso em: 14 maio 2014.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei nº 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REQUIÃO, RUBENS. **Curso de Direito Falimentar**: concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.2.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Habilitação nas licitações**: o horror continua. Disponível em: <<http://www.acopesp.org.br/artigos/artigo%20131.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

SARAMAGO, Manuel. **Falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, segundo a Lei nº 11.101, de 09.02.2005**. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/falencia.pdf>> Acesso em: 12 abr. 2014.

SOUZA, Juliano Copello de. **A concordata e a moratória no direito brasileiro**: o resgate da autonomia privada pela Lei 11.101/2005. Disponível em: <http://www.jandrade.edu.br/fonte_universitaria/artigos/artigo_10.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **A Concordata e a Lei de Licitações e Contratos. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, fev. 2000. Disponível em: <<http://www.>

ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2156>. Acesso em: 5 mar. 2014.

_____, **Anteprojeto da nova lei de licitações**: alterações e sugestões. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/futuro/lei/comentarios/anteprojeto_leon.php>. Acesso em: 22 maio 2014.

SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (Org.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei nº 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TADDEI, Marcelo Gazzì. **Alguns aspectos polêmicos da recuperação judicial**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7690>; Acesso em: 3 abr. 2014.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed., São Paulo: Atlas 2003.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. **A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1413, 15 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9874>> Acesso em 2 abr. 2014.

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: O SER HUMANO COMO *GRUNDNORM*

*Cláudio Jannotti da Rocha*¹

“Dedico este artigo à minha eterna Professora *Gabriela Neves Delgado*, a grande responsável pela minha vida acadêmica, exemplo de ser humano e fonte de inspiração. Sem sua participação, me ofertando luz e sabedoria, jamais teria descoberto o mundo que estou vivendo. Obrigado por tudo e que Deus continue te iluminando e protegendo.”

1. INTRODUÇÃO: A ORIGEM E A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O constitucionalismo é um processo dividido em duas partes: antigo e moderno.

O primeiro iniciou-se na Idade Antiga e perdurou até a Idade Contemporânea, período denominado “do surgimento do ideal constitucional e seu desencontro histórico” (BARROSO, 2013, p. 28), enquanto que o segundo (objeto do presente artigo) é chamado de “constitucionalismo moderno e contemporâneo” (BARROSO, 2013, p. 32).

As revoluções burguesas (inglesa, 1688; francesa, 1776; e norte americana, 1789) além de derrocar o absolutismo, ensinaram o constitucionalismo moderno, surgindo então o Estado de Direito nestes três países inicialmente durante o século XVIII e se “consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais” (BARROSO, 2013, p. 48) .

¹ Doutorando e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG; especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Pitágoras/MG; graduado em Direito pela UVV/ES; membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais; professor e advogado. Bolsista CAPES.

O constitucionalismo moderno, governo das leis, “significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei.” (BARROSO, 2013, p. 28).

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1941, p. 51), “constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fim garantísticos.”

E assim foram criadas as respectivas constituições, salvo a Inglaterra que não possui um documento formal, mas foi o país pioneiro no constitucionalismo e inquestionavelmente serviu de paradigma para outros, tendo em vista a previsão da limitação do poder estatal; do processo legislativo formal; das garantias civis e um parlamentarismo de cunho de representação popular.

A Constituição dos Estados Unidos de 1787, foi a primeira escrita na História; efetivou as ideias de Montesquieu (separação dos poderes) e de John Locke e consagrou o governo das leis (supremacia das leis); carregou consigo a emancipação das colônias; elencou somente 7 artigos; instituiu o presidencialismo, o federalismo e o republicanismo; o governo constitucional e legal; um executivo unipessoal, tanto no plano estadual, como federal; a separação dos poderes e trouxe expressamente os direitos fundamentais da primeira dimensão.

Em 1791, a França promulgou sua primeira constituição, um documento formal; caracterizado pela transformação da ordem política e social; de caráter universalista, racionalista e que previa a soberania popular; e que tornou-se inquestionavelmente o paradigma do Estado de Direito, de cunho liberal. Este documento sofreu grande influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

E assim iniciou-se o constitucionalismo moderno, que ensejou o surgimento do Estado de Direito, pautado inicialmente pela perspectiva liberal, que acabou influenciando grande parte do mundo, principalmente a parte ocidental, passando depois pelo viés social, para alcançar a vigente perspectiva democrática.

2. DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

A primeira perspectiva do Estado de Direito, foi a liberal, que deve ser observada através de duas angulações: (i) o Estado passava a ficar submetido às leis e seu poder seria fracionado (não estando mais concentrado em uma única pessoa - como no absolutismo); (ii) o absenteísmo governamental.

Demonstra José Joaquim Gomes Canotilho (1941, p. 96) :

O Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. As ideias do governo de leis e não de homens, de Estado submetido ao direito, de constituição como vinculação jurídica do poder, foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *dues processo of law*, *reschtsstaat*, *príncipe da légalité*.

Neste momento histórico são criados os direitos fundamentais da primeira dimensão: a liberdade e a igualdade.

Justamente a liberdade que acabou servindo de premissa para a dominação de uma classe (burguesia) perante outra (trabalhadores, abrangendo mulheres e menores), tendo em vista que como eram livres para dispor e negociar da sua própria mão de obra, vendiam sua liberdade para ter do que sobreviver, submetendo-se a condições precárias de trabalho, conforme leciona Jorge Luiz Souto Maior (2011, p. 15):

O desenvolvimento do capitalismo industrial produziu vários efeitos: más condições de trabalho, baixos salários, acidentes de trabalho, reações desorganizadas, violentas, dos trabalhadores, organização sindical com conteúdo reivindicatório, movimentos revolucionários de natureza utópica, anarquista e socialista, gerando uma luta de classes que envolveu toda a sociedade, produzindo ódios e intolerâncias. Concretamente, nada se conseguiu fazer para mudar essa realidade, que era, ao mesmo tempo, de intenso progresso tecnológico e favorecimento econômico para alguns de extrema dificuldade para muitos.

A igualdade concedida neste momento histórico deu-se tão somente no campo da formalidade, sendo que no espectro material inexistia, pois os cidadãos de fato, eram desiguais. (e até demais). A lei igualava em obrigações e deveres, pessoas que materialmente eram distintas pela sua própria natureza como homens, mulheres e crianças e, por isso, deveriam ser tratadas desigualmente.

E justamente o binômio liberdade/igualdade que permitiu o ser humano dispor da sua mão de obra que foi utilizada no século XIX, na primeira revolução industrial, com o surgimento da máquina a vapor.

Com o surgimento da máquina a vapor e o contato do homem com ela, a habilidade do trabalho deixou de ser importante, dando lugar ao comprometimento às ordens recebidas. Pensar não era mais necessário, e sim fabricar o maior número possível de produtos.

A primeira revolução industrial fez com que as Corporações da Artes e Ofícios (até então pequenos centros de produção artesanal), se transformassem em indústrias.

Posteriormente, ocorreu a segunda revolução industrial, caracterizada pela descoberta de energia elétrica, que instalou novos modos de produção, baseados em Frederick Taylor e Henry Ford. Tanto no modelo produtivo taylorista, como no fordista, cabia ao trabalhador exercer seu labor de forma quase mecânica, como se fosse uma máquina. No segundo modelo de produção, os empregados poderiam ser considerados até mesmo segmentos dos equipamentos, já que sua única função era operá-los. A linha de montagem estabelecia um ritmo cada vez mais acelerado, em busca da maior produtividade possível.

Inquestionavelmente que as revoluções industriais mudaram a sociedade, retirando o homem do campo e levando-o para cidade; a produção de artesanal para industrial e massiva.

As condições de trabalho durante as revoluções industriais, eram péssimas, com jornadas extenuantes, absurdas, em locais insalubres e perigosos, sem qualquer proteção, inclusive com mulheres e crianças trabalhando nas fábricas, fazendo labor que em tese deveria ser destinado a homens adultos, tudo através da liberdade e igualdade.

As revoluções industriais acabaram dando origem ao suporte fático para a relação de emprego, composta pelos requisitos: trabalho prestado por pessoa física, onerosidade, subordinação, habitualidade e pessoalidade, atualmente previstos no caso brasileiro, nos artigos 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Metaforicamente considera-se que *a relação empregatícia é a lenha da fogueira do capitalismo*, pois de um lado oferta ao empregado uma determinada garantia que vai receber algum dinheiro amanhã para sua sobrevivência, e lado outro, permite ao empregador durante a jornada de trabalho ter o pleno controle sobre o trabalhador e assim retirar dele o máximo de energia, dedicação e principalmente: o lucro.

Quanto ao surgimento da espécie empregatícia, demonstra Maurício Godinho Delgado (2012, p. 106):

Contudo, é a espécie mais importante de relação de trabalho existente no sistema econômico e social capitalista. Por meio de relação de emprego é que o novo sistema emergente no século XVIII na Europa – Inglaterra, em particular – descobriu uma modalidade de conexão específica dos trabalhadores às necessidade organizacionais e produtivas do capital, sem as peculiaridades restritivas de cunho econômico, social, tecnológico e cultural das modalidades anteriormente dominantes na experiência histórica (escravidão e servidão).

Pode-se afirmar que uma das bases do sistema capitalista de produção é justamente a relação de emprego

Diante do verdadeiro abismo (exploração, dominação e exclusão de uma parte da população sobre a outra) que a liberdade e a igualdade causaram à sociedade. A Europa no final do século XIX ficou dominada por revoluções, movimentos sociais que desejavam mudanças, dentre elas a concessão de direitos que de alguma forma ofertassem uma igualdade de fato, e assim a inclusão social da maior parte da população que até então era excluída.

Impulsionados por ideais socialistas e marxistas da Primeira Internacional de 1864 (conhecida inclusive como Primeira Internacional Socialista) os movimentos operários atingiram níveis de descontentamento alarmante, abrangendo grande parte da Europa, gerando assim uma onda de greves. Na Alemanha e na França, no ano de 1868, aconteceram muitas greves; na Bélgica, em 1869; na Áustria-Hungria, em 1870, na Rússia; em 1871, na Itália e entre 1871-1873, a Inglaterra foi tomada por uma série de greve.

3. DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Diante da ocorrência dos movimentos sociais, surge no século XX, o Estado Social de Direito, tendo como principal característica a postura positiva estatal, procurando a igualdade fática e o bem estar social. Quanto a transição do constitucionalismo, demonstra Luís Roberto Barroso (2013, p. 107):

O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.

Através do constitucionalismo social o Estado passou a ter uma interferência legal e ativa na vida dos jurisdicionados, sendo promotor de políticas sociais, interventor nas relações particulares, o que para Robert Alexy (2011, p. 409), seria “o dever de tratamento desigual”.

Criava-se então uma desigualdade formal, que objetivava a igualdade de fato (o que para Aristóteles seria denominado de equidade).

Os direitos criados neste momento histórico são denominados como direitos fundamentais da segunda dimensão, “o novo modelo propugnava uma intervenção estatal para promover os direitos sociais, econômicos e culturais como instrumentos de realização das liberdades” (SAMPAIO, 2013, p. 66). E daí surgem os direitos a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e outros.

O constitucionalismo dos direitos sociais ocorreu inicialmente no México:

A Constituição do México de 1917, esta sim, armou um quadro significativo dos direitos sociais do trabalhador, muitos dos quais foram repetidos nas Cartas Magnas de alguns países latino-americanos. O seu art. 123 contempla o campo de incidência das leis de proteção ao trabalho, a jornada de trabalho, o salário mínimo, a proteção especial ao trabalho das mulheres e dos menores, a garantia de emprego, a isonomia salarial, o direito sindical, o contrato coletivo de trabalho e a proteção à família do trabalhador. (SÜSSEKIND, 2010, p. 14).

Posteriormente este caminho foi feito pela Alemanha, em 1919, através da Constituição de Weimar, que inseriu direitos trabalhistas no capítulo destinado a ordem econômica e social.

Neste contexto surge também o Direito do Trabalho, como instrumento de Justiça Social, conforme Jorge Luiz Souto Maior (2008, p. 15):

Pelo novo direito, o Direito do Trabalho, que chegou a marcar a passagem o modelo jurídico do Estado Liberal para o Estado Social, almeja-se, sobretudo, a

elevação da condição social e econômica daquele que vende sua força de trabalho para o implemento da produção capitalista.

Pode-se dizer que o objeto do Direito do Trabalho é justamente a relação de emprego, afinal, é nesta espécie que o sistema capitalista de produção se consubstancia, conforme ilustra Maurício Godinho Delgado (2005, p. 29):

A centralidade do trabalho - e, em especial, sua forma mais articulada e comum no capitalismo, o emprego - torna-se o epicentro da organização da vida social e da economia. Percebe-se em tal matriz a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar, social e econômica.

Inquestionavelmente que o liame empregatício foi sociabilizado através deste novo ramo jurídico, afinal, não poderia continuar sendo observado somente no aspecto patrimonial, em benefício único do empregador, como era feito durante o Estado Liberal, que levou este modelo estatal ao colapso.

Esta alteração ocorreu através do Direito do Trabalho, que passou a conceder aos trabalhadores direitos próprios da relação de emprego e capazes de ofertar uma inclusão social, melhoria de condição socioeconômica e distribuição de riqueza. E assim foi criada normas como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, férias, repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, e outros.

Os direitos objetivavam justamente estipular um tratamento formal desigual às partes, para que a desigualdade material existente fosse diminuída. Caso estas normas não existissem indubitavelmente que o mundo ainda estaria presenciando até a presente data as crueldades vivenciadas nos séculos XVIII e XIX.

Conforme ilustra Arnaldo Süssekind (2010, p. 7):

O Direito do Trabalho é um produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários. Estes se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril, resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e a conquista de novos mercados, facilitada pela melhoria dos meios de transporte (Revolução Industrial); aqueles se enfraqueceram na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para a defesa dos interesses comuns.

A criação destes novos direitos refletia a dicotomia que existia entre as partes envolvidas, enquanto que um trabalhava para receber seu salário (e ter do que sobreviver), o outro auferia lucro; ao passo que o trabalhador vendia sua força de trabalho (e sua liberdade), o empregador a comprava, sendo o detentor de todos

os meios de produção. É o que Robert Alexy (2011, p. 409) denomina de “uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.”

Destaca-se que o Direito do Trabalho, possui uma carga histórica e axiológica, tendo em vista que foi conquistado, após muitas lutas e revoltas. Daí porque, inquestionavelmente pode-se dizer que este ramo jurídico é embrionariamente coletivo, pois seus princípios e regras possuem fonte material coletiva. Assim leciona José Roberto Freire Pimenta (2009, p. 24):

Com efeito, é incontroverso que o próprio Direito do Trabalho sempre teve, desde sua origem, uma razão de ser a uma dimensão fundamentalmente social e coletiva, pois nasceu dos conflitos coletivos entre as empresas capitalistas e seus empregados, de um lado, e o conjunto de trabalhadores, do outro.

Ao contrário dos demais ramos jurídicos, o Direito do Trabalho é uma conquista dos trabalhadores e não mera concessão estatal, afinal, sua fonte material (revoluções, movimentos sociais e greves por parte da sociedade, trabalhadores e sindicatos) é coletiva e por isso sua perspectiva, deve ser coletiva e não a individual. Assim, proteger o direito coletivo é necessariamente fortalecer o direito individual.

A relação de emprego, através das normas trabalhistas, passou a ser o viés que oferta uma melhor inclusão social ao trabalhador, tendo em vista que a ela foi direcionada uma gama jurídica, ofertando condições mínimas de sobrevivência (ao empregado e a sua família) e ainda retira dele a responsabilidade do negócio jurídico (já que o risco do empreendimento é do empregador).

No Brasil o constitucionalismo social iniciou-se na Constituição de 1934, que foi promulgada em 16 de julho de 1934, fruto da Revolução de Constitucionalista de 1932, e teve uma forte influência da Constituição de Weimar de 1919.

Conforme demonstra Paulo Bonavides (2013, p. 378):

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.

A Constituição da República Nova, através de normas de ordem econômica e social, criou direitos trabalhistas como a jornada semanal de 48 horas, autonomia e pluralidade sindical, salário-mínimo, férias, repouso semanal, indenização por despedida imotivada e previa a Justiça do Trabalho.

Muito embora esta Constituição tenha sido inovadora e percursora em diversos aspectos, teve uma rápida duração, sendo superada pelo texto constitucional de 1937 (que manteve a previsão quanto ao ramo *justralbhist*), resultado do golpe do Estado Novo, quando o poder ficou centralizado em Getúlio Vargas, ficando conhecida popularmente como Polaca, tendo em vista a forte influência da carta constitucional autoritária da Polônia, de 1935.

4. DO MOMENTO PRÉ-CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO AOS SEUS 70 ANOS

O surgimento do Direito do Trabalho no Brasil é tema pouco abordado na doutrina nacional. Talvez por isso, encontra-se *esquecido* que assim como nos países europeus, tratou-se de um processo longo e demorado, sendo uma conquista dos trabalhadores brasileiros, envolvendo revoltas, greves e até mesmo a forma mais cruel e violadora em todos os sentidos humanos, a escravidão.

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado (2013, p. 101):

Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter *justralbhist*, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constitui diploma que tanto eliminou de ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo *justralbhist* (a escravidão), como, em consequência, estimou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização de força de trabalho: a relação de emprego. Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no país do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiram a 1888.

O Brasil no início do Século XX encontrava-se em uma situação turbulenta, misturado as seguintes conjecturas: abolição da escravatura (através da Lei Áurea); entrada de imigrantes (principalmente após a 1ª guerra mundial); industrialização incipiente e crescente; alto índice de desemprego (e salários baixos) e muitas manifestações sociais contra a situação vivenciada.

Em 1919, ocorreram 64 greves na Grande São Paulo, e 14 somente no interior de São Paulo, e os trabalhadores pouco conseguiram. Nesta época, o litígio *trabalhista* era resolvido diretamente entre empregados e empregador, pois o Estado não intervinha nestes problemas, devido a sua postura ser *absenteísta*.

Este momento, é denominado como “fase de manifestações incipientes ou esparsas, que vai de 1888 a 1930” (DELGADO, 2013, p. 102), tendo em vista o surgimento de leis esparsas que tratavam questões sociais, como o Decreto Legislativo nº 1.637 de 1907, que facultava a criação de sindicatos profissionais

e sociedades cooperativas; Lei nº 3.724, que instituiu o seguro de acidente de trabalho; Lei Elói Chaves (nº 4.682 de 1923), que instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários; Lei nº 4.982 de 1925 que estabelecia férias de 15 dias anuais aos empregados de estabelecimentos comerciais, bancários e industriais e o Código de Menores (Decreto nº 17.934 de 1927) que estabelecia a idade mínima de 12 anos para o trabalho, a proibição do trabalho noturno e em minas aos menores.

Até o ano de 1923, o Estado não intervinha nos conflitos entre empregado e empregador, conforme ilustram Beatriz Bulla, Fabiana Barreto, Mariana Ghirello e William Maia (2011, p. 28):

Em 1923 foi criado o CNT (Conselho Nacional do Trabalho) por meio do Decreto 16.027, de 30 de abril, assinado pelo Presidente Artur Bernardes. Mas foi Augusto de Castro, primeiro presidente do órgão, que sugeriu a instalação de Juntas Industriais dentro das fábricas para solucionar os conflitos que surgiam entre os patrões e os empregados. Esse foi o primeiro passo para a criação de um órgão administrativo que pudesse dirimir problemas trabalhistas.

Em 1930, aconteceu a Revolução que colocou Getúlio Vargas no poder, encerrando a República Velha e dando origem ao governo provisório. Em 26 de novembro deste ano, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, órgão que tinha dentre suas finalidades a intervenção nos conflitos entre patrões e empregados, e tendo como primeiro presidente Lindolfo Collor, acompanhado de uma equipe formada tanto por base sindical, Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes Filho, como empresarial, através de Jorge Street.

Durante o interregno de 1930 a 1945, o Brasil viveu a “fase de institucionalização (ou oficialização) do Direito do Trabalho”, conforme leciona Maurício Godinho Delgado (2013, p. 105).

No ano 1932, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento, direcionadas aos dissídios individuais; e as Comissões Mistas de Conciliação que tratavam enquanto que na esfera coletiva o impasse era resolutivo pelas que tratavam de divergências coletivas.

Neste momento histórico, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio possuía a competência para revogar as decisões das Juntas, diante das medidas avocatórias.

A execução das decisões prolatadas pelas Juntas de Conciliação era feita pela Justiça Comum, que podia inclusive anulá-las.

A Constituição de 1934, conhecida pela introdução do constitucionalismo social no Brasil, tratou de fazer previsão quanto a Justiça do Trabalho, que ficou mantida na de 1937. Em 1939, este ramo especializado foi criado através do Decreto-lei nº 1.237, e instalou-se de fato em 1º de maio de 1941, vinculado ao Poder Executivo, sendo, portanto, um órgão administrativo.

Em 1942, Getúlio Vargas, através do Decreto nº 791, designou uma comissão de 10 membros, vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (na época tinha como Ministro Alexandre Marcondes Filho), dividida em dois grupos, um responsável pela elaboração das leis trabalhistas e outro pela elaboração das leis previdenciárias.

A comissão trabalhista era composta por Luiz Augusto Rego Monteiro, Oscar Saraiva (que posteriormente passou a fazer parte da comissão da Previdência Social), José de Segadas Viana, Dorval Lacerda e Arnaldo Lopes Sússekind, e logrou êxito, sendo que após nove meses de formação apresentou o anteprojeto em 09 de novembro de 1942, sendo concluído em 31 de março de 1943.

Este instrumento deve ser considerado como reflexo dos anseios sociais e participação popular, afinal sofreu cerca de 2.000 sugestões (de empregados, empregadores e entidades de classe), sendo que na data de 01 de abril de 1943, em uma cerimônia festiva e pública no Estádio de São Januário foi aprovada, tornando-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), considerada como “o passo progressivo na busca da proteção jurídica aos trabalhadores” (DELGADO, 2006, p. 76).

Muito embora neste momento histórico a maior parte da população brasileira estivesse concentrada no campo, tendo em vista o segmento agroexportador de café, a CLT foi destinada exclusivamente aos trabalhadores urbanos.

No que corresponde às bases da Consolidação das Leis do Trabalho, ensina Arnaldo Sússekind (2004, p. 77):

Inspiramo-nos nas teses do I Congresso de Direito Social, a que já me referi, nos pareceres de Oliveira Viana e Oscar Saraiva, aprovados pela ministro do Trabalho, criando uma jurisprudência administrativa naquelas advocatórias, na encíclica *Rerum Novarum* e nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. Essas foram nas nossas três grandes fontes materiais que, todavia, não influenciaram nem a legislação sindical, nem a que deu origem à Justiça do Trabalho. Por que? Porque o anteprojeto da CLT, elaborado em 1942, bem como o seu texto final, de 1943, teriam de observar a Constituição em vigor, a Carta de 1937, em cuja vigência foi outorgada a legislação sindical, destinada a fomentar ou motivar a configuração das corporações, que iriam eleger o Conselho de Economia Nacional (previsto na Constituição de 1937). Todos decretos-leis expedidos entre 1940 e 1942 foram transplantados para a Consolidação sem qualquer modificação, uma vez que a CLT deveria ser um complemento da lei maior. Outro capítulo em que, praticamente, não houve alteração alguma foi o da Justiça do Trabalho, instalada em 1941, e o seu processo, sobre o que não cabia modificação. No mais, o que a comissão fez teve por inspiração essas três fontes materiais às quais me referi.

É inquestionável que a Consolidação das Leis do Trabalho, foi a maior conquista dos trabalhadores brasileiros, fruto da lutas e movimentos sociais (como visto acima, iniciados ainda em 1919), servindo inclusive como início de uma nova era.

E assim a partir de 1943 foi elaboradas diversas leis trabalhistas como 1940 (direito ao repouso semanal remunerado); 1960 (13º salário); 1963 (rurícola, Lei nº 4.214/63); 1967 (criação dos acordos coletivos); 1972 (doméstico), 1973 (rural novamente e que prevalece até a presente data), 1980 (vale transporte); 2011 (aviso prévio).

Todo este estuário normativo é pautado por normas de equidade, que desigualando os desiguais, objetiva-se alcançar (ou pelo menos tentar alcançar) a igualdade.

Muito embora a Consolidação das Leis do Trabalho receba esta denominação, sua natureza jurídica é de Código tendo em vista que trouxe inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto no plano material como a figura do contrato de trabalho (que possui características próprias, inerentes e diametralmente opostas quanto a figura do contrato previsto no Código Civil); como no plano processual, constituindo diretrizes mais simples, céleres, eficazes e o princípio da oralidade e informalidade (como o *jus postulandi*).

Em 1946 a Justiça do Trabalho passou a ser integrante do Poder Judiciário, através de ordem constitucional.

Inobstante que em 1º de maio de 2013 a Consolidação das Leis do Trabalho tenha completado 70 anos, mantem-se como um instrumento atual e eficaz, conforme ilustra Gabriela Neves Delgado (2013, p. 786):

Portanto, a CLT não cristalizou com a passagem do tempo. Aos 70 anos, amparada no vigor da interpretação constitucional, mantém força e compromisso social, assumindo novos traçados, ângulos e projetos de renovação e de proteção ao trabalho regulado, em respeito aos padrões sociais historicamente maturados no período de redemocratização brasileiro.

Portanto, a Consolidação das Leis do Trabalho, ainda é um diploma normativo efetivo e capaz, sendo necessários tão somente alguns reparos e aperfeiçoamentos (e não flexibilizações), como foi feito no parágrafo único do artigo 6º, para que assim continue acompanhando as mudanças ocorridas no mundo do trabalho, continue ofertando ao trabalhador brasileiro a devida proteção jurídica (espinha dorsal do Direito do Trabalho).

5.UM BREVE RELATO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DE 1946 A 1988

Em 18 de setembro 1946, foi aprovada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que foi consubstanciada na Carta Magna de 1934, atribuindo poderes para a União, Estados e Municípios, fazendo uma retomada do federalismo, anteriormente previstos em 1891. Inclusive no âmbito do Congresso Nacional, reinseriu o Senado como a segunda Corte Legislativa.

Destaca-se ainda que esta Constituição, também trouxe para o âmbito constitucional questões pertinentes a ordem econômica e social, arrolando os direitos políticos e sociais, fazendo com que a Justiça do Trabalho passasse a ser integrante do Poder Judiciário.

Quanto a esta carta constitucional, lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 101):

A Constituição de 1946 exprimiu o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável. Reavivou-se a importância dos direitos individuais e da liberdade política. Voltou-se a levar a sério a fórmula federal do Estado, assegurando-se autonomia real aos Estados-membros.

Na vigência do governo Costa e Silva (1967-1969), já instalada a ditadura militar (após o golpe liderado por Castelo Branco em 1964), foi votada em 24 de janeiro e vigorou a partir de 15 de março, a Constituição de 1967, quando o poder ficou plenamente concentrado no âmbito federal, conferindo amplos poderes ao Presidente da República e esvaziando os Estados e Municípios.

Em 1969, tendo em vista o afastamento de Costa e Silva por motivo de saúde, assumiram a Presidência os Ministros Militares da Presidência da República, que elaboraram a Emenda Constitucional nº 1, formada por Atos Institucionais (AI'S), que intensificou a concentração de poder no Executivo dominado pelo poder militar.

Dentre os Atos Institucionais destaca-se o AI-5, que deu poderes ao presidente para fechar, por tempo indeterminado o Congresso Nacional, as Assembleias Estaduais e as Câmaras Municipais, para suspender o direito político por 10 anos, cassar mandatos efetivos e para decretar ou prorrogar estado de sítio.

A ditadura militar permaneceu nos governos de Emílio Garrastazu Médice (1969-1974), Ernesto Geisel (1974-1979) e João Figueiredo (1979-1985), quando em 1985 através de movimentos sociais, dentre eles, diretas já e greves de trabalhadores ao longo de todo o Brasil, através de uma eleição indireta, realizada em 15 de janeiro de 1985, a chapa formada por Tancredo Neves (Presidente) e José Sarney (Vice), saiu vitoriosa, colocando fim a ditadura militar que perdurou no Brasil por 21 anos (1964-1985).

6. DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Tendo em vista o falecimento de Tancredo Neves em 21.04.1985, José Sarney tomou posse, e passou a governar o Brasil (o primeiro civil após o movimento militar de 1964), sendo que através da Emenda Constitucional 26/85, foi criada a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, quando os deputados federais

e senadores, eleitos em 1986, ganharam novos poderes e acumularam as funções de congressistas e constituintes, para elaborarem uma Constituição Democrática.

O artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 26/85, previa que os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987.

A esperança do povo brasileiro por dias melhores estava depositada na Assembleia Constituinte, pois o Brasil naquele momento histórico estava abalado com a morte de Tancredo Neves, que representava o símbolo do fim da ditadura e o início de uma nova era.

Uma das diretrizes da Assembleia Constituinte foi justamente remover o “entulho autoritário” (ou seja, leis que tinham resquícios do militarismo) que havia no plano constitucional e que obviamente, não se encaixava mais no Brasil no final dos anos 80, período em que a liberdade e a democracia passaram a guiar o dia a dia da sociedade. Eram os ares da Nova República.

Neste momento histórico, o Brasil estava com tantos problemas que deveriam ser resolvidos, que partiu da premissa de que bastava colocar no texto constitucional, para concluir que seria resolvido. Tal fato ocorreu até mesmo pela facilidade de inserir na Constituição algum direito, tendo em vista que durante a Assembleia Constituinte, bastava uma votação no primeiro e no segundo turno, por maioria absoluta em um único plenário para ter sua aprovação e alcançar o *status* de norma constitucional. Diante deste complexo, todo mundo queria colocar direitos dentro da Carta Magna; por isso que é tão detalhista e minuciosa, abrangendo os mais diversos temas.

Neste momento histórico, o Congresso era formado por uma grande mistura, e daí surgem o choque de ideias, que acaba culminando direitos até então impensáveis no âmbito constitucional, como por exemplo a proibição da censura.

O confronto de pensamentos marcou a Assembleia Constituinte, fazendo surgir o denominado “centrão”, localizado entre a direita (composta pelas forças políticas já existentes) e a esquerda (representava a intensa e inovadora participação popular que desejava força política). Para muitos o “centrão” foi considerado como uma força estabilizadora, sendo sintetizado pelo deputado federal Ricardo Fiúza, como uma obra de engenharia política.

O embate que existiu na Assembleia Constituinte de 1987-1988, originou justamente a matriz do cenário político presenciado nos últimos 25 anos, dali surgindo os maiores líderes políticos da atualidade brasileira como Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Mario Covas, Ulisses Guimarães, Itamar Franco, José Sarney e José Serra para citar alguns.

A Assembleia Constituinte, foi presidida pelo deputado federal de São Paulo, Ulysses Guimarães, sendo formada por 559 congressistas, sendo 487 deputados e 72 senadores, e encerrou seus trabalhos em 2 de setembro de 1988, após a votação e aprovação do texto final da nova Constituição brasileira, que foi

promulgada em 5 de outubro de 1988, conhecida como Constituição Cidadã ou Constituição Coragem.

O Brasil encontrava-se tão carente de direitos sociais neste momento histórico que no momento da promulgação da Carta Magna, Ulisses Guimarães (personagem principal na história da elaboração da Constituição), fez o seguinte discurso: “A governabilidade está no social, a fome, a miséria, a ignorância, e doença inassistida são ingovernáveis”.

Destaca-se que a Constituição de 1988, é um instrumento democrático, reflexo também do processo de sua elaboração, afinal começou do zero (instituinto uma nova ordem jurídica, sem até mesmo qualquer ante projeto), contando com a participação direta e efetiva de toda a sociedade passando de doutores a analfabetos, sendo que uma a população brasileira (cidadãos e entidades) ajudou a sua construção através do envio de cartas e telegramas (manuscritos ou datilografados) endereçadas à deputados, senadores, autoridades e líderes partidários, que somadas alcançaram 2 milhões de folhas. Registra-se também que outras pessoas preferiam ir diretamente aos gabinetes entregar suas manifestações.

A contribuição da população brasileira era tamanha, que os Correios ofereciam formulários para que todos pudessem participar e contribuir na formação da nova ordem jurídica.

A Constituição de 1988 é fruto de um grande pacto nacional, formado pela união dos congressistas e de toda população brasileira.

O que de fato existia em todo o país era uma vontade uníssona de mudar tudo, afinal, todos estavam traumatizados com a ditadura militar, época marcada por barbáries, crueldades, mortes, perseguições e abuso de autoridade.

A sociedade e o poder constituinte estavam e caminhavam juntos para uma mudança efetiva. E assim foi dada oportunidade para todos os segmentos seja de grande ou de pequena representação participarem desta nova perspectiva.

Quanto ao contexto da elaboração da Constituição e seu conteúdo, demonstram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 102):

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais a afirmação da dignidade de todos. As reivindicações populares de ampla participação política foram positivadas em várias normas, como na que assegura eleições diretas para a chefia do Executivo em todos os níveis da Federação. Dava-se a vitória final da campanha que se espalhara pelo país, a partir de 1983, reclamando eleições diretas já para Presidente da República; superava-se a abrumadora frustração decorrente da rejeição, em abril de 1984, da Proposta da Emenda apresentada com esse intuito. A Constituição que, significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa

humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo cidadã, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso da promulgação.

A Constituição de 1988 é temática, afinal sua elaboração teve como premissa temas. Inexistia ponto, assunto ou debate pré-determinado. O objetivo de todos naquele momento era criar uma ordem democrática capaz de abranger o maior número de setores possível. As divergências políticas ficaram de lado para a elaboração de uma nova órbita jurídica nacional: a democracia.

A carta constitucional de 1988 não retrata nenhum segmento político muito menos qualquer partido político, e sim uma mescla, heterogeneidade, os anseios e clamores sociais da população brasileira, que acabava de sair de um regime militar, que traumatizou e violou direitos de grande parte da população brasileira.

Pode-se dizer que a Constituição é visionária, afinal através do processo democrático instalado pela Assembleia Constituinte, alcançou um documento apto a nortear, guiar a nação brasileira não somente até a presente data, mas anos a fio, já que possui artigos que inclusive nem regulamentados foram, tamanho o leque de abrangência deste instrumento.

A vigente Constituição da República, representa um marco civilizatório, democrático e social nacional, que tem o ser humano como centro convergente, servindo de base sólida para a construção da cidadania, ofertando oportunidade à todos os setores da sociedade brasileira. Conforme demonstra Luís Roberto Barroso (2013, p. 387):

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levou a uma Carta que, mais do analítica, é prolixa e corporativa.

A Lei Fundamental instituiu novas diretrizes jurídicas como os direitos e garantias fundamentais, previstos no artigo 5º, tanto na órbita dos deveres individuais e coletivos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade e seus consectários incisos, como no aspecto social, elencando os direitos sociais expressos no artigo 6º, como educação, saúde, alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, e os demais direitos elencados

nos arts. 7º ao 11. Toda esta gama de normas, alcança o status de cláusulas pétreas (art. 60, par. IV, inciso IV).

Ilustra Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 256):

No que diz com seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quanto se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar o exemplo dos assim chamados objetivos fundamentais elencados no art. 3º. Tanto o preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional. Não é à toa, portanto, que o então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, por ocasião da solenidade de promulgação da Constituição, batizou a Constituição de 1988 de Constituição Coragem e Constituição Cidadã, lembrando que, diferentemente das Constituições anteriores, a Constituição inicia com o ser humano.

Especificamente quanto aos direitos trabalhistas foi aumentado seu espectro tangencial, observado o fato de que a partir de então tanto os trabalhadores urbanos e rurais passaram a ter os mesmos direitos (*caput*, do art. 7º), equiparou os avulsos (XXXIV, do art. 7º), e os domésticos tiveram seus direitos aumentados (parágrafo único, do art. 7º) e que recentemente foram mais acentuados através da Emenda Constitucional 72 de 2013.

Seguindo a mesma diretriz, destaca-se que os direitos trabalhistas elencados no plano infraconstitucional na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, foram ratificados e alguns até mesmo aperfeiçoados, como por exemplo: a jornada de trabalho de 48 para 44 horas semanais, estabelecendo o percentual de 50%, do valor da hora normal; salário mínimo; férias com a introdução do um terço constitucional e normas de segurança; licença maternidade de 120, sem prejuízo o salário e emprego e assegurada garantia provisória de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto; proibição de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; licença paternidade e aviso prévio).

Assim ilustra Gabriela Neves Delgado (2013, p. 780): “Nesse compasso a Constituição de 1988 apresentou novos paradigmas para o direito fundamental ao trabalho, alterando significativamente o conteúdo primário da CLT e sua arquitetura original.”

Inquestionavelmente que a Constituição de 1988 é o instrumento de maior evolução dos direitos trabalhistas - tanto na órbita individual como na coletiva - nacional, concedendo inclusive uma maior importância a estes direitos.

Tal fato ocorre por ser difícil de imaginar uma democracia sem uma ordem social que tenha por base a distribuição de riqueza e melhoria da condição socioeconômica através do trabalho.

Enquanto que as Constituições anteriores de 1934 (arts. 115-147); 1937 (arts. 135-155); 1946 (arts. 145-162) e 1967/69 (157-166) vinculavam conjuntamente a ordem social junto à econômica; a Constituição de 1988, inovando, tratou de separar tais matérias, direcionando um capítulo exclusivamente para a ordem social, e outro para a econômica.

Esta distinção de ordens, ocorre porque a Constituição reconhece que o crescimento da ordem econômica dar-se-á através da ordem social. É justamente o que prevê o caput do artigo 170 da Constituição da República de 1988.

A Lei Fundamental de 1988 inovou também na ordem jurídica, originando o neoconstitucionalismo, uma forma de interpretação dos direitos infraconstitucionais, que devem ser analisados e aplicados a partir da previsão constitucional:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos de Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (BARROSO, 2013, p. 387)

E assim, o Direito do Trabalho passou a ser guiado, observado pela Constituição:

Importa registrar, preliminarmente, que a Constituição de 1988 representa as novas lentes corretoras da CLT que servem como filtro para uma leitura atualizada de seus dispositivos. Assim, altera-se o olhar sobre a positivação perpetrada pela CLT, aperfeiçoando-se uma visão mais democrática e consentânea com os direitos fundamentais. (DELGADO, 2013, p. 780)

Portanto, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, o Direito e o Processo do Trabalho passaram a ficar submetidos as diretrizes constitucionais, e assim tanto as normas legais infraconstitucionais, como as convencionais, devem respeitar a ordem constitucional. Tratando-se de preceito anterior a Carta Magna é hipótese de não recepção e sendo posterior é de

inconstitucionalidade. Neste sentido, caminha-se rumo “a um Direito do Trabalho constitucionalizado” (DELGADO, 2013, p. 775).

É o que também entende João Batista Martins César (2013, p. 43):

Dessa forma, os direitos sociais já realizados estão constitucionalmente assegurados, passando a configurar uma garantia institucional e um direito subjetivo, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que impliquem sua anulação, revogação ou aniquilação.

E assim, pode-se falar que qualquer objeto de flexibilização, diminuição ou retirada de direitos trabalhistas na esfera infraconstitucional, é hipótese de inconstitucionalidade ou de não recepção.

Destaca-se que a Constituição não é um produto pronto e acabado, pelo contrário, encontra-se até a presente data em construção acompanhando as transformações do mundo contemporâneo, com olhos tanto para o presente, como para o futuro. Tanto é assim, que pode ser melhorada através de Emenda Constitucional (que desde a sua promulgação sofreu 80, a maior parte na ordem econômica), ou então via pluralismo de ordenamentos superiores (CANOTILHO, 1941, p. 70), sistema também denominado como “abertura material do catálogo dos direitos fundamentais (SARLET, 2013, p. 281) que conforme artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, é possível o ingresso dos tratados e convenções internacionais (seja alcançando o *status* de norma supralegal ou emenda constitucional, respectivamente).

Portanto, muito embora a Constituição de 1988 represente um divisor de águas na História do Brasil, instalando a democracia, tendo como a ser humano como “*grundnorm*” (KELSEN, 1999, p. 45), é um instrumento aberto que objetiva sempre ofertar uma cidadania plena aos seus jurisdicionados, podendo a ser aperfeiçoado seja por Emendas ou de incorporação de tratados ou convenções internacionais.

7. CONCLUSÃO

Quanto a Consolidação das Leis do Trabalho, fruto do constitucionalismo social brasileiro, iniciado em 1934, tem-se que metaforicamente pode ser comparado a um pêndulo, afinal, conforme ensina um dos seus criadores, Arnaldo Süssekind, foi formulada inicialmente para efetivar a Carta Magna de 1937, e passado meio século, no momento da elaboração da Constituição de 1988, serviu de base, premissa para a elaboração das normas constitucionais trabalhistas (direitos fundamentais).

E assim, se tem o movimento pendular da Consolidação das Leis do Trabalho, ora (no passado) como instrumento de efetivação, resultado da ordem constitucional, e ora (presente) como suporte para a elaboração de direitos constitucionais.

Mesmo diante dos seus 70 anos, e precisando de alguns pequenos reparos, a Consolidação das Leis do Trabalho continua sendo um instrumento atual e eficiente para regulamentar as relações empregatícias, devendo inclusive ser considerado como a maior conquista dos trabalhadores brasileiros até a presente data.

E no que diz respeito à Constituição de 1988, destaca-se representa toda uma carga axiológica e histórica da nação brasileira, sendo fruto do constitucionalismo democrático, tendo o ser humano como *grundnorm* do ordenamento jurídico nacional e assim irradiando luz à todo arcabouço normativo infraconstitucional.

Sendo a democracia o governo da maioria e para para todos, a Carta Magna reconhecendo que uma considerável (senão a maior) parcela da população brasileira vive através da venda da sua força de trabalho, mais especificamente pela relação empregatícia, tratou de elencar os direitos trabalhistas (art. 7º ao 11) no Capítulo II, do Título II, da Constituição da República de 1988, e por isso são direitos fundamentais e cláusulas pétreas, devendo ser obedecidos e respeitados.

O sistema não fecha sem o cumprimento dos direitos trabalhistas, tendo em vista que fica prejudicada a distribuição de renda, a inclusão social e a melhoria da condição socioeconômica para uma gama considerável da população brasileira violando diretamente assim a democracia, bem como a efetivação da cidadania.

A interface entre a Constituição da República de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho, forma um arcabouço jurídico protetivo, democrático e social destinado a maior parte da população brasileira: os trabalhadores.

Descumprir os direitos trabalhistas por interesse econômico (lucro empresarial), além de antiético (prejudicando seu próximo, afinal deixar de pagar o devido ao emprego é sinônimo de retirar-lhe algo que lhe pertence, e às vezes, até mesmo a comida desta pessoa e de sua família), é ilícito, pois esta vilipendiando questões de ordem constitucional, prejudicando tanto o empregado, como o erário público (deixa de arrecadar os impostos), os demais empregadores (ensejando a concorrência desleal) e a sociedade (circulação de riqueza e recebimento de questões sociais), daí porque dizer que é questão de ordem pública.

E assim, termina o presente artigo fazendo uso das palavras de Ulisses Guimarães no momento da promulgação da Constituição Brasileira: “A Constituição certamente que não é perfeita, ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar sim, divergir sim, descumprir jamais, afrontá-la nunca. Traidor da Constituição é traidor da pátria!”

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tiragem alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2011.

BULLA, Beatriz; NUNES, Fabiana Barreto Nunes; GHIRELLO, Mariana; MAIA, William. Justiça do Trabalho: 70 Anos de Direitos. São Paulo: Alameda, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed, 13ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 1941.

CÉSAR, João Batista Martins. A Tutela Coletiva dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos – Rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado. Revista LTr, ano 77, julho, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª ed. São Paulo: Ltr 2013.

GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (Orgs). Arnaldo Süssekind, um construtor do Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. A razão na história. São Paulo: Editora Centauro, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

SANTO AGOSTINHO. O livre arbítrio. São Paulo: Editora Paulus, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego, volume II. São Paulo: LTr, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAPÍTULO 4

A MEMÓRIA DE UM PAÍS: UM CONCEITO QUE PERPASSA PELAS NOÇÕES DE ARQUIVO E DIREITO

*Rafael Soares Duarte de Moura*¹

1. INTRODUÇÃO: A MEMÓRIA E O ARQUIVO: O SENTIDO DO DOCUMENTO (NÃO) EMANCIPADO DO SEU AUTOR

Para se iniciar a discussão sobre o arquivo, faz-se por bem delimitar algumas conceituações, necessárias como ponto de partida, a respeito de definições prévias a formação conceitual do arquivo e a sua metamorfose conceitual verificada no perfilhar do tempo.

Quando Michel Foucault desenvolve em sua obra “Arqueologia do saber” toda uma reflexão sobre o *a priori* histórico e o arquivo, esclarece um ponto de essencial e prévia compreensão para se chegar a compreensão de arquivo. Trata-se da positividade do discurso.

Pois bem, segundo Foucault (1986), se a positividade de um discurso caracteriza-se como uma unidade através do tempo, tem-se que essa unidade não pode ser apreendida como fator determinante quanto a verificação do dizer ou não a verdade a respeito de alguma coisa, algum fato, algum dado histórico, Portanto, faz-se por equivocada o entendimento de uma positividade definidora de quem raciocinava rigorosamente, ou mesmo quem se adaptava melhor a seus próprios postulados.

Para tanto, definir o aspecto de positividade do discurso necessariamente perpassa pela abordagem do aparecimento da medida enquanto aquela que

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É coordenador e professor do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho. Foi coordenador e professor do Curso de Direito da Faculdade Del Rey e, posteriormente, da Uniesp. Lecionou, também, na pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e na Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

poderia significar o falar a mesma coisa, colocar-se no mesmo nível, na mesma distância ou mesmo desenvolver o mesmo campo conceitual. Nesse sentido, a medida apresentaria e definiria um espaço limitado de comunicação, como sendo aquele relativamente restrito, mas, ao mesmo tempo, extenso quando se toma em consideração a interlocução que proporciona a prática da influência exercida por um indivíduo ao outro. (FOUCAULT, 1986)

Dessa forma, a positividade dos discursos, os fatos, as versões sobre os acontecimentos, tudo seria formado nessa contínua e ininterrupta imbricação resultante do processo de comunicação, no qual a força argumentativa, seus pressupostos lógicos interacionais, proporcionariam como resultado, ainda que parcial, o convencimento do interlocutor.

Deve-se, porém, atentar-se para o fato de que os indivíduos e os fatos em si não comunicam apenas pelo prisma do encadeamento lógico das proposições que eles representam, muito menos pela recorrência dos temas, nem pela pertinência de uma significação transmitida, esquecida, redescoberta. A comunicação é estabelecida pela forma mesma de positividade de seus discursos. Essa forma definiria um campo em que podem vir a ser desenvolvidas identidades formais, continuidades temáticas, translações de conceitos, jogos polêmicos. (FOUCAULT, 1986)

A positividade desempenharia, assim, um papel que se poderia chamar de um *a priori* histórico, que não significa uma condição de validade para juízos, mas representa sim uma condição que expressa a realidade para enunciados. De uma história determinada. Nesse sentido, compete ao, *a priori*, proporcionar lócus de análise, verificação e existência dos enunciados em sua dispersão (estabilidade de reativação, sucessão, rapidez de desencadeamento ou de rotação).

Portanto, segundo Foucault (1986), deve, o *a priori*, poder contribuir para que se destaque o fato de o discurso não possui apenas uma verdade ou um sentido, mas uma história, e uma história específica que não o reconduz às leis de um devir estranho. Exatamente porque o discurso se encontra imerso a uma realidade histórico-temporal específica, sendo fruto dessa realidade que se apresenta aos olhos do atento observador. O *a priori*, ao não escapar a historicidade mesma, denota que ele não é somente o sistema de uma dispersão temporal, mas é um conjunto transformável nas malhas temporais do existir histórico.

O pensamento foucaultiano estatui, dessa forma, que o *a priori formal* é uma figura empírica, que possibilita a compreensão dos discursos na lei do seu devir efetivo. Nesse ponto de definição conceitual, o discurso pode acolher, utilizar ou mesmo, excluir, esquecer ou desconhecer uma ou outra estrutura formal. Aclarado, portanto, se demonstra que os *a priori* formais podem ter na história pontos de injunção, de irrupção, lugares de inserção e de emergência, ocasiões ou domínios de utilização. Nessa esteira, o *a priori* contribui para que se compreenda que a história pode ser não uma contingência absolutamente extrínseca,

não se restringindo apenas a uma necessidade de se delimitar a forma com que se desenvolve sua própria dialética, mas uma regularidade específica, na qual conceber o *a priori* histórico como um *a priori* formal, ou seja, apreendê-lo como uma figura, previsível, predestinada, estática e fatalista seria um equívoco conceitual significativo. (FOUCAULT, 1986)

Figura-se uma necessária diferenciação dos *a priori* formal e histórico, pois que não são nem da mesma natureza e nem do mesmo nível. Ocupam, portanto, dimensões diferentes, que possibilitam enriquecedora interface. Nessa interface, o domínio dos enunciados, segundo os *a priori* históricos, além de receber deste uma enriquecedora contribuição pautada pelos diferentes tipos de formações discursivas e positividade distintas, não apresentam aspecto previsível consubstanciado em uma monótona planície que fosse indefinidamente prolongada. Trata-se, portanto, de uma clara complexidade evidenciada nas diferenciações estabelecidas por regiões heterogêneas guiadas por distintas regras que não se podem superpor. Dessa forma, figura-se, segundo o pensamento foucaultiano (1986), na discursividade prática, os sistemas que instauram enunciados como acontecimentos e coisas.

Pode-se, dessa forma, delimitar os acontecimentos tendo em consideração suas condições e domínio de aparecimento, ao passo que as coisas seriam compreendidas na possibilidade e campo de utilização. O arquivo seria, portanto, consubstanciado nesses sistemas de enunciados compostos por coisas e acontecimentos. Poder-se-ia definir, portanto, na esteira de Michel Foucault (1986), ser arquivo:

O que faz com que tantas coisas ditas por tantos homens tenham aparecido graças a todo um jogo de relações que caracterizam o nível do discurso;

É, de início, a lei do que pode ser dito, o sistema que rege o aparecimento dos enunciados como acontecimentos singulares;

O que faz com que todas as coisas ditas não se acumulem indefinidamente em uma massa amorfa, linear, vindo a desaparecer ao simples acaso dos acidentes externos;

O que faz com que as coisas ditas se agrupem em figuras distintas, se componham umas com as outras segundo relações múltiplas, se mantenham ou se esfumem segundo regularidades específicas;

Ele é o que faz com que todas as coisas ditas não recuem no mesmo ritmo que o tempo, mas as que brilham muito forte venham até nós, quando outras contemporâneas estão já pálidas;

É o que define o modo de atualidade do enunciado-coisa; é o sistema de seu funcionamento;

É o que diferencia os discursos em sua existência múltipla e os especifica em sua duração própria;

Prática que faz surgir uma multiplicidade de enunciados como tantos acontecimentos regulares, como tantas coisas oferecidas ao tratamento e à manipulação;

Entre a tradição e o esquecimento, ele faz aparecerem as regras de uma prática que permite aos enunciados subsistirem e, ao mesmo tempo, se modificarem regularmente;

É o sistema geral da formação e da transformação dos enunciados;

Incontornável em sua atualidade.

Igualmente, e ainda tendo em vista a evolução conceitual de arquivo que não pode passar despercebida, não poderíamos caracterizar como arquivo, na esteira do pensamento foucaultiano, como sendo apenas:

A soma de todos os textos que uma cultura guardou em seu poder;

As instituições que, em determinada sociedade, permitem registrar e conservar seus discursos;

Apenas aquele que guarda/protege;

O que recolhe a poeira dos enunciados que se tornaram inertes e que permite o milagre eventual de sua ressurreição;

O que unifica aquilo que foi dito no grande murmúrio difuso de um discurso;

O que assegura a existência do discurso mantido no meio;

Aquele que carrega o peso da tradição;

Aquele que se constitui na biblioteca atemporal e sem *locus* material específico de todas as bibliotecas;

O esquecimento acolhedor que abre a qualquer palavra nova o campo de exercício de sua liberdade;

Descritível em sua totalidade.

Claro se faz, portanto, que o conceito de arquivo é muito mais amplo do que uma redução em um espaço físico de documentos recolhidos criteriosamente no decorrer da história. Bem como, apresenta-se como impossível descrever a exaustão todo o arquivo de uma sociedade e de uma época. Acrescente-se que não é possível descrever o próprio arquivo individual, já que é no interior de suas regras que existimos e nos comunicamos, é ele que possibilita a visualização do que se diz, suas formas de coexistência e existência, seu sistema de historicidade, acúmulo e de desaparecimento. (FOUCAULT, 1986)

Partindo destas observações um tanto sumárias, podemos nos prevenir contra o fetichismo do documento, tão difundido em nossos dias, e que caminha lado a lado com a obsessão, igualmente suspeita, de uma transparência absoluta - uma palavra que é aliás problemática, pois tornar alguma coisa transparente é também

torná-la invisível... Nenhum documento jamais falou por si só: este é sem dúvida o clichê mais difícil de combater e o mais difundido, sobretudo no que se refere aos arquivos ditos “sensíveis”. Existe um abismo entre aquilo que o autor de um documento pôde ou quis dizer, a realidade que esse documento exprime e a interpretação que os historiadores que se sucederão em sua leitura farão mais tarde. (ROUSSO , 1996, p.90)

A análise do arquivo, por conseguinte, comporta uma região privilegiada, o próprio tempo que cerca o presente, que o domina e que o indica em sua alteridade. O tempo é o que delimita a cada indivíduo. A descrição de arquivo, nos passos do pensamento foucaultiano, desprende das continuidades de cada um; dissipa essa identidade temporal em que cada indivíduo gostaria de se olhar para conjurar as rupturas da história; rompe o fio das teleologias transcendentais; faz com que o outro e o externo se manifestem com evidência e estabelece que todos existem na diferença, a razão é a diferença dos discursos, a história de cada um é a diferença dos tempos, cada eu é a diferença das máscaras. A revelação do arquivo, como acima salientada, dificilmente se encontra integralmente alcançada e acabada. Ela forma o horizonte geral a que pertencem, segundo Foucault, a descrição das formações discursivas; a análise das positivities e a demarcação do campo enunciativo, em uma realidade em que a diferença, longe de ser origem esquecida e recoberta, representa a dispersão do que cada pessoa é e faz em sociedade.

Mas, no tocante ao propósito destas reflexões, faz-se por demasiadamente relevante tecer uma ponte de ligação entre o arquivo, e todas as suas implicações conceituais, e o Direito, manifestado nas leis e estruturas normativas. Nesse momento, faz-se por deveras apropriado abordar o pensamento de Cornélia Vismann, que soube captar com propriedade alguns acentos sobre esta questão.

Inicialmente, em suas reflexões são pautados alguns apontamentos sobre a busca conceitual desenvolvida por Derrida, por Deleuze e por Foucault sobre os desenvolvimentos do Direito e da linguagem enquanto visualizados na tematização do arquivo. Tem-se que o pensamento derridiano busca estabelecer proximidade entre o direito e a linguagem. Neste sentido, a compreensão de arquivo perpassa necessariamente pela análise do discurso, sendo, portanto, matéria reservada, ou pelo menos associada a essa ideia, na obra *Mal de Arquivo*, a relação apresentada entre o arquivo e a lei, segundo Vismann, sugere que os primórdios da lei estão no arquivo. O arquivo seria, portanto, um objeto autorreferencial, que, não apenas armazenaria uma história, mas, igualmente, teria uma própria. O arquivo armazena e tem uma história. A questão do arquivo será tematizada na palavra, não se restringindo a uma mera estrutura material.

Por outro lado, o pensamento foucaultiano, conforme exposto acima, apresenta a relação entre arquivo e lei de forma distinta da exposta por Deleuze. Se, para esse, o que se apresenta como relevante é a sua clara simpatia em relação a tudo o que anula a lei, compreendida essa e o Direito como resignados a ser sinônimo

de julgamento, tão somente relacionados ao aparato estatal. Foucault, apesar de manifestar sua abertura positiva ao pensamento de Deleuze, não apresenta um pensamento de rejeição à lei e a todo o fenômeno de vigência, regulação e validade como um todo. Ela exerce papel proeminente, mas, aqui se diferenciando de Derrida, não sob o aspecto da autoridade, pois ela é compreendida como matéria das instituições e de suas práticas, como, por exemplo, a administração governamental, suas técnicas de ordenação, controle, padronização e detenção. Na análise do discurso, para o pensamento foucaultiano, o que importa é o arquivo e não a força executiva de lei. (VISMANN, 2008)

Para Derrida, *Arkhé*, ou arquivo, deve ser pensado como sob o prisma do *Arkhéou*, ou seja, o que precede. Nesse sentido, Cornélia (2008) apresenta uma digressão histórica que direciona o curso de reflexão de Derrida até o arquivo. Nessa reflexão, são apresentados a figura dos Arconte, que possuíam uma prerrogativa hermenêutico-competencial na Grécia antiga. Eles tinham prerrogativas de interpretar os arquivos. Apesar de na polis, os documentos oficiais ficarem arquivados no *arkheion* (casa dos arcontes), para Derrida, o arquivo é principalmente um modo e não um lugar. Dessa forma, é o modo, ou seja, a lei, de acordo com o qual o ato de arquivamento é conduzido ou ditado pela atividade de *arkheion*. O verbo traduz-se de modo correto por “preceder”. Derrida sustenta, dessa forma, ser a origem da lei encontrada na Grécia. O destaque dado a palavra grega *arkhé* sugere que as ligações eficazes entre direito e arquivo aconteceram lá.

Portanto, pode-se sustentar que a lei, abstratamente considerada, nada mais é do que um arquivo virtual, que precede o caso individual assim como os textos arquivados precedem os atuais. Nesse sentido, há um momento determinante no tempo quando o arquivo torna-se a regra da lei, pois, de uma perspectiva jurídica histórica, a imbricação entre regra e lei se inicia após a referência aos textos arquivais ter sido abolida, pois transformados foram os conteúdos deles em estruturas legais. Percebe-se que o arquivo precede o presente, criando uma possibilidade inicial de referência (ao precedente), de forma a constituir uma clara e efetiva possibilidade de referência. Todos os arquivos, *arkheia*, *scrinia*, *tabularia* ou *archivi*, dessa forma, conotam governar com lei, eles transformam a estrutura *arkhé* na arquitetura que, porém não deve ser entendida como um lugar físico específico, mas um *topos*, uma materialização de um discurso, neste caso da retórica endereçada como *nomos*. (VISMANN, 2008)

Escrito, oral ou filmado, o arquivo é sempre o produto de uma linguagem própria, que emana de indivíduos singulares ainda que possa exprimir o ponto de vista de um coletivo (administração, empresa, partido político etc.). (ROUSSO, 1996, p.88)

Nessa divagação pelo desenvolvimento conceitual histórico-temporal do arquivo, Cornélia continua sua reflexão já no império estabelecido por Roma.

Nele, inicialmente, observava-se que o discurso arquivado no tribunal era examinado para o estabelecimento das regras que auxiliariam na busca pela solução do caso em concreto apresentado. Em um período de transição, coincidente com o triunfo do Direito Romano, o ato de governar com lei se estabeleceu como resultado da prática de referência ao arquivo, de forma que, após esse período intermediário, se estabiliza a ideia de lei como sendo aquela feita de modo a já conter as regras de acordo com o caso a ser decidido, baseada nos textos jurídicos. Portanto, os textos arquivados são sintetizados em forma codificada, tornando-se lei.

Percebe-se, com todas estas reflexões acima desenvolvidas, que o estudo dos arquivos comportam uma dimensão linguístico-comunicacional, bem como estrutural, no seu aspecto material mesmo. Tem-se que o arquivo, sob essa perspectiva, é um assunto gramatológico preocupado com textos e operações textuais como se referir a algo já dito, ler e interpretar textos existentes. O arquivo consiste de textos que precedem e apontam para o início do precedente do qual o seguinte pode ser deduzido, Derrida o apresenta como uma forma de direito. Por outro lado, arquivo também representa aquele que sai da ordem simbólica. Ele se refere ao que não fala, ou seja, o espaço do arquivo, as prateleiras, o papel, a poeira. Portanto, tanto as estruturas linguísticas, *Archée*, *alétheia*, os textos jurídicos, como as condições materiais, *Arque* e *arca*, Instituições históricas se complementam, pois, segundo Cornélia (2008), para o direito, o arquivo, tanto como uma instituição quanto como uma operação textual, é igualmente relevante. Por conseguinte, deve ser permitido a toda a sociedade, ao “historiador ou o arquivista devem poder ter acesso ao maior número possível de fontes” (ROUSSO, 1996, p.90), mesmo porque, em sendo o arquivo a memória presente, passada de um povo, não se concebe que a este seja negado o acesso as informações sobre sua trajetória histórico-político-social, sob prejuízo de ser o futuro de todo um povo ser construído sob um passado e um presente insuficientemente compreendidos e conhecidos.

Essa compreensão, mais uma vez salienta-se, deve perpassar pelo pleno acesso as fontes de informações arquivadas, sejam elas públicas ou privadas, bem como pelas fontes testemunhais que imprimem todo um olhar sobre o que se encontra impresso no papel. “nunca é demais frisar que a disponibilização de fundos documentais (...) é fundamental para o conhecimento dos fatos e para a escrita da história, assim como para a consolidação dos próprios regimes democráticos.” (BAUER; GERTZ, 2009, p.191)

Deve-se ressaltar que essa busca por uma resposta aos fatos que a história imprimiu não pode ser vista como um caminho de via única. Não se trata de uma única, simples e confortável posição a respeito dos fatos, mesmo porque, não há como se oficializar e “definir o que é a “verdade histórica”, mas posso estimular a reflexão sobre a multiplicidade de interpretações possíveis.” (FICO, 2012, p. 48)

A busca pela verdade representa o mais valioso compromisso com a memória de um país.

Uma das principais peculiaridades da História do Tempo Presente é a pressão dos contemporâneos ou a coação pela verdade, isto é, a possibilidade desse conhecimento histórico ser confrontado pelo testemunho dos que viveram os fenômenos que busca narrar e/ou explicar. (FICO, 2012, p.44)

O arquivo apresenta-se desta forma como um complexo sistema testemunhal, formado, seja pela via institucionalizada, quando se trata de arquivos estatais, ou mesmo pela via privada, caso dos acervos particulares. A questão a ser visualizada é a busca pela verdade na análise das informações. A verdade é por deveras conceitualmente complexa e ampla para ser absorvida de uma única fonte. Claro está que

os arquivos em si não são guardiães da “verdade”, mas o resultado da acumulação de documentos produzidos ao longo das atividades desenvolvidas por uma instituição, como instrumentos de seu funcionamento. Devem ser submetidos, pelo pesquisador, a procedimentos de análise que permitam compreender os documentos como produtos desse contexto. Consequentemente, a proteção à vida privada das vítimas da repressão política deveria passar menos pela restrição do acesso a esses arquivos do que pela construção social de uma chave interpretativa que permita melhor captar o significado dos produtos de um regime autoritário. (JOFFILY, 2012, p.143)

Nesse meio, considera-se, e ai pensando-se no aspecto comunicacional do arquivo, outras fontes como igualmente valiosas em se tratando de registros da história e da memória, trata-se das verbalizações de fatos e ocorridos, pois, “a retenção de arquivos é geradora de fantasmas. Quanto menos os arquivos são acessíveis, mais nos voltamos aos testemunhos.” (COMBE, 2008, p.22)

O testemunho deve ser compreendido como uma importante e relevante prova arquivística exatamente porque imprime um olhar único sobre aquele fato. O narrador de um fato/acometimento representa um importante elemento na formação complexa do quadro de reconstrução de um período feito pelos historiadores, arquivistas, juristas, cientistas políticos, sociólogos, filósofos, cidadãos em geral.

Quando o fato ou ocorrido pode ser ainda verificado por meio de testemunhas, como anteriormente ressaltado, sejam elas meros observadores ou participantes ativos daquele momento, a fonte da qual se pesquisa adquire um frescor que escapa aos relatos impressos no papel. Ainda que não se deva considerar apenas os relatos e testemunhos como versão oficial, expressão que pode ser considerada questionável e por deveras limitador das realidades e impressões do fato histórico, eles apresentam um importante elemento que é a impressão na subjetividade

impressa na mente da testemunha. De certa maneira, os testemunhos possuem acentos de humanização quando se trata de pesquisas em extensas e intermináveis pilhas de papel. Como se fosse um sopro sonoro a competir com as velhas caligrafias, as poeiras em meio as páginas envelhecidas que testemunham silenciosamente os signos impressos nelas.

Terminadas estas considerações, que se reputam mais do que necessárias para que a compreensão do arquivo e a sua dinâmica social sejam compreendidas com um novo olhar, passa-se neste momento a se pensar concretamente como se dá a relação entre memória, democracia e o aparato estatal no exercício de suas competências regulamentadoras a respeito do acesso, utilização e qualificação do caráter das informações.

2. A COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA DE ARQUIVO EM FACE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À INFORMAÇÃO: O CARÁTER ABERTO DO ARQUIVO FRENTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE

Deve-se considerar os arquivos em sua verdadeira e paradoxal existência. Presente e passado se misturam quando da reflexão feita sobre os arquivos. Os dados e fatos de um passado podem ser mais do que presentificados no cotidiano do olhar e ouvido do pesquisador. Não se pode ignorar que uma ação pode e, em muitas vezes, se estende na linha da história tendo em consideração que os atos e fatos geram consequências percebidas (in)conscientemente na estrutura social.

O passado tem como filho o presente, que justamente se coloca como resultado e fruto de toda uma dinâmica de escolhas, momentos, decisões e ocorridos de outrora. Sendo assim, não se concebe sustentar que os arquivos são informações “mortas”, acessadas como que uma exumação feita em arquivos enterrados e que depois retornam ao silencioso descanso a sete palmos de terra.

Os arquivos devem ser entendidos no seu duplo, paradoxal e conflituoso papel. Arquivos como memória, por conseguinte, testemunhas de acontecimentos ou de ações passadas, mas também como dispositivos no presente, portanto, muitas vezes, incômodos. (RODRIGUES, 2011, p.257)

O passado vive como que cicatrizes impressas no presente, que não podem deixar de ser consideradas, ou ignoradas, ainda que incômodas ou que venham a gerar sofrimento. Ainda que “compreender o passado não significa justificá-lo.” (FICO, 2012, p. 48), a memória prospectada no ato de esclarecer o passado obscuro representa uma verdadeira alvorada nos vales neoados e sombrios de determinados períodos da história de um povo.

O descortinar das luzes da consciência poderá acarretar o surgimento de dolorosas lembranças, ou mesmo de revoltas e mágoas com um fato erroneamente

apresentado em versões que não correspondessem com a verdade real. Porém, a verdade é como um remédio amargo, pois, apesar do sabor indesejável, tem como efeitos a cura esperada e desejada.

Para falar sobre os arquivos produzidos pela repressão, é imprescindível fazer referência à repressão propriamente dita, ou, ao menos, aos sistemas de informações, pois foi essa estrutura burocrática que produziu tais documentos. (BAUER; GERTZ, 2009, p.173)

Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, não se pode mais imaginar e conceber que o passado não seja esclarecido por meio dos mais diversos atores sociais que juntos trabalhariam por forjar a chave que abriria o olhar da sociedade para a verdade real. No tocante a busca pela verdade e pelo esclarecimento completo, destaca-se que se trata de uma missão das não fáceis de ser levadas em frente.

Felizmente, “com as pressões cada vez maiores no sentido de assegurar a transparência administrativa dos poderes públicos, existe hoje, em nível internacional, uma forte tendência em favor do acesso às informações de arquivos.” (COSTA, 1981, p. 195), o que resulta no fortalecimento e maturidade de muitas das democracias que não mais temem “enfrentar” o passado, procurando esclarecer e, simbolicamente que seja, reparar abusos e violações ocorridos em tempos de repressão.

Poder-se-ia pensar em uma quase completa impossibilidade de se reconstituir uma memória da qual não existissem mais fontes documentais e testemunhais, seja pela destruição material ou pela morte. Porém, constata-se que a história e o tempo não foram de todo ingratos com o Brasil, na medida em que grande parte de seus registros, materiais e humanos, ainda podem ser acessados e escutados pelos pesquisadores e interessados.

O Brasil passou por momentos de intensa turbção político-social-institucional. A sociedade foi marcada por ditaduras, das quais a mais recente teve longa duração, desde o golpe em 1964, e forte impacto nas estruturas sociais pelas violações e crimes cometidos em nome da “ordem pública”. Na mesma dinâmica em que o regime militar ia assentando suas estruturas e desenvolvendo suas políticas repressivas, formavam-se os arquivos, seja como forma de uma inflada burocracia oficial, seja como forma de se reunir dados e forjar situações e fatos deliberadamente intencionais para que atitudes “oficiais” fossem, com isso, “legitimadas” a serem exercidas.

Os documentos da ditadura não são um testemunho da verdade, mas a memória do arbítrio. Mas se nós entendermos “verdade” em seu sentido relativo, como um esforço contínuo de esclarecimento e explicação dos fenômenos, então podemos afirmar que a “verdade” que os documentos da ditadura registram é mobilizadora. (FICO, 2012, p. 58)

Dessa realidade político institucional, desenvolveram-se e recolherem-se inúmeras informações que hoje são mais do que imprescindíveis serem conhecidas, a fim de que possa “montar” o delicado quebra-cabeças da história política nacional. Esses arquivos certamente não são os repositórios da verdade dos fatos, mas suas informações são de extremo valor histórico social, como forma de serem confrontadas com outras fontes de arquivos igualmente apreciáveis, e que muito têm a contribuir para a consolidação de uma memória afastada das sombras da ignorância e do silêncio que por tantos anos foi regra nas estruturas estatais brasileiras.

Seja como for, passados os assombros ditatoriais, e chegada a democracia, ainda que cuidadosamente autorizada em uma transição controlada pelo antigo regime, tem-se um importante desafio a ser percorrido que é o pleno acesso a informação, pensado este na política de aberturas dos arquivos oficiais.

A tradição brasileira em relação ao acesso aos arquivos assenta-se, preferencialmente, na “salvaguarda” das informações, o que se traduz, na verdade, pela ênfase no sigilo. (RODRIGUES, 2011, p.280)

Não é das tarefas das mais fáceis a questão da abertura dos arquivos, mesmo porque interesses políticos e pressões de grupos organizados se fazem sentir quando do estabelecimento de discussões públicas sobre a temática, bem como da elaboração de projetos de lei, como o que atualmente se transformou na mais recente legislação de acesso a informação, a lei nº 12.527 de 2011, cujo “texto constitui inegável avanço na matéria da legislação de acesso aos arquivos e atende a um apelo social crescente pela transparência governamental.” (JOFFILY, 2012, p. 138).

A frustração diante da impunidade e da ausência de uma verdadeira ruptura torna a transição brasileira um processo que não terminou. Não surpreende que ainda estejamos às voltas com o tema. Em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) registrou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” cujo objetivo era excluir “os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar” dos abrangidos pela Lei da Anistia de 1979.³⁹ A ação somente foi julgada em 2010 e o STF confirmou o entendimento do “perdão aos torturadores”. Há um aspecto a mais que vincula o tema da frustração ao dos documentos secretos: a desconfiança da política. A antiga percepção de que seria difícil realizar uma história política sobre o período vivido, na medida em que as decisões realmente importantes são ocultadas do público. (FICO, 2012, p.52)

A questão que se coloca diante dos olhares do cidadão é a de que a democracia brasileira muito tem de caminhar para chegar e promover um ambiente em que passado e presente dialoguem sem restrições quanto a matérias, áreas proibidas de serem tematizadas, ou qualquer forma de “censura” sustentada sob

o argumento de não ser retomados assuntos “enterrados” no passado e que, às vezes, em tons de ameaça, são desaconselhados de serem problematizados pela sociedade, pois isso afetaria a estabilidade democrática do Estado brasileiro.

Sabe-se que os

arquivos da repressão são conjuntos documentais produzidos pelos órgãos de informação e segurança do aparato estatal em ações repressivas, durante os períodos não democráticos.

Em sua maioria, os arquivos da repressão se compõe de registros elaborados ou incorporados a partir da ação policial cotidiana (fichas pessoais, depoimentos, prontuários, dossiês, relatórios, informações, ordens de busca e prisão, etc.), mas também de documentos roubados (livros, publicações, correspondências pessoais, documentos de organizações etc.), ou de declarações tomadas em interrogatórios que desrespeitam tanto os códigos penais (duração do interrogatório, horário em que foram feitos, presença de testemunhas etc.) quanto os Direitos Humanos (torturas físicas e psicológicas). (BAUER; GERTZ, 2009, p.177)

É exatamente nesse contexto de produções e armazenamentos documentais que se faz necessário o pleno estabelecimento de políticas públicas que favoreçam o pleno acesso à informação, visto esse não apenas como apenas um trabalho de resgate histórico, de valor científico-acadêmico, mas de um verdadeiro ato de resgate identitário a que qualquer nação democrática deve insistentemente perseguir.

Memória e identidade são elementos complementares da estrutura de uma nação, não podendo ser solapadas ou impedidas de serem constituídas pelo povo de um Estado. Para tanto, necessário se faz a proteção e o favorecimento do amplo acesso a informação, consubstanciado esse, notadamente, ao pleno alcance dos documentos ditos “oficiais” que se apresentem como relevante contribuição para a reconstituição de um passado que se apresenta como a sombra do conseqüente presente.

No tocante a política de arquivos, no Brasil, o estabelecimento do sigilo dos arquivos ainda se apresenta como uma realidade que se imprime na letra da lei. Faz-se necessário “transformar a mentalidade do sigilo, que predomina ainda hoje nas instituições e órgãos governamentais, e que certamente tem suas origens nas estruturas patrimonialistas herdadas de Portugal. Essa concepção de “segredo de Estado”, indicativa de uma estrutura de Estado centralizada e burocrática, impediu a implementação de uma política de arquivos, seja no nível de recolhimento sistemático dos documentos pelo Arquivo Nacional, seja no nível de uma política de acesso.” (COSTA, 1981, p. 196).

Percebe-se que, assim como a democracia se apresenta em constante construção e aprimoramento, a realidade das regulamentações a respeito da política de acesso à informação não escapa a essa realidade em processo contínuo de

revisitação e (re)elaboração. Mas, considera-se por relevante destacar que a evolução positiva do acesso à informação no Brasil, como em outros países de tradução democrática, só prosseguirá em uma escala evolutiva na medida em que for ela fruto de uma mobilização efetiva dos mais diversos atores sociais que, exercendo ativamente sua cidadania, contribuirão para a intensificação e publicização dos debates sobre questão cara à memória da nação e ao pleno e responsável exercício da liberdade de expressão.

Ainda que se reconheça um avanço considerável na nova política de regulamentação de acesso às informações, este se apresenta de forma escalonada de acordo com o teor e classificação das informações dos arquivos. A questão que se coloca, então, seria o como estabelecer o caráter de uma informação? Quem seriam os atores sociais responsáveis por essa definição que poderia modificar os rumos do esclarecimento da histórica numa relação sem precedentes? O fato de haver pessoas que estabeleçam a classificação das informações não é, em si, um fato reprovável, até porque se faz necessário uma orientação vinda de quem possa realizar com competência técnica e política essa atividade. A questão que se coloca seria esclarecer como se dá a “escolha” dos cidadãos que irão “rotular” o grau de acesso ou sigilo das informações arquivadas? O Estado proporcionaria uma forma dialogada e democrática com representantes da sociedade de forma a chegar a uma escolha de pessoa(s) que fossem laborar nessa seara?

São questões que ainda não tiveram uma atenção detida, diga-se até mesmo uma sensibilidade em escutar a sociedade de forma dela conseguir pessoas engajadas e competentes para repensar a definição do grau de acesso às informações.

Evidente que não se deve pensar que o fato de ser problematizada uma formação de comissão representativa da sociedade, aos moldes da comissão da verdade, que objetiva investigar violações, por agentes públicos, aos direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988 no Brasil, para repensar a catalogação da natureza das informações representaria uma atitude irresponsável ao ser oportunizado a esta o acesso de forma irrestrita aos documentos arquivados.

É necessário se quebrar esta desconfiança sobre a (im)possibilidade, como sustenta Fico, de se realizar uma história política com o facilitado, responsável e pleno acesso às informações necessárias para tanto. O monopólio estatal absoluto e irrestrito das informações não se condiz com a atual ordem constitucional democrática, a mesma lógica deve ser aplicada às informações privadas de interesse público que, não obstante a polêmica ausência de definição legal quanto as especificidades deste caráter, tem-se que,

Conquanto seja ponto pouco discutido, a proteção à vida privada impede, na prática, o livre acesso a diversos acervos atualmente abertos à consulta pública. A ausência de regulamentação precisa que determine os contornos do direito à intimidade termina por limitar arbitrariamente o acesso a quantidade apreciável de documentos. (JOFFILY, 2012, p. 139)

Faz-se imperioso o estabelecimento de regulamentações que se debrucem sobre esta temática, procurando dar direcionamentos balizando e ponderando os tênues limites entre os direitos conferidos a cada pessoa, diante do apelo social de conhecer e buscar a verdade dos fatos de relevante impacto nas estruturas do país.

Considera-se que, “se os arquivos são “a memória da nação”, o dever de memória e a exigência (democrática) de transparência implicam que eles estejam em condições de ser facilmente pesquisados e não apenas por investigadores licenciados”(HARTOG,2011, p. 234), essa afirmação enfática de certa maneira ainda encontra obstáculos em ser verificada quando da análise do acesso a informação dos órgãos públicos, mesmo depois da publicação da lei 12.527, que, a passos largos, muito avançou em matéria de regulamentação frente leis precedentes. O antigo problema que se deve atentamente e criticamente procurar avaliar e, posteriormente, buscar soluções, em havendo necessidade, é se a burocracia estatal se encontra devidamente preparada, em matéria de capacitação, recursos humanos e materiais, para implementar e aplicar de forma atenta e fidedigna as disposições normativas.

Não obstante essa problemática, a questão que, também, enseja uma reflexão neste momento, diz respeito a extensão do acesso informação quando pensa da esta na sua modalidade/categorização publica ou privada.

Os arquivos da repressão possuem especificidades que vão desde dúvidas sobre sua existência, passando por sua organização, preservação de divulgação, questões que extrapolam os limites da arquivística e a e atingem os âmbitos ético e político. Esses documentos afetam, de forma direta, a sociedade em que foram produzidos e recuperados (Estado, agentes de repressão, vítimas, familiares, organizações em Direitos Humanos, Forças Armadas), principalmente porque, no caso das ditaduras militares, seus protagonistas ainda estão vivos e por constituírem fatos do passado recente dessas sociedades. Isto traz à tona a discussão sobre a privacidade e a preservação da intimidade das pessoas. Além disso, esses arquivos possuem, somado ao valor histórico e judicial, grande valor para a definição da memória histórica e para a constituição da identidade. (BAUER; GERTZ, 2009, p.178)

Se no Estado de Direito, o direito a intimidade possui consagração igual ao valor atribuído ao interesse público, como se pode administrar o acesso às informações que possuam natureza íntima? Como se pode mesmo definir e delimitar quais podem ser compreendidas com de aspecto essencialmente privado?

Quando se pensa na história política brasileira, tem-se verificado indícios de que a problematização mesma do caráter público e privado das informações, ou seja, a definição mesma do que seja público e privado, quais seriam as inúmeras interfaces encontradas nestas categorias, não tem sido debatidas de forma suficiente ou mesmo de forma “desparadigmatizada”.

O informe produzido pela Unesco a respeito do tratamento ético e técnico a ser dispensado aos arquivos resultantes de regimes autoritários não chega a aprofundar o tema do resguardo à vida privada, mas recomenda que “os direitos individuais das vítimas da repressão política [tenham] preferência sobre a investigação histórica” (Quintana, 1999: 17). Enrique Serra Padrós, que reconhece a importância da abertura dos arquivos repressivos, em suas “quatro dimensões do exercício da cidadania (individual ou coletiva): histórica, política, pedagógica e administrativa”(2009:42), pondera que essa documentação “Pode trazer de volta imagens e sensações de dor, humilhação, constrangimento; talvez, a exposição da fragilidade, da claudicação. Pode revelar condutas ambíguas diante da provação, da ameaça de violência e da aplicação da violência concreta” (2009:41). A nova Lei de Acesso à Informação parece conduzir-se por uma lógica distinta, subordinando, em algumas situações, o direito individual à intimidade ao direito coletivo à informação, ao prever que “a restrição de acesso à informação relativa à vida privada não poderá ser invocada [...] em ações volta das para a recuperação de fatos históricos de maior relevância” (Lei 12.527, Seção V, § 4º). Resta saber o que se entende por “fatos históricos de maior relevância”...Da parte dos pesquisadores, a dependência da autorização dos perseguidos – ou de seus familiares, em caso de morte – para consultar os dossiês pessoais levanta uma série de problemas. (JOFFILY,2012,p.139-140)

Ainda assim, percebe-se certa cristalização conceitual ou mesmo aversão a se abrir a agora social para que sejam colocados em cena debates de enorme repercussão para o esclarecimento da memória da nação por certos grupos e indivíduos em sociedade. “Embora a preservação da vida privada seja o elemento central a restringir o acesso à parte da documentação do período militar, esse tema não tem sido alvo de discussões públicas.”(JOFFILY,2012,p. 130)

Uma postura de aversão a tematização mesma sobre essas questões conceituais pode vir, e com razão, a ser interpretada como um comportamento defensivo daqueles a quem não interessa suscitar, trazer a lume, uma reflexão crítica sobre como as informações arquivadas tem sido tratadas e enquadradas.

Trata-se, hoje de reconhecer que “à importante palavra de ordem “transparência”, opõe-se, no caso dos arquivos, outro princípio que é também bastante enfatizado por cada um e por todos: o da proteção da privacidade.” (HARTOG,2011, p. 234), a questão que se coloca seria refletir sobre qual seria a extensão da privacidade diante da transparência buscada e esperada quando se trata de uma política pública de acesso a informação? Poder-se-ia sustentar a absolutização irrefreada do acesso às informações a todo o custo sobre todo e qualquer tipo de dados?

Veja-se que, mesmo em se tratando de informações de natureza privada, como aquelas existentes em arquivos “domésticos”, por assim dizer, devem ser tratada de forma diversa de uma “privatismo” que confere poder absoluto quanto a utilização, destinação e manejo dos documentos privados. Se, por um lado, a

intervenção do Estado decorrente do ato classificatório não elimina os direitos de propriedade que o titular do arquivo ou seus herdeiros possuem sobre os documentos, mas lhe faculta o direito de controle sobre o arquivo, em nome do interesse público. Tal dispositivo implica sobretudo a obrigatoriedade da parte do proprietário ou detentor do arquivo de preservar os documentos considerados relevantes para a história do país ficando, nesse sentido, proibida a sua destruição, perda ou exportação. Convém ainda lembrar que, em alguns países, inclusive no Brasil, a legislação prevê o direito de preferência do Estado nos casos de alienação por venda. (COSTA, 1998, p. 196)

Atente-se que a preservação acima mencionada reflete o caráter de apreço público às informações que podem ser adquiridas nos arquivos privados. Dessa forma, a manutenção destes arquivos, mesmo a sua abertura a pesquisa representa um efetivo ato de responsabilidade e, mais do que isso, de consciência cidadã.

Compete ao Estado procurar regulamentar, ou disciplinar de forma mais pormenorizada, como já feito em outros países, como se dará o apoio e atuação das políticas públicas quanto a identificação, catalogação, incentivo a manutenção e disposições sobre o acesso às informações contidas nestes arquivos.

Diante da regulamentação que ainda permite a existência de vazios conceituais e definidores sobre a temática da definição do caráter público e privado, tendo em consideração a complexidade de uma reflexão para se buscar uma resposta, se é que se pode dizer que exista uma solução simples e binária para resolver a *quaestio*, parte-se, inicialmente, da compreensão que “o público aproxima-se do social, enquanto o privado restringe-se ao círculo da intimidade” (Arendt apud COSTA, 1981, p. 190). Neste sentido,

Público hoje está muito mais próximo da idéia de social e de coletivo do que da idéia intrinsecamente política atribuída pelos gregos, que excluía de sua definição tudo o que se relacionasse às necessidades vitais (Arendt, 1981: 46). (...) Só após a Segunda Guerra, com a emergência do direito à informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o acesso aos arquivos passou a ser regulado por legislação específica, deixando de ser prioritariamente privilégio dos historiadores. O direito à informação é, portanto, um dos mais novos direitos do homem. Consiste em poder receber informações e difundí-las sem restrições, e também na possibilidade de opinar e de se exprimir livremente. (...) tal direito está vinculado à liberdade de opinião e expressão, que integra as liberdades públicas tão caras à Grécia antiga e que foi posteriormente restaurada pela ilustração. (...) Se considerarmos o direito à informação como um correlato do direito de liberdade de expressão, poderemos inclusive inferir que ele estava implícito na Constituição Política do Império, que determinava que todos poderiam comunicar os seus pensamentos por palavras e escritos e publicá-los na imprensa, sem dependência de censura, desde que respondessem, perante a lei, pelos abusos que cometessem no exercício desse direito. (COSTA, 1998, p. 190-193)

Como se poderia administrar e definir, dessa forma, a questão da liberdade de expressão, manifestada, inclusive, no pleno acesso à informação sem que ocorressem abusos decorrentes da utilização leviana, ou mesmo irresponsável de informações de caráter público ou mesmo privado?

Percebe-se que essa problematização se encontra diante da complexa ponderação de princípios constitucionais, pois o acesso a informação certamente é uma garantia constitucional que convive juntamente com o direito a intimidade, manifestado pela vida privada. Até que ponto se poderia eleger o interesse público acima da liberdade individual e a sua garantia ao pleno exercício da intimidade? O que seria definido como interesse público e privado, quem os definiria?

Existem várias classificações de direitos privados adotadas pelos autores que trabalham com essa questão. Uma das mais abrangentes, utilizada pelo Bureau de Droit Civil Général, do Ministério da Justiça francês, enumera oito categorias de direitos relativos à vida privada, cujo sigilo deve ser respeitado: vida sentimental, conjugal e familiar; direito ao nome; à saúde, incluindo informações sobre a causa da morte; eventos familiares; emoções; lazer; opiniões políticas, filosóficas e religiosas; e patrimônio (HURTAUD, apud COSTA, 1998, p.193)

Tem-se que a abordagem da responsabilidade poderia se apresentar como uma solução ao pleno acesso às informações como decorrente do exercício da liberdade de expressão e manifestação. Ainda que a

restrição de acesso à informação sobre a vida privada “não poderá ser invocada como intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido” (Seção V, § 4). Afora isso, o consentimento das pessoas citadas nos documentos é dispensado quando as informações ali contidas forem necessárias à “realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem”, “à defesa de direitos humanos” ou “à proteção do interesse público e geral preponderante” (Seção V, § 3º). (JOFFILY, 2012, p.138)

Apesar do esforço do legislador na lei de acesso a informação de 2011 em destacar a preponderância do interesse público, essa expressão ainda não se apresenta clara, gerando margem a argumentações e a interpretações múltiplas que, certamente, não contribuiriam de forma positiva para a política de acesso à informação.

Mesmo que na lei seja conferida proteção à identificação da pessoa a que as informações se referirem, o que em si representa uma garantia a privacidade, apresenta-se como de não fácil implementação quando, por exemplo, tratar-se de acesso às informações presentes em residências particulares.

Diante dessa especificidade, pode-se perfeitamente ponderar, por meio da hermenêutica constitucional, o pleno exercício de cada uma das liberdades

consagradas como direitos fundamentais, de forma a se verificar na especificidade de cada caso, de cada situação e dificuldade apresentada, qual seria a correta medida ou princípio que preponderaria em face do caso concreto, bem como se daria o acesso e a utilização da informação acessada de forma a que ela fosse trabalhada na responsabilidade, com parâmetros éticos e profissionais.

A legitimidade e a universalidade do direito à informação não impedem que ele sofra restrições de outros direitos igualmente importantes para o indivíduo e para a sociedade, como por exemplo o respeito à vida privada e a garantia da soberania do país. (COSTA, 1998, p.193)

Está claro que nenhum exercício de direito é absoluto, pois que comporta a sua visualização em ponderação aos outros direitos constitucionalmente previstos. A aferição da importância, no tocante a dinâmica do acesso às informações arquivadas, traduz-se pela relevância delas para a história do país, no que diz respeito a memória, a busca pela “verdade” histórica, manifestada no esclarecimento de circunstâncias, fatos e atos sobre os quais pairam a dúvida ou mesmo o atordoador “silêncio oficial”, gerado pelo laque imposto aos documentos que poderiam rompê-lo.

Assim como a vida privada e a intimidade são os principais limites à liberdade de informação, o inverso também é verdadeiro. No confronto entre esses dois direitos, contudo, não se deve perder de vista o interesse público, que, especificamente no que diz respeito aos arquivos, se traduz na demanda de informações e na necessidade de difundí-las em função do exercício pleno da democracia e da pesquisa científica. (COSTA, 1998, p.194)

A nomeação do caráter público ou privado é de não fácil precisão, tendo em consideração a própria indefinição conceitual que permeia a publicidade manifestada no acesso e na informação em face da privacidade verificada na proteção à intimidade. Diante dessa perspectiva, deve preponderar o “bom senso que, na maioria das vezes, as soluções devem ser buscadas no exame de cada caso.” (COSTA, 1998, p. 195) Neste contexto, a análise caso a caso permitirá a devida atenção que deve ser conferida a todos os casos apresentados e que representam realidades únicas, com especificidades que, em não sendo apreciadas, poderiam ensejar violação clara a identidade, a individualidade e a privacidade quando da verificação do contexto dos fatos.

Tem-se, numa equilibrada apresentação conceitual, a construção e o pleno exercício da cidadania consubstanciado no equilíbrio que manifestado em “garantir a transparência e a visibilidade, sem abrir mão do respeito à privacidade e à vida reservada dos sentimentos.” (BAUER; GERTZ, 2009, p.197) Ressalte-se que mesmo as informações encontradas em arquivos privados, em sendo classificadas como “de interesse público, apesar de continuarem a ser bens privados, integram o patrimônio cultural da nação.” (JOFFILY, 2012, p.197).

Portanto, quando da análise conjectural e pontual decidir pela relevância pública daquela fonte ser acessada, devem as fontes privadas serem consultadas mediante prévia metodologia que estabeleça diretrizes éticas quanto ao acesso e ao tratamento dos dados, a fim de que não sejam violados, como acima destacado, os sentimentos e a vida reservada pelo pálio da intimidade. Neste sentido, “torna-se um imperativo preservar e facultar à consulta as fontes privadas, sem que com isso se tenha que ultrapassar as fronteiras da intimidade.” (BAUER; GERTZ, 2009, p.198)

Apesar de “a Lei de Arquivos brasileira instituiu, no seu capítulo III, a figura jurídica da “classificação de arquivos privados como de interesse público e social”, a exemplo de outros países como França, Canadá, Itália e Espanha. (COSTA, 1998, p.196), resta ainda uma maior e mais detalhada disposição sobre como se poderia acessar e manejar de forma adequada as informações provenientes destes arquivos.

Sugestões quanto as opções a serem adotadas no momento do acesso a informação, já qualificada como privada diante das especificidades e peculiaridades verificadas em prévia análise, podem ser exemplificadas ao se “evitar a nomeação dos protagonistas quando esse procedimento não compromete a compreensão da pesquisa.” (JOFFILY, 2012, p.141) e pela “assinatura de um termo de responsabilidade individual sobre a difusão das informações”(BAUER; GERTZ, 2009, p.143). Veja que este termo serviria como um entrave ético e jurídico aos pesquisadores quando da análise do material privado em que se buscasse o esclarecimento de um fato histórico ocorrido.

Apresenta-se como de suma importância estas diretrizes que seriam muito bem vindas. Contribuiriam para o acesso pleno a um dado de relevância histórica, garantindo, com isso, o pleno acesso a informação e a liberdade de expressão comunicativa, sem gerar situações constrangedoras e exposições desnecessárias, aos que são analisados em dados extraídos de sua vida privada.

Outra

solução possível seria oferecer um prazo de tempo razoável (algo como dois anos) para que aqueles que possam se sentir lesados consultem a documentação disponível sobre sua pessoa e entrem com uma ação legal – facilitada do ponto de vista burocrático – requerendo que esses papéis sejam preservados da consulta pública pelo prazo vigente na lei (até 100 anos) e justificando o pedido. (BAUER; GERTZ, 2009, p.144)

Certamente seria uma forma de resguardo jurídico para aqueles que viessem a ser vítimas de uma incorreta utilização dos dados pessoais, mais uma vez ressaltado que o trabalho responsável dessas informações é de suma importância para que um ambiente de segurança mútua seja gerado entre o autor das informações apreciadas e os investigadores/ interessados.

Nota-se que, por outro lado, há que se “evitar tomar a parte pelo todo, ou seja, em nome de um suposto direito individual não necessariamente evocado pelos próprios interessados, impedir ao coletivo a pesquisa em vastos acervos” (BAUER; GERTZ, 2009, p.144), para tanto, se faz necessário perscrutar a intenção por trás de uma suposta objeção que deve ser justificada com argumentos sólidos e relevantes que impliquem o não acesso a fonte de pesquisa.

Sabe-se que não poucos; são aqueles que, como possuidores de acervos particulares, ou mesmo sendo os sujeitos de informações de caráter privado, possam vir a obstruir o acesso a essas fontes de forma discricionária, tornando-se, muitas vezes, a sociedade investigativa refém da “boa” vontade do detentor das fontes. Nesse sentido, “cabe ao Estado, entretanto, definir políticas de incentivo à pesquisa por meio de dispositivos legais que estimulem os proprietários de arquivos a facultar o acesso aos seus documentos.” (JOFFILY, 2012, p.197)

Toda essa reflexão baliza o entendimento de que as informações, mais do que compreendidas na materialidade do papel, são verificadas em um complexo arquivo chamado sociedade. A sociedade encontrou e encontra diversas formas de preservar, manter, divulgar e definir como sua memória será transmitida para as gerações presentes e vindouras.

Nessa dinâmica, de se verificar e procurar trabalhar o arquivo em suas dimensões material e comunicacional, encontram-se a sociedade, manifestada pelas suas estruturas, dentre elas o Estado e as mais diversas organizações e representações civis que buscam tratar sobre a temática do acesso às informações arquivadas. Como inserido está o Estado brasileiro em um regime Democrático, há muito o que ser feito para se proporcionar o pleno e efetivo acesso a memória passada, que ainda clama por ser reconhecida e conhecida.

Os longos períodos de ditadura muito influenciaram a formação e política de arquivamento que, ainda hoje, não passam despercebidas do olhar atento quanto a dificuldade em se esclarecer fatos sociais, bem como de ter pleno e efetivo acesso aos dados compilados, recolhidos e custodiados pelo antigo regime. Mas, democraticamente, e dialogalmente, a sociedade avança, ainda que a passos discretos rumo a consagração cada vez mais efetiva do direito constitucional ao acesso à informação e à liberdade responsável de expressão.

Para tanto, espera-se que se estabeleçam cada vez mais possibilidade de diálogos públicos coma efetiva e participativa representação dos mais diversos grupos sociais que, juntos ponderarão sobre diretrizes que representem, na pluralidade, o melhor caminho, ou as melhores opções, enquanto políticas públicas que favoreçam o pleno acesso à informação.

A memória de uma nação representa o caro aspecto da identidade que deve ser plenamente buscada e esclarecida para que se possa eliminar os fantasmas do obscurantismo que ainda grassam nas especulações sobre verdades ainda não sabidas ou, pelo menos, não adequadamente esclarecidas sobre períodos inteiros

da história político-social do país. Muito já foi alcançado de positivo com a nova lei de acesso a informação de 2011.

Há, ainda, um longo caminho a ser percorrido em uma democracia nunca acabada, sempre sendo reinventada e que necessita de uma ativa e consciente participação cidadã para que suas estruturas, em sendo aprimoradas, sejam reflexo dos valores constitucionais, como o pleno acesso à informação e à liberdade de informação, que ainda esperam por uma melhor e mais eficaz implementação e regulamentação.

REFERÊNCIAS

BAUER, Caroline Silveira; GERTZ, René E. “Arquivos de regimes repressivos: fontes sensíveis da história recente”. In: PINSKY, Carla Bassanezi; DE LUCA, Tania Regina (org.). *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 173-193.

COMBE, Sonia. “Resistir à razão de Estado”. In: SALOMON, M. (org.). *Saber dos arquivos*. Goiânia: Edições Ricochete, 2011, p. 19-27.

COSTA, Célia Leite. Intimidade *versus* interesse público: a problemática dos arquivos. In: *Estudos históricos*, v. 11, nº 21, 1998, p. 189-199 [disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2066>]

FICO, Carlos. História do Tempo Presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: o caso brasileiro. In: *Varia Historia*, v. 28, nº 47, jan-jun 2012, p. 43-59 [disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-87752012000100003&script=sci_abstract&tlng=pt]

FOUCAULT, Michel. “O *a priori* histórico e o arquivo”. In: *A arqueologia do saber*. Trad. L.F. Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1986, p. 145-151.

HARTOG, François. “Arquivos e história (1979-2001)”. In: *Evidência da história – O que os historiadores veem*. Trad. Guilherme J.F. Teixeira et al. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, p. 231-238.

JOFFILY, Mariana. Direito à informação e direito à vida privada: os impasses em torno do acesso aos arquivos da ditadura militar brasileira. In: *Estudos históricos*, v. 25, nº 49, jan-jun 2012, p. 129-148 [disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/3766>]

RODRIGUES, Georgete Medleg. Legislação de acesso aos arquivos no Brasil: um terreno de disputas políticas pela memória e pela história. In: *Acervo*, Rio de Janeiro, v. 24, nº 1, jan/jun 2011, p. 257-286 [disponível em: <http://revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/478>].

ROUSSO, Henry. O Arquivo ou o Indício de uma Falta. *In: Estudos históricos*, v. 9, nº 17, 1996, p. 85-91 [disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2019>]

VISMANN, Cornelia. “The Archive and the Beginning of Law”. *In: GOODRICH, Peter; HOFFMANN, Florian; ROSENFELD, Michel; VISMANN, Cornelia (ed.). Derrida and legal philosophy*. Trad. Wadson Damasceno. Hampshire and New York: Palgrave Macmillan, 2008, p. 41-54.

CAPÍTULO 5

UM ENSAIO ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A COMPETÊNCIA – OU DA INSTITUIÇÃO DE COMPETÊNCIA IMPLÍCITA PARA TUTELA DE URGÊNCIA *IN LIMINE LITIS*

*Fabrício do Vale Barretto*¹

1. INTRODUÇÃO

Em 1868, Oskar von Bülow promoveu um grande avanço na Ciência do Direito, sobretudo no ramo do Direito Processual, ao apartar a relação jurídica processual da relação jurídica de direito material. Concluiu o jurisconsulto alemão que aquela relação teria institutos análogos aos das demais relações jurídicas, entre eles os “pressupostos” de formação, relacionados tão somente com a, no caso, constituição do processo.

José Orlando Rocha de Carvalho (2005, p. 80-83) adverte que a prestigiosa doutrina italiana dilatou os contornos de sua teoria, somando outras circunstâncias fático-jurídicas ao rol dos “pressupostos processuais” inicialmente elencados pelo doutrinador tedesco. Com a vinda de Liebman, renomado processualista italiano, para São Paulo, a doutrina nacional passou a estudar as lições desenvolvidas na Itália, e não a obra germânica original.

Essa linha clássica, mesmo baralhando validade e existência processual, se estabeleceu e foi adotada na legislação processual pátria, fruto da influência de Alfredo Buzaid, discípulo dileto do mestre da Velha Bota. A competência do juízo, por ex., era uma das circunstâncias fático-jurídicas equivocadamente consideradas como pressuposto processual, mas nada tem a ver com a existência do processo. A jurisdição, porém, é um pressuposto para a formação do processo.

A jurisdição é um poder-dever que consiste na atividade exercida predominantemente pelo Estado de *dizer*, mediante julgamento ou homologação, qual o

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pelo JusPODIVM/Faculdade Baiana de Direito.

direito deve ser aplicado de forma definitiva ao caso concreto. Em verdade, na generalidade dos casos o escopo não é apenas *dizer*, mas executar e conferir efetividade ao que foi *dito*, dando contornos práticos ao plano normado da situação concreta examinada e objeto de decisão judicial.

Já “a competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei”, na lição de Fredie Didier Júnior (2008, p. 101-102). “Pode um juiz ter jurisdição sem competência”, mas “não poderá ter competência sem jurisdição”, registrou, em 1958, Mário Guimarães, citado por Athos Gusmão Carneiro (2004, p. 61). É a competência, portanto, uma parcela da jurisdição, exercida na maioria dos casos por um órgão do Poder Judiciário (CF/88, art. 92). Ela pode ser relativa, podendo levar em conta os interesses particulares para a sua determinação, ou absoluta.

A competência absoluta é instituída por razões de interesse público. As normas jurídicas que a regulam possuem natureza cogente, isto é, são de ordem pública e devem ser aplicadas obrigatoriamente. Desta forma, dispõe o art. 113 do CPC que o magistrado deve reconhecer *ex officio* a sua incompetência absoluta e que as partes podem alegá-la a qualquer tempo. Tal é a gravidade da transgressão de seu regime jurídico que até mesmo após o processo se findar ela pode ser fundamento para a rescisão do julgado (CPC, art. 485, II).²

A propositura perante um órgão investido de jurisdição, não há dúvidas, é um pressuposto processual: é essencial para que *exista* o processo. Entretanto, a competência nada tem a ver com a existência do processo, pois a demanda proposta em juízo sem competência deve ser remetida ao juízo competente e é o procedimento do mesmo processo que será desenvolvido nesse juízo, na forma do art. 113, §2º, do CPC, e do art. 567 do CPP.

Questão controvertida é a da incompetência absoluta oriunda da violação de normas sobre a partilha constitucional das competências. Costuma-se dividir a jurisdição em estadual, federal, trabalhista, eleitoral e militar. Entretanto, não se pode perder de vista que a jurisdição é una. Essa divisão, que é realizada também pela Constituição (a “competência de jurisdição”),³ é precisamente uma classificação fruto da “divisão do trabalho” da atividade jurisdicional e corresponde justamente aos limites do exercício da jurisdição pelos magistrados levando-se em conta as pessoas envolvidas ou a natureza das matérias discutidas no processo. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e

² A nota curiosa é que a redação original do Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 (atual Projeto de Lei n. 8.406/2010), que visa instituir o Novo CPC, não previu esta hipótese como passível de ação rescisória.

³ “A expressão *competência de jurisdição* é, a rigor, incorreta e contraditória (ou o problema a que se refere é de competência, ou de jurisdição – nunca de ambas as coisas). Ela é utilizada aqui, à falta de outra melhor (e segundo o uso da doutrina), para significar o conjunto de atividades jurisdicionais cujo exercício é atribuído a cada organismo judiciário, ou sistema integrado e autônomo de órgãos (*Justiças*). Como se vê, a “competência de jurisdição” é típico fenômeno de competência, não interferindo de maneira alguma na jurisdição como expressão do poder inerente ao Estado soberano (que todas as *Justiças*, indiferentemente, têm)”. (CINTRA; GRINOVER; DINARAMCO, 2008, p. 255, grifo dos autores).

Cândido Rangel Dinamarco entendem ser a divisão realizada na Constituição um problema relacionado à distribuição da “massa de processos” e que “liga-se, pois, à problemática da competência, não da jurisdição em si mesma” (2008, p. 158).

Parte da doutrina entende que tais casos equivalem à falta de jurisdição e, em decorrência disso, o processo e eventual decisão prolatada seriam inexistentes. Na extremidade oposta, a parte complementar entende que o problema é de validade. A divergência doutrinária⁴ ecoa na seara jurisprudencial. Porém, verifica-se com extrema facilidade que há processos em que competência absoluta (pessoal e/ou funcional) oriunda da Constituição é violada e efeitos são produzidos, tais como:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AUTORIDADE COATORA FEDERAL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MANTIDA A MEDIDA LIMINAR QUE DEVERÁ SER RATIFICADA OU RETIFICADA PELO JUÍZO COMPETENTE. NULIDADE DA SENTENÇA. REMESSA EX OFFICIO ACOLHIDA. 1- O “mandamus” foi aforado contra ato de autoridade coatora federal servidora do INSS, perante a Justiça Estadual. 2- O art. 109, VIII, da Constituição estabelece a competência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal. 3- Mantida a medida liminar que, deverá ser ratificada ou retificada pelo Juízo competente. 4- Remessa oficial provida e declarada a nulidade da sentença proferida pela Justiça Estadual, com determinação de remessa dos autos à Justiça Federal. (TRF-3, REOMS n. 240417/SP, Relatora: Des. Fed. Vera Jucovsky, Órgão Julgador: Oitava Turma, Julgamento: 07/06/2004, Publicação: 29/07/2004). (grifo nosso).

De acordo com esta perspectiva, a “competência constitucional” não é um pressuposto processual. São estes casos em que decisão interlocutória é proferida sem a observância das regras expressas relativas à competência absoluta, constitucional ou infraconstitucional, que serão analisados doravante.

2. COMPETÊNCIA E TUTELA DE URGÊNCIA: A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA EM XEQUE

A Constituição Federal garante à população a inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelo Poder Judiciário. A inafastabilidade da jurisdição não é mero direito público subjetivo, mas um misto de direito e garantia fundamentais. Desta forma, não basta que a lide seja meramente apreciada pelo Estado-juiz, devendo ser tutelada da forma adequada, concretizando outro princípio processual com sede constitucional, a efetividade.

⁴ Para aprofundar, cf. a obra de Fredie Didier Jr. (2008, p. 109-111), cujo entendimento é pela (in)validade.

Tais princípios estão tão imbricados que parte da doutrina já trata a adequação e a efetividade como conteúdo da inafastabilidade da jurisdição. Luiz Guilherme Marinoni, por ex., ensina que a norma do art. 5º, XXXV, da CF/88, “garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva” e acrescenta que “a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional” (2004).

Na medida do possível, o processo visa aproximar o mundo jurídico do dever-ser ao fático reino do ser. Assim, para que o processo sirva ao seu propósito de, segundo a máxima chiovendiana, “dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional”, nas palavras de Didier Jr. (2008, p. 41), deve ele tutelar as situações urgentes de forma apropriada.

A proteção processual adequada não se encerra apenas na adaptação do procedimento ao direito material litigioso, como acontece, *verbi gratia*, com a tutela específica prevista no art. 461 do CPC, mas se desenvolve igualmente em relação aos efeitos deletérios do tempo no processo, evitando o perecimento ou lesão ao direito afirmado pelo autor.

Nesta toada, se uma lide é deduzida em juízo e verifica-se que exige uma providência de urgência, ou seja, constata-se necessariamente a presença de *periculum in mora* e de *fumus boni iuris* ou, nos termos do Código de Processo Civil, prova inequívoca somada à verossimilhança das alegações,⁵ deve o magistrado conceder a tutela tempestiva e preventiva visando à proteção do direito afirmado processualmente pelo autor. É a tutela adequada e sem ela, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, “o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional” ou “a tutela jurisdicional se realiza mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de direito a tanta espera” (2004, p. 56-57).

Nas situações em que o tempo atua como grande vilão do processo já no exato momento da propositura da demanda, a medida de urgência se dá mediante a concessão de decisões liminares, como a antecipação de tutela *in initio litis*, postergando para o réu o exercício do contraditório e da ampla defesa. O autor não pode suportar exclusivamente o ônus do pernicioso fator decurso do tempo, sob pena de o juiz, na condução do processo, não assegurar às partes igualdade de tratamento (CPC, art. 125, I). Nas palavras de Eduardo Cambi, “a visualização do tempo, como um ônus, a ser distribuído, de forma isonômica, entre as partes,

⁵ Há ainda o requisito da inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 274, §2º). Vamos admitir que os casos sejam reversíveis. Todavia, ainda que não fossem, observa Marinoni: “nos casos em que o direito do autor, que deve ser mostrado como provável, esta sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é improvável” (1999, p. 149).

contribuiu para adiantar (para antes da sentença e do seu trânsito em julgado) à adequada e mais rápida tutela jurisdicional” (2007).

Feita a breve e necessária digressão sobre os princípios processuais e a tutela adequada para as situações de urgência, voltemos para o objeto de nosso estudo: a competência.

Uma pretensão resistida é deduzida em juízo absolutamente incompetente ou, pior, em constitucionalmente incompetente, verifica-se que a situação exige a adoção impreterível de tutela jurisdicional para preservar o direito e que há pedido expresso para tanto.⁶ *De plano*, de modo geral, repudiamos a extinção do processo em tais situações.⁷ Partindo dessa premissa, deve o magistrado simplesmente remeter o processo ou conceder a liminar? Se o magistrado constata a presença da plausibilidade do direito e que há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I) ou justificado receio de ineficácia do provimento final (CPC, art. 461, §3º), a simples remessa dos autos é a valorização ilegítima da forma em detrimento da matéria, que implica em fazer *tabula rasa* a Constituição. Já exarou Luiz Guilherme Marinoni que:

Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, **sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.** (2004, grifo nosso).

Desta forma, não há outra solução para o caso que não a concessão da medida inadiável, satisfazendo antecipadamente a pretensão ajuizada. É a disposição judicial adequada, que outorga efetividade ao pedido liminar, evitando a violação do direito ou a ameaça de lesão (CF/88, art. 5º, XXXV). Após, determina-se a remessa para o juízo que o magistrado entende ser o competente.⁸

Consectário lógico dos princípios da instrumentalidade e efetividade, o exercício do poder geral de antecipação de tutela (CPC, art. 273), determina que o juízo conceda ou mantenha, em caráter temporário, medida de urgência para prevenir perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação. Para

⁶ Somente é possível antecipar a tutela sem pedido se houver previsão legal. Em relação ao Mandado de Segurança, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que “a liminar deve ser concedida *ex officio*, se presentes os pressupostos para tanto. Não é ato discricionário, mas vinculado: presentes os requisitos, o juiz é obrigado a conceder a liminar” (2007, p. 1557).

⁷ José Orlando Rocha de Carvalho faz diversas críticas, algumas bastante severas, sobre a extinção do processo nos casos em que são violados requisitos processuais, tais como o ônus para o Estado com a nova propositura da ação, o fato de ser, em sua visão, uma forma de negação do acesso à justiça, e até “uma forma disfarçada de pronunciar o *non liquet*”, entre outras (2005, p. 190-201). Todavia, por honestidade intelectual, é preciso informar que a inexistência de “competência constitucional” é para ele um caso de ausência de pressuposto processual, posição que não concordamos e que vem sendo paulatinamente afastada pela jurisprudência.

⁸ A urgência da situação concreta *sub judice* tem potencial até mesmo para modificar a ordem da cognição judicial: a incompetência absoluta (questão preliminar imprópria) seria examinada e solucionada em momento posterior ao exame precário do mérito com o proferimento da decisão interlocutória. Embora não de forma necessária, é um fato que pode ocorrer.

Dinamarco, “nem seria absurdo pensar no próprio poder geral de cautela, instituído pelo art. 798 do Código de Processo Civil, como verdadeiro poder geral de antecipar, porque a grande maioria das medidas concedidas com base nesse dispositivo tem natureza antecipatória e não cautelar” (2004, p. 72).

Nesta linha, a jurisprudência mais moderna, em consonância com o caráter instrumental do processo, tem se posicionado pela concessão de medida liminar ainda que o juízo seja absolutamente incompetente, devendo logo após a sua concessão remeter os autos ao juízo competente para que ratifique ou retifique o *quantum* decido. Em acórdão paradigmático, restou decido recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. DISPOSITIVO QUE NÃO TEM CARGA NORMATIVA SUFICIENTE PARA INFIRMAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. O art. 113, § 2º, do CPC, não tem carga normativa suficiente para infirmar as razões alinhavadas pelo aresto recorrido, que reconheceu a incompetência absoluta do juízo, mas deferiu liminar em face da urgência até manifestação do juiz competente. 2. O dispositivo não trata, e também não impede, a possibilidade de o juiz, ainda que absolutamente incompetente, deferir medidas de urgência. A norma em destaque, por força dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, somente determina que, reconhecendo-se a incompetência do juízo, os atos decisórios serão nulos, devendo ser aproveitado todo e qualquer ato de conteúdo não decisório, evitando-se com isso a necessidade de repetição. 3. Incidência da Súmula 284/STF por deficiência de fundamentação. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.022.375/PR. Rel. Min. Castro Meira. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento: 28/06/2011. Publicação: DJe 01/07/2011).⁹ (grifo nosso).

Retomando a questão da unidade da jurisdição, é oportuna e merece atenção a lição de Leonardo Greco:

Se todos os juízes são titulares do mesmo poder jurisdicional, o direito de acesso ao direito exige o máximo aproveitamento possível dos atos praticados pelo juiz incompetente perante o juiz competente, bem como dos atos do procedimento inadequado no procedimento adequado, preservando-se efeitos de direito processual e de direito material dos atos do juízo ou do procedimento primitivo viciado, na medida em que são compatíveis com as regras vigentes no juízo ou no procedimento apropriados, servindo utilmente à mais ampla efetiva tutela do direito material das partes. (2008, p. 14).

Declarada a incompetência absoluta, a legislação prevê que os atos decisórios serão nulos quando praticados pelo juízo incompetente (CPC, art. 113, §2º).

⁹ No mesmo sentido, o STJ fortaleceu o entendimento ao julgar, em 01/09/2011, o REsp n. 1.273.068/ES, cuja relatoria também coube ao Ministro Castro Meira, que manteve a coerência com o seu juízo anterior.

Sucedem que a decisão nula existe e produz efeitos até que seja reconhecida a sua nulidade pelo Judiciário, que ocorrerá se o vício for judicialmente declarado, “pois o nosso direito repele a desconstituição espontânea e automática do ato nulo”, ensina Galeno Lacerda (1992, p. 200). Como o caso exige a tutela de urgência, o juízo competente obviamente deverá decidir no sentido da manutenção dos efeitos da decisão anterior com a finalidade de evitar ou minorar a lesão ao direito. Este é um argumento que pode ancorar a posição favorável a respeito do tema e que, em tese, justifica a adoção da providência precária. Todavia, sem a pretensão de sermos os donos da verdade ou de esgotar o tema e cientes de que não estamos imunes às críticas,¹⁰ entendemos que tal raciocínio, apesar de útil, é insuficiente e vamos além, procurando justificar a atuação do juízo reputado incompetente.

Tratando das medidas cautelares, em escólio ao art. 800 do CPC, Pontes de Miranda prega que a incompetência não pode ser obstáculo para a sua concessão se houver *periculum in mora*. Com breve apanhado doutrinário e histórico, aprofunda o eminente autor:

Se a medida cautelar, retardando-se, ou não sendo pedida e concedida imediatamente, onde se acha o objeto a que ela se refere, *perderia* toda petinência, ou estaria quase completamente sacrificada, como se o devedor estivesse a fugir com os bens, ou o pai, ou mãe, ou tutor, ou curador, com o menor, ou se o afastamento dos cônjuges é urgente o problema assaz se complica. SILVESTRE GOMES DE MORAIS (*Tractatus de Executionibus*, I, 92), – partindo do princípio *Quando est periculum in mora incompetencia non attenditur* que ele extraía do direito português, citando as Ordenações Filipinas, Livro I, Título 54, § 2, – admitia que o juiz incompetente conhecesse do pedido de medida preventiva: a) se havia perigo na mora; b) se o devedor estava a fugir; c) e no caso de flagrante delito. MANUEL GONÇALVES DA SILVA (*Commentaria*, I, 247) seguiu-lhe as pegadas, reduzindo todos os casos a um só (perigo na mora) e frisando que, fora daí, o conhecimento da coisa pertence ao juiz “*coram quo lis pendet, vel pendere debet*”. Tal a tradição do nosso direito; e a regra jurídica do art. 800 não a elimina, porque o Código, fora da incompetência *ratione materiae*, mantém a política da eficiência e conservação dos atos judiciais. (1976, p. 59, grifos do autor).

Neste diapasão, é a compreensão de Athos Gusmão Carneiro, no que toca à competência territorial (2004, p. 129). Também Calmon de Passos adere à concepção dominante (2005, p. 327).¹¹ Já Galeno Lacerda vai além e admite também

¹⁰ Desde já alertamos que, embora partindo das mesmas premissas (as diversas lições dos autores citados) certamente chegaremos às conclusões diversas das que todos ou a grande parte da doutrina defendem. Até onde temos ciência, a tese defendida no presente estudo é inédita.

¹¹ Calmon de Passos sustenta que “mesmo não sendo competente para a causa, se deve aceitar a legitimação extraordinária do juiz mais adequado para evitar o dano irreparável ou de incerta e difícil reparação, no caso do *periculum in mora*, reservando-se para o juiz competente o ratificar ou não a medida cautelar deferida. É a solução que nos parece adequada na hipótese” (2005, p. 327). Porém, tratando especificamente do art. 273 do CPC, o mestre, que muitas vezes esteve na vanguarda da doutrina processual, comete, no nosso entender, um desliz ao afirmar que “competente para apreciar o pedido de antecipação é o magistrado que, no *iter* processual em que o pedido de antecipação for formulado, tenha competência para apreciar o mérito da causa, cujo objeto é

no caso de incompetência absoluta, mas ressalva: “somente se mantidos pelo juízo competente” (1992, p. 158).

Antes da Reforma promovida pela Lei Federal n. 8.952/94 e da vigência do Código de Defesa do Consumidor, art. 84, §3º, na ausência da generalização das antecipações de tutela, o poder geral de cautela (CPC, art. 798) era utilizado para colmatar a lacuna existente no processo de conhecimento. A *ratio* das medidas cautelares é essencialmente a mesma da antecipação: assegurar a eficácia do provimento final de um processo em virtude do transcurso nefasto do tempo. Logo, é possível concluir que as lições clássicas dos mestres são aplicáveis às antecipações de tutela, inteligência que é reforçada com a previsão da fungibilidade entre as medidas (CPC, art. 273, §7º).

Em relação à incompetência absoluta, também não vemos óbice para a idêntica extensão dos magistérios tradicionais supramencionados. No nosso sentir, é extremamente difícil sustentar que ela ou a incompetência jurisdicional constitucional são defeitos tão graves que não poderiam sequer produzir efeitos, pois temos que levar em consideração que a aplicação dos princípios constitucionais se sobrepõe à mera aplicação de regras. Vale dizer, a própria Constituição afasta a interpretação e aplicação arcaicas e restritivas do art. 113, §2º, do CPC, impondo neste particular a adoção da medida para resguardar o direito. Nelson Nery Júnior e Rosa Andrade Nery ensinam:

Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, **independente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente**. (2007, p. 115, grifo nosso).

Ora, se a parte bate nas portas do Judiciário, os princípios constitucionais do processo, sobretudo o da inafastabilidade da jurisdição,¹² impedem que o magistrado, ainda que incompetente em termos absolutos para julgar a causa, atue no sentido de não tomar medidas protetivas provisórias com o fito de preservar a utilidade ou continuidade do processo para o jurisdicionado. Neste sentido, a respeito da inafastabilidade da jurisdição, já consignou Dinamarco que “é portanto contrária à garantia constitucional de tutela jurisdicional e tempestiva aquela postura consistente em fechar as portas para a antecipação tutelar logo ao início do processo” (2004, p. 80). O autor ainda alerta que a negação sistemática da tutela de urgência significa ignorar o Pacto de San José da Costa Rica, que garante a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável (2004, p. 74).

a tutela que se pretende antecipar” (2005, p. 82), porque o *periculum in mora* exigido para a concessão da antecipação de tutela não se distingue ontologicamente do perigo da demora para a medida cautelar. Dinamarco, por ex., abarca as duas tutelas na categoria genérica de “medidas de urgência” (2003, p. 59).

¹² Categórico, Marinoni afirma: “ainda que o Código de Processo Civil não tratasse da tutela de urgência, esta deveria ser prestada com base no princípio da inafastabilidade” (1999, p. 203).

Confrontando a inafastabilidade e a competência, José Miguel Garcia Medina, após ensinar que mesmo que se desenvolva perante juízo incompetente fica o processo vinculado às garantias mínimas decorrentes do devido processo legal, conclui magistério louvável:

Assim, se é certo que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a ameaça a direito (art. 5.º, XXXV da CF), **deve ser considerada contrária a este princípio constitucional orientação tendente a impedir que juízo incompetente conceda liminar para impedir a ocorrência de lesão a direito. [...] Deparando-se com esta situação, deve o juiz, presentes os requisitos necessários à concessão da liminar, outorgar a medida, remetendo, em seguida, os autos ao juízo competente.** (2011, p. 137, grifo nosso).

É cediço que todo magistrado possui a competência para decidir a respeito de sua própria competência (*Kompetenz-Kompetenz*), embora possa não ser uma decisão definitiva. Ante o exposto, da mesma forma, concluímos que o ordenamento jurídico pátrio concede a todos os órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário a *competência implícita* para conceder as tutelas de urgência cíveis,¹³ nos limites examinados adiante. É ela que, no nosso sentir, efetivamente autoriza a adoção das providências processuais inadiáveis logo no início da tramitação de demandas, dando concreção aos princípios processuais constitucionais e concorrendo para a realização da justiça comutativa ao final do processo.

3. A COMPETÊNCIA IMPLÍCITA PARA ADOÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA COMO RESULTADO DO PÓS-MODERNISMO

Para compreender e aceitar a tese da competência implícita *sub examine* é necessária, inicialmente, a ciência de que a incompetência absoluta, inclusive a derivada da Constituição, não é um pressuposto processual, como demonstrado acima, quando vimos que a jurisdição é una. Na precisa e preciosa lição de Leonardo Greco:

A instalação de justiça especializadas ou de procedimentos mais céleres não pode criar na administração da justiça microssistemas herméticos e estanques. **A unidade da jurisdição exige que todos os órgãos jurisdicionais operem no sentido de assegurar a máxima eficácia à tutela jurisdicional dos direitos, colaborando uns com os outros para que a jurisdição se exerça de forma legítima e com o maior proveito possível para os jurisdicionados.** Cooperação deve existir não apenas entre os sujeitos do processo, mas também entre todos os órgãos jurisdicionais que forem chamados a desempenhar qualquer atividade no processo, pois

¹³ O nosso estudo foca o processo civil, especialmente o processo de conhecimento, mas pode se aplicar, *mutatis mutandis*, a outros ramos do Direito processual, especialmente porque o CPC é aplicado subsidiariamente. Em relação à esfera criminal, adiante serão tecidas maiores considerações.

todos são detentores do poder jurisdicional do estado e, por isso, plenamente aptos a praticar com eficácia todos aqueles atos processuais que não dizem respeito à esfera específica de competência de cada um, mas que são comuns a todos eles. (2008, p. 12, grifo nosso).

Num segundo momento, é forçoso que se ultrapasse o axioma processual segundo o qual o magistrado absolutamente incompetente não pode proferir quaisquer decisões que penetrem no mérito/pedido ajuizado. Esse dogma jurídico estabelecido tem encontrado dificuldade para obter acolhida na jurisprudência, haja vista que o próprio Superior Tribunal de Justiça permite a prolação de decisões precárias logo após cognição sumária. É a jurisprudência moderna que vem se consolidando:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS PARA O JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ART. 113, § 2º, DO CPC. LIMINAR MANTIDA ATÉ NOVA MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. ARTS. 798 E 799 DO CPC. 1. Recurso especial no qual se discute a validade da decisão proferida pelo Tribunal de origem que, não obstante tenha reconhecido sua incompetência absoluta para apreciar o mandado de segurança originário, manteve o provimento liminar concedido até nova ulterior deliberação do juízo competente, a quem determinou a remessa dos autos. 2. A teor do art. 113, § 2º, do CPC, via de regra, o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo implica na nulidade dos atos decisórios por ele praticados. Entretanto, tal dispositivo de lei não inibe o magistrado, ainda que reconheça a sua incompetência absoluta para julgar determinada causa, de, em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, conceder ou manter, em caráter precário, medida de urgência, para prevenir perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação, até ulterior manifestação do juízo competente, o qual deliberará acerca da subsistência, ou não, desse provimento cautelar. Nessa mesma linha: REsp 1.273.068/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 13/09/2011. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 1.288.267/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgamento: 14/08/2012. Publicação: 21/08/2012). (grifo nosso).

E não apenas do Poder Judiciário é possível retirar essa conclusão. O CPC, art. 120, *caput*, determina que em caso de conflito de competência o relator deve designar um dos juízos “para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes”. Esse juízo *ad hoc* poderá ter ao final do julgamento do conflito a sua incompetência absoluta reconhecida e nem por isso os atos decisórios praticados por ele serão nulos ou deixarão de produzir efeitos. Interessante notar que a tutela de urgência já praticada antes da nomeação desse juízo deve continuar a produzir efeitos (NERY JÚNIOR; NERY, 2007, p. 380), no que se afina com o disposto no art. 807, p.u., do CPC.

Além, num terceiro e mais importante momento, é indispensável ter em mira que a época em que uma Constituição era tratada como mera folha de papel vai se perdendo no horizonte do tempo. Como Carlos Eduardo Bianca Bittar ensina, orientados pelo paradigma do positivismo, no passado a “validade, legalidade, ordem, impositividade, eram considerados valores supremos de um ordenamento que operava como uma razão científica para a disciplinação da ordem e da desordem sociais” (2008, p. 145). Essa concepção entrou em crise quando se conferiu hodiernamente normatividade para as Constituições e aos princípios jurídicos. Para a nossa ordem jurídica, esse movimento somente chegou com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Daniel Sarmento explica o fato histórico, em lição extensa, mas que merece ser transcrita em sua inteireza:

O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país. (2009, p. 43).

Somente após a promulgação da nova Ordem Magna em 05 de outubro de 1988 que a Constituição foi erigida ao patamar de verdadeira Lei Fundamental, passando a ser tratada como norma jurídica, à qual todas as demais, anteriores ou posteriores, passariam a dever tributos e estrita obediência. Como consequência,

a comunidade jurídica vive hoje sob a influência dos fenômenos jurídicos da descodificação e da constitucionalização do Direito, culminando, na esfera processual, no denominado neoprocessualismo. Eduardo Cambi muito bem aponta que tal fenômeno se caracteriza pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais e aprofunda:

Fatores como a circunstância do Código Civil ter deixado de ser o centro do ordenamento jurídico, o surgimento dos microssistemas (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor, Estatuto do Idoso etc), o fenômeno da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz explicam o surgimento do neoprocessualismo. (2007).

Neste contexto evolutivo, a técnica processual se orienta de acordo com mandamentos principiológicos, conferindo ao magistrado um plexo de poderes para satisfazer os interesses jurídicos afirmados no processo de forma isonômica e efetiva.¹⁴ Assim, se o magistrado tem a finalidade da tutela jurisdicional adequada ao caso, ele dispõe também dos meios para a sua persecução.

No âmbito infraconstitucional, é de observar que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no art. 35, IV, estabelece o dever de o magistrado atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência. Não há ressalva a respeito da competência do juízo no texto legal. Nem poderia haver. A regra teria o seu conteúdo normativo esvaziado se o magistrado tivesse apenas o dever de observar uma mera formalidade de oitiva e não fosse dotado de poderes para atuar na situação aludida. Deve se interpretar a norma no sentido que lhe confira a máxima efetividade possível.¹⁵

Se a tutela de urgência já era concedida em casos de medidas cautelares por juízo absolutamente incompetente desde há muito, inclusive antes da Carta Magna vigente, nos parece que a sua concessão em processos de conhecimento é um fenômeno da pós-modernidade, que é “um movimento que está em franco processo de produção, desenrolando-se sob os olhos dos próprios narradores envolvidos”, nas palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, p. 134), que aprofunda:

¹⁴ A antecipação da tutela jurisdicional “representa uma grande revolução conceitual na estrutura do processo civil clássico, porque, em nome de uma técnica processual mais adequada a realização dos direitos substanciais, quebra-se o mito do juiz que simplesmente servia para, após tomar amplo conhecimento dos fatos, revelar a verdade, pela intermediação dos acontecimentos com a lei”, explica Eduardo Cambi (2007).

¹⁵ Nas palavras de Dinamarco: “se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV) a disposição dos juizes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, *caput* e inc. I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízos, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos” (2004, p. 73-74, grifo nosso).

A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário. (2008, p. 133-134).

Sem dificuldade, sobretudo antes da égide da CF/88, decisões austeras eram proferidas por Tribunais no sentido da nulidade das decisões liminares proferidas por juízo incompetente para julgar a causa, posição que vem se alterando paulatinamente.¹⁶ Como Eduardo Bittar deixou assente, um paradigma não é superado ou substituído de forma instantânea, e talvez nem mesmo no campo das ciências exatas isso seja possível. A nova leitura do Direito, a partir do pós-positivismo jurídico, permitiu a abertura de novas perspectivas para a sua aplicação.

Após a breve contextualização histórica, axiológica e jurídica do avanço da técnica processual, é preciso continuar a defesa da existência da competência implícita referida. Com efeito, o que virá, ainda que eventualmente calcada em lições doutrinárias clássicas, é também fruto do progresso jurídico vivido.

A Jurisdição é una e a competência, já vimos, é o limite do exercício do poder jurisdicional, e sua instituição está adstrita às normas jurídicas produzidas por iniciativa do Legislativo ou do Judiciário (LOJ e Regimentos Internos de Tribunais, por ex.), além das próprias Constituições, Federal ou Estaduais. Contudo, é impossível legislar de forma específica sobre a competência de todos os temas e situações.¹⁷ Logo, admite-se a competência implícita quando não está expressamente prevista na Constituição ou Lei.

José Joaquim Gomes Canotilho sustenta essa possibilidade, com a “complementação das competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica)”, quando chegaríamos às competências complementares implícitas, sendo um tipo delas as “*competências implícitas complementares*, necessárias

¹⁶ À guisa de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, em 2007, ao julgar o Conflito de Competência n. 85.217/PE, decidiu pela cassação da liminar proferida em sede de mandado de segurança por juízo estadual absolutamente incompetente e, ato contínuo, pela remessa do processo para a Justiça Federal. Era possível decidir o conflito mantendo a decisão liminar e determinando a remessa. A propósito, para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, os atos já praticados, inclusive as decisões liminares, “só podem ser cassados pelo recurso ou outro meio adequado de impugnação, mas não pelo conflito de competência, cujo objeto é afirmar qual o juízo competente para processar e julgar a causa” (2007, p. 380).

¹⁷ Como bem observa Dinamarco, “tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo” (2004, p. 21).

para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais” (2003, p. 549, grifo do autor).

Com efeito, a aplicação dos tradicionais métodos de interpretação sistemático e teleológico aos princípios constitucionais e regras sobre o poder geral de antecipação de tutela converge para a conclusão exarada. Examinando a regra infraconstitucional tendo a Lei Maior como ponto de partida (filtragem constitucional) e de chegada, conclui-se que a interpretação e aplicação do Direito são orientadas para que se atinjam os valores constitucionalmente protegidos. De acordo com a Constituição, a celeridade e a efetividade são os valores perseguidos de forma precípua e imediata pelas regras atinentes às decisões liminares. A carga axiológica da tutela de urgência é evidente.

Carlos Maximiliano, após afirmar que “a norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais”, conclui que ela deve ser “interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida” (2010, p. 125). Em outro momento, o antigo Ministro do STF doutrina que “prefere-se o sentido conducente ao *resultado* mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave” (2010, p. 135, grifo do autor).

Assim, o sentido dado à legislação aplicável ao caso é o favorável à pessoa ou bem jurídico que a própria lei pretende tutelar, e não em prejuízo do que ou de quem visa proteger. Destarte, acerca da regra que disciplina a incompetência absoluta, se é possível extrair uma norma da letra do CPC, art. 113, §2º, cujo rigor de sua aplicação seja contraproducente para o exercício da jurisdição, ela deve ser afastada em prol de outra norma que realize os seus escopos. É o que vem sendo feito pelo “guardião do direito infraconstitucional”, o Superior Tribunal de Justiça. O interesse público que fundamenta essa regra cogente não visa dificultar a efetividade da jurisdição. Do mesmo modo deve se interpretar e aplicar as regras a respeito da tutela de urgência. Com a Constituição de 1988, o brocardo latino *dura lex sed lex* passou a ser *démodé*.

A jurisdição é indivisível e vige no nosso ordenamento o princípio do *iura novit curia*, segundo o qual o magistrado conhece o Direito pátrio interno, observado o art. 337 do CPC. Ou seja, todo juiz possui ciência das normas jurídicas de abrangência nacional (e estadual, no caso de magistrado estadual)¹⁸ e tem em geral o poder de aplicá-las processualmente ao caso concreto.¹⁹ Ora, é possível que se esteja diante de um mandado de segurança, com uma plausibilidade de “direito líquido e certo” que pode ser atestada *de plano*, mediante prova pré-constituída,

¹⁸ Por força dos arts. 112, 109, §3º e 109, I, parte final, da CF/88, o juiz de direito deve ter relativo conhecimento também das legislações trabalhista, previdenciária e de determinadas normas federais específicas.

¹⁹ Não obstante, para que os fatos e os direitos sejam apreciados com qualidade, evitando-se a cassação da liminar, é extremamente recomendável um esforço para que se demande perante juízo que tenha competência *ratione materiae*.

tendo o magistrado plena capacidade para aferir a sua existência e a do perigo da demora em cognição sumária. Não é por outro motivo que, num conflito de competência, o Tribunal, através do relator, pode conferir competência a um dos juízos, excepto ou excipiente, para medidas urgentes (CPC, art. 120).

O Novo CPC trará dois dispositivos que podem reforçar a nossa tese: “salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente” e “ao decidir o conflito, o tribunal declarará qual o juiz competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juiz incompetente”. As referências feitas nos dispositivos são, como em outros momentos, sobre a competência ou incompetência *expressa* para o provimento final. A antecipação de tutela e decisão liminar estão abarcadas nos atos praticados por juiz expressamente incompetente para o provimento final referidos na lei. Desta forma, em princípio, a decisão referida seria válida ou válida e ineficaz, e poderia ser invalidada ou ter a sua eficácia reafirmada no juízo *ad quem*; o contrário, isto é, de inválida passar a ser uma decisão válida, não seria possível, pois a seria, na prática, desde o início.

4. LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO JUÍZO

Estabelecida a existência da competência implícita, é preciso estabelecer limites para que a atuação do juízo implicitamente competente seja idônea.

4.1 Matéria Penal

Em relação ao processo penal, no que toca às prisões cautelares e assuntos correlatos, em razão da fundamental proteção constitucional ao bem jurídico liberdade e da substituição dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* por, respectivamente, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, requisitos específicos do domínio penal,²⁰ entendemos que é vedada a apreciação de tais temas por magistrados investidos de jurisdição civil, ou seja, somente juízos com competência material especializada no ramo criminal podem apreciar tais assuntos e os demais requisitos previstos no Código de Processo Penal, art. 312.²¹ Convém frisar que a revogação de uma decisão dessa natureza não teria nunca como retornar ao *status quo ante*, possibilidade existente nos outros ramos do Direito. A otimização do exercício da jurisdição restaria prejudicada caso se pensasse diferente. Em relação

²⁰ Aury Lopes Jr. alerta que “o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito)”, e que “o perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto” (2006, p. 200-201).

²¹ *A priori*, no entanto, pensamos que em situações extraordinárias, seria possível que medidas cautelares processuais penais de natureza patrimonial fossem decididas por juízo cível e posteriormente ratificadas ou retificadas pelo juízo criminal.

ao *habeas corpus*, também pensamos que somente o juízo com competência material deve analisar o art. 648 desse diploma legal e pode julgá-lo.

4.2 Observância das Condições da Ação, Requisitos e Pressupostos Processuais

A competência aduzida não exonera o autor e o magistrado de zelar pelas condições da ação, requisitos e pressupostos processuais. *Dormientibus non succurrit jus*, informa o brocardo latino. Da mesma forma, o Direito também não pode socorrer os “precipitados”, aqueles que demandam apressadamente, sem observar formalidades essenciais e insanáveis ou questões elementares afeitas ao mérito.

Neste ponto, existe um caso que merece atenção: a propositura de ação por quem detém capacidade postulatória apenas para demandar em certas Justiças (v.g., Juizado Especial e Justiça do Trabalho) e quando houver necessidade de remessa para outra que exija um procurador judicial. A decisão liminar só pode ser proferida no caso se houver a aplicação do princípio da adaptação da tutela jurisdicional²² e o processo, com a consequente alteração do procedimento, tiver condições e efetivamente continuar no mesmo juízo inicialmente incompetente para o provimento final (ex.: um mandado de segurança “adaptado” para uma ação ordinária cujo objeto seja uma antecipação de tutela).²³ A solução é polêmica.

4.3 Impossibilidade de Julgar a Causa

Por força do CPC, art. 113, §2º, e da partilha constitucional das competências, o órgão jurisdicional não poderá processar o feito até o final e, consequentemente, julgar de forma definitiva a causa. Deve-se aplicar a técnica da *translatio iudicii* ao caso e prevenir que a demanda seja objeto de ação rescisória, na forma do art. 485, II, do CPC.

4.4 Indispensabilidade do *Periculum in Mora*

A presença do *periculum in mora* é indispensável. Desta forma, o juízo só teria competência para legitimamente antecipar a tutela *in limine* se diante de um caso concreto de urgência. A propósito, o Novo CPC pretende fragmentar a

²² Sobre o princípio da adaptação, vide Fredie Didier Jr. (2008, p. 51-55).

²³ Na preciosa lição de Fredie Didier Jr., “não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. Um exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o magistrado determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto” (2008, p. 190).

antecipação de tutela em “tutela antecipada de urgência”, restrita às circunstâncias em que há perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, e “tutela antecipada de evidência”, um incidente processual que abarcará os demais casos.

4.5 Razoabilidade ou Necessidade Extrema da Propositura da Ação

As vicissitudes legais e factuais que caracterizam a urgência não devem ensejar na propositura de uma demanda que desborda a razoabilidade, que deve ser aferida à luz do caso concreto.²⁴ Assim, é de se presumir que a urgência da tutela exija a propositura da ação em juízo próximo ao réu ou autoridade coatora que deverá cumprir a decisão, sob pena da paradoxal não satisfação tempestiva da medida e de prejudicar o exercício do contraditório e da ampla defesa, ferindo a isonomia. Além, de modo geral, deve-se evitar o ajuizamento da demanda em juízo com competência afeita aos limites territoriais *estaduais* em que a pessoa ou bem da vida não se encontra.²⁵ Com essas medidas, obsta-se que o magistrado perfilhe o entendimento de que o autor viola o princípio do juiz natural ou, se configurado os seus requisitos, pratica litigância de má-fé.

Como afirmamos, a razoabilidade deve ser aferida de acordo com o caso concreto e é possível a existência de situações excepcionais. Recentemente, precisamente em 27 de agosto de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso veiculou notícia sobre uma ação em que o autor residia em Rondônia, o réu, Banco Volvo do Brasil S.A., tinha sede no Paraná e o processo estava tramitando em Mato Grosso. O magistrado se valeu da técnica da *translatio iudicii* e remeteu o processo para o juízo de Rondônia já com a decisão liminar pleiteada.²⁶

A razoabilidade da propositura, portanto, se confunde com a boa-fé, que deve ser um requisito para a concessão da liminar nos termos aludidos, como

²⁴ Ainda assim, o autor que comete erro crasso na identificação do juízo competente para *julgar* a causa terá que arcar com o ônus do endereçamento equivocado, que pode implicar na pouca afinidade do magistrado com a matéria ou na adoção de uma postura política, conservadora, legalista ao extremo, talvez até mesmo leniente, redundando todas elas na simples remessa dos autos ao juízo competente. No caso do mandado de segurança, que trata basicamente de questão de direito e exige prova pré-constituída, estando ainda dentro do prazo decadencial de 120 dias, para evitar ainda mais a ação pernicioso do tempo (demora da remessa, autuação, possível distribuição e a apreciação do magistrado) é recomendável que se desista do processo e impetre novamente no juízo competente para o julgamento “definitivo”. Vale observar ainda que o endereçamento errôneo *pode* caracterizar a prática de infração disciplinar pelo advogado, se preencher o suporte fático do art. 34, IX, da Lei Federal n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a OAB).

²⁵ Ainda que exista carta precatória e as normas insculpidas no CPC, art. 205, no art. 4o da Lei Federal n. 12.016/09 e no art. 7º da Lei Federal n. 11.416/06, que trata da informatização do processo judicial, seria extremamente difícil conceber, por ex., que uma pessoa que está na Bahia demande no Rio Grande do Sul e a decisão do Judiciário gaúcho obrigue o Estado da Bahia a satisfazer o comando emergente de sua decisão.

²⁶ Consta que o magistrado – numa, para nós, decisão irretorquível – fundamentou da seguinte forma: “não obstante este juízo determine a remessa do feito à Comarca de Presidente Médici-RO, mostra-se imperioso enfrentar o pleito que busca a antecipação dos efeitos da tutela a fim de que se garanta uma resposta, de plano, acerca da liminar pleiteada para que, assim, reste fielmente cumprida a determinação do artigo 5º, XXXV da CRFB/88. Com isso, não se está a gerar prevenção e nem se afirmar a competência do juízo de Sapezal/MT, mas apenas examinando pedido de urgência deduzido, tudo em respeito ao amplo acesso, duração razoável e, porque não, à dignidade da pessoa humana” (MATO GROSSO, 2012).

atenta Leonardo Greco, para quem a continuidade do processo “com a preservação dos seus efeitos processuais e substanciais não pode constituir um prêmio para o litigante que deliberadamente procurou o juízo incompetente ou adotou o procedimento impróprio” (2008, p. 18). Assim, Greco também afirma que a parte não pode se beneficiar de sua própria torpeza e que o juiz não pode “sabiamente usurpar a competência de outro órgão jurisdicional, *proferindo decisão que o juízo competente não poderia proferir*” (2008, p. 19, grifo nosso).

Leonardo Greco dá como exemplo de boa-fé o erro escusável a respeito do juízo competente e a respeito atenta Galeno Lacerda para o fato de que “em regra as dúvidas quanto à competência decorrem de omissão ou ambigüidade das leis, e não de erro do advogado” (1992, p. 199). São exemplos do aceitável ajuizamento em juízo tido como incompetente o erro escusável na aplicação, para fins de endereçamento, dos arts. 109, §3º e 112 da CF/88. Também a alteração recente da competência absoluta do juízo, nos termos do art. 87 do CPC, pode ser escusável. A própria Emenda à Constituição n. 45, de 2004, alterou drasticamente diversas competências e, por ex., uma ação proposta perante a Justiça Estadual deveria, na época, ter a situação de urgência afirmada processualmente tutelada antes da remessa para o juízo laboral competente.

No entanto, ainda temos a situação de urgência extrema, quando de forma alguma teríamos um caso de litigância de má-fé. Um exemplo bastante simples e ilustrativo é a ausência do magistrado com competência expressa na comarca ou subseção judiciária. No interior de um país com dimensões continentais como o nosso, pode acontecer de a ida para o juízo vizinho ser tão complexa que exija o ajuizamento da demanda no próprio juízo local. Outro exemplo assemelhado é a inviabilidade técnica do sistema eletrônico de processamento de ações judiciais, na forma da Lei Federal n. 11.419, de 2006, já que, em tese, é possível demandar em qualquer juízo de qualquer parte do território desde que o processo eletrônico esteja disponível (e o causídico esteja cadastrado no sistema).

Outro exemplo, aparentemente polêmico, é a medida de urgência pleiteada em sede de ação possessória no caso de exercício do direito de greve no âmbito da iniciativa privada. A Súmula Vinculante n. 23 trata do tema e expressamente fixa a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar essa ação em tal circunstância. Mas não tem como negar que, por ex., a posse injusta ou o abuso do direito por parte dos grevistas possa exigir que um juízo estadual ou federal atue na causa e, após a concessão da decisão liminar, remeta os autos para a Justiça laboral. No nosso sentir, essa decisão precária e que assegura a efetividade da jurisdição não deve ser objeto de reclamação constitucional (CF/88, art. 102, I, 1), exceto se não houver a remessa, quando poderá ser também objeto de agravo de instrumento.

Ainda no que toca à urgência extremada, certamente que a nossa posição de generalização da tutela de urgência não agradará a todos. Já afirmamos que não somos donos da verdade e estamos abertos ao diálogo, até mesmo porque a luz

pode surgir com o atrito das ideias. A ideia aqui defendida pode e deve ser objeto de aprofundamentos. Contudo, temos plena convicção de que determinados casos estão num nível acima em virtude da importância do bem jurídico tutelado. Ora, uma decisão liminar que pode decidir a respeito da vida ou saúde de alguém não pode ser indeferida se presentes os seus requisitos autorizadores, pois a irreversibilidade do dano é patente, sobretudo no primeiro caso. Nem tudo pode ou deve ser convertido posteriormente em perdas e danos.

Como preceitua Luiz Guilherme Marinoni, “é fundamental, assim, que o juiz trate da tutela antecipatória sem timidez ou medo, ciente de que a sua omissão pode provocar dano e de que o autor não tem culpa pela demora da Justiça” (1999, p. 104). O magistrado tem que analisar o caso concreto e, se preciso for, deve superar formalidades que não contribuem para a efetividade da prestação da jurisdição.

4.6 Impossibilidade Jurídica de Indeferir a Tutela de Urgência

Além do exposto, esta competência implícita somente autoriza a prática de medidas pelo magistrado no sentido de conceder a tutela *inaudita altera parte*, e nunca para proferir decisão interlocutória indeferindo a liminar ou antecipação de tutela, ou revogando a própria liminar. Neste ponto, como bem observa Galeno Lacerda (1992, p. 200), se o juízo se declara incompetente, o processo é suspenso e “vedada se torna ao juiz excepto qualquer inovação ao *status* anterior do processo”, pois “não mais pode decidir no feito, inclusive para revogar atos anteriores. Tal atribuição há de pertencer por inteiro e exclusivamente ao juízo declinado, se aceitar a própria competência”.

A competência implícita é tão somente para a adoção da providência jurisdicional premente. Se não for para resguardar, o direito positivo pátrio não autoriza a atuação judicial. A inesperada prolação nesse sentido tornaria a decisão interlocutória nula *ipso iure*.

Já no caso da pronúncia no sentido do deferimento, como tem competência para tanto, a decisão será *válida* e só deve ser revista pelo juízo monocrático ou Tribunal se houver mudança de fato ou no convencimento sobre as provas (CPC, art. 131), *error in judicando* ou *error in procedendo*.

Com a devida vênia aos que possuem entendimento diverso, se os dois juízos são vinculados ao mesmo Tribunal e se ocorre convergência a respeito da existência dos requisitos para a concessão da tutela urgente, não há necessidade de outra decisão posterior apenas para manter os efeitos da anteriormente prolatada, em harmonia com o princípio da economia processual. O magistrado deve apenas despachar e ordenar a intimação/notificação das partes rés.²⁷

²⁷ A economia processual ocorre especialmente com o aproveitamento e diminuição da prática de atos processuais. O princípio da economia processual, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco, “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o

4.7 Necessidade de o Juízo Expressamente Competente Realizar Nova Cognição Perfunctória

Por fim e ao cabo, é imperioso que o juízo receptor dos autos realize novamente o cotejo entre a causa de pedir e o pedido antecipatório, a respeito da presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, em razão da cognição perfunctória realizada pelo juízo remetente ou de sua ausência.

Primeiro, caso não tenha sido deferida no juízo remetente, qualquer que seja o motivo, é necessário decidir no sentido de sua concessão ou denegação. Na hipótese diversa, o magistrado pode decidir pela cassação dos efeitos emanados se a situação de fato se alterar ou suceder uma nova apreciação das provas colacionadas pelo autor, modificando o entendimento inicial do Estado-juiz. Também pode suceder de a decisão ter sido proferida por quem não detém competência *ratione materiae* e o juízo modificar o entendimento predecessor a respeito da matéria, que pode igualmente suceder se o juízo anterior for competente em razão da matéria. Em todos os casos, o CPC, no art. 273, §4º, dispõe que a tutela *in limine* é medida precária, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo em decisão fundamentada.

Segundo, para promover, se for o caso, o princípio do duplo grau de jurisdição, que poderia restar comprometido no caso concreto se a eventual decisão anterior permanecesse no mundo jurídico, quando deverá proferir nova decisão, ainda que em idênticos termos da anterior. Por ex., se a causa é de competência da seção judiciária do Rio de Janeiro e fosse ajuizada perante juízo estadual de uma comarca do Rio de Janeiro, caso este magistrado concedesse a liminar e remetesse o processo, o agravo de instrumento deveria ser interposto no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mas o órgão não teria competência funcional (absoluta) para julgar a decisão proferida por aquele juiz estadual, consoante art. 108, II, da Carta Magna. Igualmente seria se o caso envolvesse juízos federais de distintas regiões, na forma do Regimento Interno do Tribunal.

5. CONCLUSÃO

A jurisdição é o poder-dever de o Estado-juiz resolver o caso concreto posto aos seus cuidados, geralmente uma lide, e é um pressuposto processual, pois não existe demanda judicial se não ajuizada a ação perante órgão investido de jurisdição. Já a competência, que é a parcela da jurisdição atribuída ao juízo, é um requisito processual, afeito à validade do processo, e não à sua constituição.

O processo deve ser decidido de forma definitiva pelo juízo competente para tanto, seja no juízo *a quo* seja no juízo recursal. Todavia, o juízo incompetente

mínimo emprego possível de atividades processuais" (2008, p. 79). Os sujeitos que compõem o pólo passivo da relação jurídica processual já seriam citados no momento da comunicação da decisão liminar para o seu cumprimento.

para decisão final não o é para a decisão interlocutória que adentra no mérito em caso de urgência. O juízo que não detém competência expressamente atribuída pela literalidade de uma fonte do direito processual pode possuir competência implícita oriunda de interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação infraconstitucional. Em outros termos, o juízo expressamente incompetente pode ser implicitamente competente.

A CF/88, quando elegeu a efetividade e a celeridade, consagradas também em nível internacional (e na forma da CF/88, art. 5º, §3º), como valores processuais a serem buscados pelo Estado-juiz, autoriza que juízo expressamente incompetente possa adentrar no mérito da causa, mediante cognição perfunctória, para tutelar situações de urgência de forma precária. No entanto, por óbvio, a missão constitucional de eliminar a lide de forma *definitiva* do seio social continua assegurada ao juízo com competência expressa.

O juízo sem competência expressa somente estará livre para, em decisão motivada, se eximir de tal dever em caso em que se verifique a prática de litigância de má-fé por parte do autor, quando deve observar outro dever, qual seja, zelar pela regular condução do processo e a dignidade de Justiça.

Fora de tais situações, se uma ação é ajuizada em juízo incompetente em termos absolutos, este fato acerca da propositura não pode afastar o dever de o juiz velar pela efetividade do pronunciamento final de um processo, seja da própria relação jurídica processual discutida seja de outro processo dependente, presente ou futuro, permitindo a realização da justiça comutativa.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. In: **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, ano XXVIII, v. 29, n. 52, p. 131-152, dez. 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 21/10/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13. ed. rev. e atual. de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Ano 33, n. 166, dez. 2008, p. 9-26.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 813 a 889. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 3, tomo I.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 03/10/2012.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Comunicação do TJMT. Juiz decide causa com técnica *translatio iudicii*. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/26168#.UZ6Et-Rwqho>>. Acesso em: 23/05/2013

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. tomo XII.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 270 a 331. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional** - Teoria da Constituição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 31-68.

CAPÍTULO 6

NOVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS E POLÍTICO-CRIMINAIS PARA OS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

*Pedro Paulo da Cunha Ferreira¹
Andressa Paula de Andrade²*

*[...] el rasgo distintivo del hombre prudente es, al
parecer, el ser capaz de deliberar
y de juzgar de una manera conveniente
sobre las cosas que pueden ser buenas y útiles para él.
Aristóteles*

1. INTRODUÇÃO

No campo sociológico, tem sido comum a identificação da sociedade atual com determinados elementos que lhe conferem características específicas. Esse paradigma contemporâneo de sociedade, denominada pós-moderna, pós-industrial ou sociedade de capitalismo tardio, identifica-se no mais das vezes com a ideia do risco. A conjugação da atual sociedade globalizada como sociedade de risco é fruto de uma releitura intelectual do modelo cultural contemporâneo, promovida e sistematiza pelo sociólogo alemão *Ulrich Beck* no marco de seus estudos expressos em uma de suas obras, intitulada “Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade” (editada e lançada na Alemanha no ano de 1986).

Salienta-se, nesse sentido, que compreender a sociedade de hoje sob o viés proposto por *Beck* é apenas uma das variadas formas (hipóteses) de conceber a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR). Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal.

² Acadêmica do 5º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR). Pesquisadora discente, integrante do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI) e estagiária do Ministério Público do Estado do Paraná.

modernidade sócio cultural. Todavia, é inegável que a repercussão da ideia de perigo latente, advinda da sedimentação da noção de risco ínsita a esse arquétipo social, transforma a construção da expectativa de dano em um fator que influi mediata e imediatamente em diversos seguimentos da vida social.

O presente processo de globalização, em que pese trazer consigo uma série de indiscutíveis benefícios ao bem-estar social e individual, mormente em razão do desenvolvimento das ciências, das técnicas e procedimentos de produção e transformação do estado das coisas, acarreta, *pari passu*, um conjunto de efeitos avessos à manutenção da sensação de segurança ou de sua manifestação concreta.

É especificamente nesse quadrante, diante do advento dos novos e incertos riscos, que os instrumentos de controle social têm sido aventados como mecanismos para a contenção de suas fontes geradoras. Assim se explica o porquê de a expectativa pela projeção do dano não comportar somente uma face subjetiva e anímica, formatada na sensação coletiva de insegurança, mas resvalar em sua provável extensão e materialização prejudicial aos bens jurídicos indispensáveis à subsistência humana. O Direito Penal, em particular, não tem se mantido insensível a essa novel realidade, embora sua utilização enquanto gestor de riscos possa denotar uma incontestável afronta aos seus principais e mais caros referenciais teóricos.

O denominado Direito Penal do risco tem sido modulado através da acolhida dos pressupostos da precaução na Política Criminal, cuja recepção, porém, não implica na mudança radical do paradigma penal, posto que seu fundamento não é estranho originariamente às suas bases dogmáticas. O risco é um conteúdo de claríssima natureza real, possivelmente apreensível pela norma penal e, por isso, passível de descrição nos limites taxativos do injusto, o que não afasta a necessidade de vinculação das incriminações aos dados fenomênicos.

Essa edificação lógica é que permite e faculta a adequação do Direito Penal à presente realidade, sem que para tal seja imprescindível uma total reorganização que repercuta no esvaziamento de sua função essencial de tutela subsidiária de bens jurídicos.

2. DA NATUREZA ONTOLÓGICA DO RISCO

Com o abandono das teorias causais e a consagração do finalismo enquanto um novo sistema jurídico-penal, tem início a reestruturação da teoria do delito a partir da reconstrução do conceito de ação, cuja reformulação se dá através do emprego da metodologia ontofenomenológica (PRADO, 2010, p.277). Esse método funda-se na necessidade de que sejam levados em consideração, para a seleção das condutas penalmente relevantes, aqueles dados vinculados às elementares do mundo do ser.

Ou seja, em que pese serem as normas de direito - e especificamente a norma penal - uma abstração deontica, estas não devem alijar-se dos dados

empíricos da vida real, de onde colhem os fundamentos de sua regulamentação. É nessa sistemática que *Welzel* propõe que a seleção das condutas reprováveis esteja atrelada aos dados ônticos do mundo do ser, pois só assim as incriminações seriam baseadas em elementos categoricamente seguros. (WELZEL, 2004, p.30); (WELZEL, 1956, p.47-49).

A proposta metodológica assim adotada, de cunho objetivista, fundada no mundo do ser, contribui para a elaboração das estruturas lógico-objetivas ou lógico-concretas, as quais vinculam a atividade legislativa de construção do injusto aos caracteres imanentes ao mundo fenomenológico. Sob essa perspectiva, as categorias lógico-reais, como elucidam *Maria Auxiliadora Minahim* e *Yuri Carneiro Coelho*, permitem a atuação do legislador de maneira restrita no âmbito de sua atividade legiferante, vedando a existência de campos absolutamente abertos para imposição de quaisquer processos de criminalização de condutas (COELHO, 2007, p.105).

A imperiosa conjugação entre atividade a legiferativa e as categorias ontológicas representa a base segura que legitima, autoriza e autentica o cumprimento correto das funções e fins do Direito Penal, vale dizer, a proteção de bens jurídicos essenciais ao homem e à coletividade (CARVALHO; PRADO, 2005, p.422). Logo, a tutela dos bens jurídicos é tão mais *eficaz* quanto haja uma relação lógica entre a conduta incriminada e a violação dos interesses socialmente relevantes. Dessa forma, quando a lei penal fixa limites da lesividade ao bem jurídico, fá-lo através da descrição taxativa da conduta incriminada. Ainda que essa descrição não alcance com precisão absoluta todos os meandros da conduta incriminada, importa não comprometer a proteção integral do bem jurídico, que deve estar em sintonia com os precisos e reais dados oferecidos e postos na realidade e, por isso mesmo, passíveis de serem apreendidos.

De tudo, nessa esteira, não é possível negar que o risco seja um dado existente no mundo do ser. Veja-se o exemplo do perigo manifesto por um risco natural. Os raios, maremotos, enchentes, erupções vulcânicas e demais efervescências naturais³ em suas múltiplas materializações deixam sequelas que tornam inegável sua existência.

O risco é o dano ou o estágio antecedente da expectativa danosa pertencente ao mundo do ser. Mesmo que o risco seja a variável oculta da noção concreta de nocividade material, é também um conceito patente à realidade factual. Surge,

³ No modelo social contemporâneo, designado por Beck como uma sociedade de risco, as ameaças dele características não são aquelas ocasionadas pelas catástrofes de ordem natural ou decorrentes de acidentes sísmicos, tectônicos, meteorológicos, climáticos, etc., mas sim provenientes da ação humana, por isso artificiais e, portanto, pelo homem passíveis de serem controladas, geridas ou orientadas. No presente, os perigos *in natura* não desapareceram ou perderam, desde o aparecimento dos novos riscos, sua potencialidade lesiva ou materialidade prejudicial ao organismo social. O que acontece é que as novas fontes de causação de danos, por se constituírem a partir de elevada e elaborada técnica, tornam possível ou permitem de *per se* antever com uma considerável margem de antecipação a materialização do evento nocivo. Essa antevisão contribui também no cálculo da projeção e da dimensão do prejuízo, o que facilita a adoção tempestiva de estratégias que obstaculizem seus efeitos danosos.

pois, conclusivamente, talvez a única e absoluta certeza recorrente à ideia dos riscos: todo dano provém de um risco, mas nem todo risco pode constituir-se numa real manifestação de dano.

Contudo, ainda que a abstração material do risco⁴ (não permitido) conduza à vagueza ou à intangibilidade de sua manifestação, a sua existência em si é indiscutível. A assertiva funda-se no fato de que as chances de aferição do risco coexistem na exata intensidade e proximidade com que a probabilidade de sua efetivação deixa de habitar a mera possibilidade, alcançando estágios cada vez mais prévios à efetiva concretização. O fato é que o risco não parece mostrar-se estranho à normatividade jurídica a ponto de suscitar questionamentos acerca de sua receptividade pelas leis penais.

Os riscos são, em suas diversas modalidades e intensidades, apenas mais uma categoria dentre as várias existentes, projetáveis e descritíveis, passíveis de definições *ex ante* a partir de suas consequências *ex post* e, por isso, legítimas à cognição normológico-penal.

Ademais, os riscos objeto de descrição normativa são aqueles derivados da própria atuação humana, capazes de gerar uma setorização antropológica (SALVADOR NETTO, 2006, p.90-91) do risco à medida que sua gênese se dá a partir de atividades que manejam procedimentos e técnicas de (in)certa prejudicialidade, conquanto refira-se a um determinado âmbito da ciência ou do estágio sócio-cultural⁵.

Quanto mais se rechaça o elemento de máximo protagonismo do corrente paradigma social, mais longínqua torna-se a regulamentação fidedigna dos fatos negativos advindos do cotidiano dessa realidade. E isso, transposto ao âmbito do Direito Penal, conduz à disfunção de seu sentido principal substanciado na última ferramenta de tutela na escala de proteção jurídica dos bens essenciais⁶.

⁴ Refere-se aqui ao risco não permitido, a saber, àquele que compreende as ações que comportam um perigo de lesão para bens jurídicos. Ou seja, refere-se àquela espécie na qual o nível de risco não se mantém dentro de limites razoáveis. O espaço de riscos não permitidos também engloba a órbita em torno do agente que atua sem resguardar-se das medidas de precaução e de controle necessárias para reduzir o perigo de resultados lesivos decorrentes dessa atuação. (DEMETRIO CRESPO, 2007, p.193).

⁵ O modelo de organização social de hoje está calcado em um sistema econômico e produtivo, o que se reflete na atuação dos instrumentos de controle social. Nesse sentido, leciona Érika Mendes de Carvalho que “[...] o Direito Penal é um dos principais instrumentos de controle social e, por isso, é aplicado teleologicamente, conferindo estabilidade aos valores dominantes e reafirmando o modelo no qual se insere”. (CARVALHO; SANTOS, 2009, p.1366).

⁶ É amplamente inegável que a sociedade humana tem sido marcada por acentuadas mudanças. Essas alterações são singularmente específicas e claramente diversas das modificações que aconteciam em estágios anteriores dos modelos sociais. É justamente por isso que Cláudio Souto acertadamente observa que, não obstante isso, a pobreza teórica do tópico mudança social se reflete em resultados que constroem a etapa corrente de paradigma sócio-cultural. A análise de Souto é no sentido de que pouco se sabe a respeito das forças que causam o processo de mudança e que governam seu curso. E em sendo admissível e aceito que as mudanças culturais têm valor conceitual de sumo relevo à sociologia, é aceitável, contudo, acreditar que exista pouca atenção aos reclames oriundos dessa transição. Assim sendo, se a sociedade de hoje é, genericamente, algo cuja mutação atingiu proporções inusitadas, que dizer do papel do direito quanto a essa transformação de alto nível? Sobre essas e outras considerações acerca da relação transformação social e direito. (SOUTO, 1984, p.155-165)

Assim, o agrupamento das noções reais do risco não obriga a um realinhamento dogmático⁷ do Direito Penal que subverta suas funções latentes, e tampouco sua desvinculação da exigência de certeza-taxatividade decorrente da legalidade penal. Ao contrário, a relação de identidade entre os pressupostos que orientam as incriminações à noção dos riscos apenas oferece sólido supedâneo à construção jurídico-política de um Direito Penal consentâneo à realidade na qual está imerso. Portanto, o rechaço à incorporação das variáveis do risco à regulamentação jurídico-penal ignora a realidade circundante e a irrefutável ideia de risco⁸ enquanto fenômeno social estrutural (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p.27).

Ademais, a literatura que se ocupa das implicações jurídicas⁹ e sociológicas em torno da sociedade contemporânea afirma serem esses riscos intrínsecos à atividade de desenvolvimento humano (BALMACEDA HOYOS; HENÃO CARDONA, 2006, p. 111-147). Ora, se tratam de riscos inerentes à conduta humana, não se configuram como dados estranhos à própria ação, seja esta dirigida a um determinado fim, seja ela posta em curso sem a observância das cautelas devidas, a fim de evitar a causação de um resultado adverso aos interesses úteis¹⁰ ao indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social estruturado em termos globais (HEFENDEHL, 2002, p.2).

O risco e a conduta (humana) guardam entre si uma relação intersubjetiva na qual aquele é subproduto desta na igual intensidade em que o perigo – em (in)certas¹¹ circunstâncias – é a qualidade inerente à ação (CEREZO MIR, 2011, p.13-14). Logo, o perigo seria um de seus componentes estruturais da ação. A

⁷ Condizente a essa posição, consultar os ensinamentos de Figueiredo Dias. O penalista lusitano pontifica que a tutela dos novos ou grandes riscos típicos do modelo da sociedade de risco deve positivamente continuar a fazer-se (subsidiariamente) por intermédio do Direito Penal. Para tanto, não parece, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com a assunção de uma nova política criminal e, então, uma dogmática jurídico-penal diversa. (DIAS, 2001, p. 55).

⁸ Sustentar a tese de que o risco inexistente enquanto dado empírico apenas porque nas gerações tradicionais ele não figurava – ao menos da maneira como hoje se manifesta – é tão incorreto quanto aceitar que os perigos de hoje serão necessariamente aqueles de amanhã. Se as organizações sociais pretéritas desconheciam o risco, ao menos esse risco atual, isso decorria da falta de necessidade de conceituá-lo. Não desconheciam a probabilidade de dano, mas sim a expectativa ativa de prejuízos decorrentes de ações de um grupo de sujeitos que tentam romper com os estágios anteriores de desenvolvimento cultural. (DAMIÃO, 2011, p. 67).

⁹ Em termos sociológicos, conferir a exposição de (BECK, 2008, p; 255); (BECK, 1998, p. 32-50).

¹⁰ Alude-se, aqui, aos interesses de valor ético-social, sejam eles de natureza individual ou coletiva. A sua utilidade no contexto da sociedade atual depende da forma com que são (usu)fruídos pelo homem. Em realidade, os bens jurídicos só existem na medida em que cumprem uma função social e produzem efeitos na vida social. Esta consiste sempre no uso e consumo moderado, razoável e adequado desses bens. (GRACIA MARTÍN, 2004, p.18). Essa fruição manifesta-se, amiúde, em comportamentos que verdadeiramente consomem tais interesses, ocasionando um estado de mal-estar social. Por este entende-se “a forte sensação de indecisão ou irresolução diante da realidade (mundo contingente do acaso), derivada da incerteza quanto às inúmeras possibilidades de imputação de sentidos”, vide, (MOURA, 2011, p.17). No entanto, ressalta-se que, embora a sensação de insegurança seja uma característica do corrente modelo social, não pode tal percepção, esta sim vaga e abstrata, servir de sustentáculo ao impedimento de certos comportamentos. Essa sensação, por diversas vezes, persiste independentemente da existência real do risco, o que demonstra a defasagem entre a insegurança subjetiva e a segurança objetiva.

¹¹ A incerteza, neste caso, refere-se às atividades que se instrumentalizam a partir de processos químicos, físicos, mecânicos, eletrônicos e outros que se mostram passíveis de sofrer perturbações não controláveis por quem os põem em marcha, gerando, assim, a incerteza acerca da concretude do dano, mas subsistindo a inegável chance de *risco* de sua materialização. (ARROYO ZAPATERO, 1995, p.6)

conduta arriscada enuncia claramente a probabilidade de dano como um de seus atributos, o que impende considerá-lo, em determinados casos, como elemento objetivo do injusto material dos delitos de perigo. A ação, nos delitos de perigo abstrato, seria desvalorada em razão do dolo e do perigo a ela inerente.

Na Espanha, *Mendoza Buergo*, ao contestar a construção semântica da expressão “perigo abstrato”, leciona que a tradução de *Abstrakte Gefährdungsdelikte* fornece a exata literalidade de “colocação de perigo abstrato”, o que leva à conclusão de que, se há verdadeiramente uma periclitación, esta não poderia dar-se de maneira abstrata, mas somente de forma concreta, dado a exigência de que o bem jurídico tenha adentrado no raio de eficácia da fonte de perigo (MENDOZA BUERGO, 2001, p.13).

Tal análise, malgrado sirva a sustentar a incoerência morfológica da expressão, a bem da verdade já consagrada na doutrina¹² nacional e estrangeira, indica que a abstração ali referida concerne à extensão e à projeção do *dano* proclamado por um *perigo*, e não a este em si mesmo.

Disso extrai-se que o perigo consubstancia um trecho da realidade que não se perfaz como mero fruto do conhecimento imperfeito. É, assim, um *ens reale*, estribado na experiência cotidiana (COSTA JÚNIOR, 2004, p.67). A não efetivação por fim daquele dano em expectativa não retira da realidade a possibilidade de sua ocorrência. Nestes casos, nos quais inexiste a materialidade danosa (evento naturalístico), não é possível afirmar sem reservas que o dano em perspectiva (perigo) é putativo. Conclusivamente, ensina *Costa Jr.* que “encontram eco na realidade objetiva tanto o perigo quanto a possibilidade (*rectius*: probabilidade) da sua transformação em dano efetivo” (COSTA JÚNIOR, 2004, p.68-69). Como ação perigosa, portanto, só se pode reputar aquela que contenha em seu bojo a potencialidade danosa segundo a experiência (extraída do confronto entre saber ontológico e saber nomológico)¹³. A concreta alteração prejudicial no mundo exterior (turbção/afetação do bem jurídico), nesses termos, é o que restaria incerta, entretanto, não absolutamente improvável, posto que a abstração liga-se à extensão do dano, logo uma incerteza quantitativa e não qualitativa, tendo em vista a probabilidade causal entre a conduta arriscada e a materialização do dano.

Opor resistência à consideração de que a periculosidade da conduta constitui elemento idôneo à construção do tipo¹⁴ de injusto, tanto doloso quanto cul-

¹² Vide, (BOTTINI, 2010, p. 111 (OLIVEIRA, 2004, p.95); (SILVA, 2003, p. 72); (GRECO, 2004, 123). Na literatura estrangeira, vide (CEREZO MIR, 2002, p. 47); (FEIJOO SÁNCHEZ, 2005, p. 147) e (BAIGÚN, 2007, p.17).

¹³ O saber nomológico refere-se a determinadas regras da experiência reconhecidas em particular e relativas ao modo de desenvolvimento dos acontecimentos face a dadas situações. Vide (WEBER, 1958, p.61). Rigorosamente, o conceito de causalidade e tudo aquilo que a ela se refira, no tocante a seus fundamentos, não pertence ao domínio do direito, embora tenha notável relevância na delimitação da responsabilidade penal. Seu conteúdo pertence liminarmente à lógica. Sobre a consideração, vide (VARGAS, 2008, p.95).

¹⁴ Aponta-se, a partir de Roxin, que, embora não seja o único e exclusivo critério de validade e legitimação dos tipos penais, o princípio da proteção de bens jurídicos constitui em lídima autorização à construção de estruturas penais cujo compromisso seja a salvaguarda de bens ou valores essenciais. (ROXIN, 2004, p. 27-28).

posso, propicia uma limitação incoerente e ilógica na legitimidade do Estado de direito (democrático e social) em tutelar os bens essenciais ante comportamentos que ameacem sua incolumidade. É evidente que o Direito Penal não selecionará a totalidade¹⁵ das condutas tendentes à lesão dos bens jurídicos, tampouco toda a classe deles, mas sim limitar-se-á às ações mais perigosas e cumulativamente incidentes sobre aqueles interesses cuja afetação perturba significativamente a sobrevivência pacífica do homem (SOLA RECHE, 1994, p.175).

Por isso, a reunião dos critérios que servem a fundamentar, informar e limitar o aludido juízo (legislativo) de periculosidade encontra respaldo no recurso ao chamado *princípio da precaução*, que oferece condições político-criminais consentâneas de tutela dos bens jurídico-penais na sociedade de risco.

3. A PRECAUÇÃO ENQUANTO LIMITATIVO CATEGÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DE RISCO

O risco, como anteriormente observado, compreende a possibilidade de ameaça de dano decorrente da conduta humana resultante do recente avanço das ciências¹⁶. A partir disso, observa-se que as projeções dessa expectativa de dano, caso venham a efetivamente materializar-se, exigem que se adotem medidas assecuratórias visando a sua evitação.

A colocação em prática de instrumentos gestores das barreiras¹⁷ entre o lícito e o ilícito, o proibido e o permitido e o justo e o injusto, sobretudo em circunstâncias de ineludível incerteza acerca da perspectiva de irreversível prejuízo, tem se operado através da precaução (LUIZ BONAMIGO, 2010, p.89).

Essa postura surge no final da década de 70, inicialmente no Direito administrativo alemão, com a finalidade de situar o meio ambiente no centro das políticas públicas de proteção ambiental contra condutas¹⁸ que poderiam ter consequências negativas à sua preservação (CORTINA, 2004, p.3). Ulteriormente,

¹⁵ A construção típica, a partir de um juízo de periculosidade, não viola a fisionomia subsidiária do Direito Penal materializada no princípio da intervenção mínima, pois mesmo em sendo aquela a valoração de “engenharia do injusto”, esta não se divorcia da ideia de que o merecimento de pena se mede pela relevância do bem posto à agressão e pela gravidade da conduta ofensiva. Logo, o juízo valorativo de censura ao comportamento perigoso em relação a certos valores fundamentais do convívio social está limitado, quer em razão da magnitude do prejuízo que possa vir a se materializar a partir da ação perigosa, quer em função da essencialidade do valor que se pretende proteger. Sobre a intervenção mínima no Direito Penal, vide as ricas considerações de (LUIZI, 2003, 38-46).

¹⁶ Exemplificativamente, mencionam-se riscos decorrentes da elaboração de armas desenvolvidas à luz de tecnologia nuclear, a redução da camada de ozônio, o aquecimento global, a destruição do ecossistema em alarmante escala, as questões levantadas no âmbito da engenharia e e as técnicas de manipulação genética, a produção de produtos perigosos ou defeituosos, dentre outros. (SOUZA, 2010, p. 232).

¹⁷ Como observa Minahim, o que ocorre na sociedade hodierna é uma permanente relativização das normas éticas, de forma que os conceitos tradicionais de bem e mal, e justo e injusto, já não se apresentam com a homogeneidade necessária para orientar a ação do homem. Há uma multiplicidade de situações diante das quais o conceito de *bem* só emerge quando apreciado dentro de um determinado contexto, tomando-se em considerações as contingências do atuar humano. Vide, (MINAHIM, 2005, p. 24-25).

¹⁸ As medidas acautelatórias são viabilizadas a partir da contingência dos efeitos do emprego de certos produtos químicos e de suas consequências para o solo, a água, o ar e os demais elementos componentes do ambiente.

ainda vinculado às preocupações ambientais, o postulado da precaução se estende a outras normativas, inclusive em âmbito internacional, como a Declaração final da Conferência de Estocolmo sobre o meio ambiente, de 1972, a Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, de 1987, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992, e o Tratado de Maastricht, daquele mesmo ano. (CORTINA, 2004, p.4-5).

Essas diretivas, ao acolherem a precaução concluem, acertadamente, que a ciência e o método científico têm uma limitação intrínseca para explicar, prever e antecipar-se à realidade dos fenômenos (causais) que possam decorrer de determinadas criações técnicas. Assim, qualquer análise científica – não só aquelas relativas diretamente à afetação do ambiente, mas igualmente de outros interesses¹⁹ – comporta de modo ínsito um risco de figurar inconclusa, explicando equivocadamente²⁰ os fenômenos analisados (MAGALHÃES, 2005, p.65).

Os riscos componentes do recurso à precaução podem ser de dois tipos, a saber: os *riscos hipotéticos*, também chamados *riscos potenciais*; e os *riscos demonstrados* (HAMMERSCHIMDT, 2003, p.141). Os primeiros são aqueles caracterizados como o risco de um risco, e que, ante sua eventualidade, *podem jamais* alcançar configuração real, sem que isso prejudique sua eficácia danosa a determinados interesses. De outro lado, os *riscos demonstrados* abarcam o grupo de condutas produtoras de efeitos *incertos* em sua concretização, porém conhecidos em sua provável ocorrência e magnitude.

Logo, em que pese haver uma categorização do risco, sua taxonomia deságua em dois denominadores comuns: (1) a contingência dos efeitos, quer em sua projeção, quer em sua magnitude, e (2) suas consequências danosas à intangibilidade de bens jurídicos. É alternativa e/ou cumulativamente sobre essas duas (in)variáveis que se assentam as justificativas da inserção da precaução enquanto mecanismo de gestão dos efeitos de condutas arriscadas.

A lacuna de previsibilidade integral da causalidade, residente entre um dado comportamento de consequências desconhecidas e a sua prejudicialidade a bens essenciais de superlativa relevância, exige do sistema jurídico-penal da sociedade pós-moderna, como adverte *Hassemer*, uma capacidade de (re)elaborar-se ante

¹⁹ Como outros interesses, podem ser lembrados aqueles tendentes à preservação e à manutenção da saúde pública e do patrimônio genético humano.

²⁰ Invoca-se o exemplo paradigmático da Talidomida, medicamento inserido no mercado farmacológico no final da década de 50 e início da década de 60. Alguns testes laboratoriais atestaram, naquele momento, sua eficácia tranquilizante, anti-inflamatória e hipnotizante, sem qualquer risco à saúde humana. Tempos mais tarde, novas, avançadas e rigorosas pesquisas demonstraram a imediata relação entre os componentes químicos da fórmula do composto e a teratologia de fetos, cujas gestantes fizeram uso do medicamento durante o tempo de gestação. As pesquisas supervenientes provaram, tempos depois, que os efeitos teratogênicos – quer dos fetos, quer de algumas crianças – tinham como causa a ingestão, ao longo do período gestacional, do aludido fármaco. Esse dado revela que o método científico é indiscutivelmente um instrumento falho de busca da verdade e que sua certeza, enquanto forma de compreensão dos fenômenos isolados e observados, pois dependente do estágio de desenvolvimento no qual se encontra o ramo do conhecimento que maneja as pesquisas a ele incidentes. Cf. (CARO CORIA, 1999, p.177)

esses problemas complexos, oferecendo portanto, respostas eficientes frente às rápidas mudanças do mundo exterior (HASSEMER, 2003, p.7).

Essa necessária readaptação dogmática e político criminal, ainda segundo o penalista alemão, encontra, naturalmente, dificuldades conciliatórias com certos princípios, notadamente aqueles construídos sob a égide de um modelo político-social distinto do atual (HASSEMER, 2003, p. 8-9). É nessa (re) formulação que se encontra a imprescindível releitura ou justaposição entre os vetores principiológicos do Estado liberal e do modelo social de Estado de direito, no fenômeno alcunhado como *modernização do Direito Penal*²¹. Essa novel disposição sócio-cultural suscita relevantes questionamentos sobre os objetivos do Direito Penal contemporâneo. Por isso, investigar seus “fins e suas funções é já em primeira instância transcendente, porque nele o que realmente se elucida é a legitimação do mesmo, isto é, a razão, em termos valorativos de sua existência” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 181). O escopo penal não pode estar comprometido hoje por hoje senão com a tutela subsidiária e necessária de bens jurídicos (KAUFMANN, 1981, p.10); (PRADO, 2009, p.50).

O recurso à precaução não compromete essa função de garantia do Direito Penal, como perfunctoriamente defendem alguns, mas sim otimiza o sistema de salvaguarda de bens jurídicos em um cenário cujas peculiaridades aconselham como mais razoável a assunção de medidas acautelatórias. Por prestar-se a precaução ao reforço da dinâmica e da política jurídica de proteção de valores jurídico-sociais, mostra-se produtora à evitação de resultados lesivos²² a eles dirigidos, fazendo-o por intermédio da restrição aos espaços dos riscos permitidos.

Cabe ressaltar que a precaução não encontra aplicação prática somente na ciência do Direito Penal. Aliás, é recente o exame de seu fundamento dogmático e de seu papel político-criminal, dado que as medidas de acautelamento diretas pertencem, *a priori*, a outros ramos do Direito – *v.g.* Direito Ambiental e Direito

²¹ Sobre este ponto específico e com profunda riqueza de detalhes, conferir as considerações feitas por (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 45) do mesmo autor, vide, ainda, por (GRACIA MARTÍN, 2010, p.50); e, por fim, (GRACIA MARTÍN, 2011). Em sentido contrário, vide (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p.142).

²² A discussão acerca da sociedade de risco foi suscitada de modo mais contundente na sociologia de Beck tendo, contudo, anteriormente feito menção ao tema Prittwitz em seu “Direito Penal e risco” (*Strafrecht und Risiko*, 1993). Segundo Roxin, o autor em sua obra chama atenção para até que ponto o Direito Penal está imbuído de condições para enfrentar, mediante seus instrumentos tradicionais liberais e em consonância com a ideia de Estado de Direito, os modernos riscos, tais como os ecológicos, os atômicos, os químicos e aqueles derivados das técnicas de engenharia genética. Cf. (ROXIN, 1997, p. 61). Há, não obstante, quem responda que a solução para o âmbito do risco potencialmente danoso fundamente-se na desativação das causas sociais de onde promanam tais riscos, a saber, não raro - ou quase exclusivamente - as atividades tecnológicas altamente complexas. Todavia, essa sim constitui uma limitação excessivamente descabida, autoritária e ilógica, na medida em que interessam igualmente tanto o aperfeiçoamento das ciências quanto a intangibilidade dos valores individuais e coletivos. Ademais, o próprio modelo de organização político-econômico capitalista, por razões relacionadas à sua manutenção, impede a tomada de decisões ofertadas nesse sentido. A partir disso, o ponto intermédio entre a permissão e a restrição busca sustentáculo em “vigas” que permitem trabalhar gradativamente no âmbito daqueles extremos, avaliando os espaços do lícito e do ilícito. São esses limites traçados em favor tanto da relevância do bem jurídico (classe restrita de bens jurídicos) quando da gravidade ou magnitude danosa de que possam ser alvo.

Sanitário – e também a outros âmbitos do conhecimento, como a Medicina e a Biotecnologia (VIDAL MARTÍNEZ, 2004, p. 51-73) .

É ante essa fluidez entre os campos do saber humano, e em favor da disciplina ética e política que traz em seu conteúdo, que advêm questionamentos acerca da delimitação da natureza jurídica da precaução, bem como de suas consequências jurídico-penais imediatas. *Romeo Casabona* assinala uma natureza eclética à precaução, ao considerá-la tanto um princípio jurídico – que orienta a elaboração de regras para fixação de *standards* que guiam a ação e o juízo de ação – quanto um princípio de orientação aos poderes públicos²³, que paralelamente prescreve e regula comportamentos individuais e coletivos em conformidade com os valores ínsitos e relevantes à sociedade. (ROMEO CASABONA, 2001, p.83-84).

A par das divergências e implicações que as dúvidas tendentes à configuração teórica da precaução implicam, informa-se que seu núcleo central atribui-lhe um significado único, conducente à adoção de medidas de cautela, ainda que não haja sido estabelecida cientificamente com absoluta certeza a relação de causa e efeito entre uma determinada atividade e um dano individual-social (MENDOZA BUERGO, 2005, p.323). De outra sorte, os posicionamentos de cautela não funcionam como instrumentos de paralisação das inovações científicas – o que, a longo prazo, conduziria a uma estagnação cultural –, mas sim incrementam e valorizam o desenvolvimento técnico e científico, colhendo seus aprimoramentos de forma segura e útil.

Não há que se falar de resultado ou produto do conhecimento científico social e juridicamente valorado senão na esfera de interesse positivo do homem, ou seja, no âmbito de sua utilidade. E esta última, por óbvio, mensura-se através dos benefícios ao bem estar individual e social. Se se trabalha com técnicas e paradigmas de consequências incertas e que possam eventualmente desequilibrar substancialmente a relação custo-benefício, que baliza o desenvolvimento das ciências, há de se estruturar diretivas que colham da realidade imanente suas limitações legítimas e que autorizem e justifiquem uma disciplina jurídico-penal. É sem qualquer reserva que, a partir do afirmado acima, assume-se o necessário e categórico papel do Direito Penal enquanto gestor de riscos de natureza gravosa que afetem os bens jurídicos de maior relevância.

Essa não é uma propensão inovadora e atípica do Direito Penal. De um lado, porque essa normatividade jurídica está adstrita a dados reais, que não apenas vinculam, mas, acima de tudo, limitam qualquer excesso de disciplina jurídico-penal. De outro, porque essa inclinação estende-se àqueles interesses já portadores de dignidade penal, enquanto²⁴ objetos de imprescindível tutela.

²³ Distingue-se, porém, entre princípio da precaução e princípio da prevenção: este parte da ideia da previsão ou da previsibilidade, com base nas leis causais conhecidas, enquanto aquele parte da suspeita dos riscos graves e irreversíveis que podem levar consigo uma atividade determinada, nos casos em que as leis causais são desconhecidas; é dizer, quando existe uma incerteza acerca dos processos causais que possam desencadear tais atividades. Cf. (CEREZO MIR, 2011, p.52).

²⁴ E por ser a forma mais violenta de intervenção na vida dos cidadãos, os quais são a razão e o fim do Estado, segue-se necessariamente que semelhante intervenção somente deve ter lugar quando absolutamente necessária à segurança desses mesmos

As normas jurídicas, e em especial as normas de Direito Penal, não têm (e nem poderiam ter) a pretensão de substituir as especificidades contidas nas normas éticas de deontologia de cada ramo do conhecimento que maneje as técnicas científicas e que se desenvolvam em um raio além da periculosidade socialmente admitida e suportável. Nem tampouco essas mesmas normas buscam legitimarem-se, através da precaução, como ferramentas jurídico-políticas de controle do desenvolvimento científico e econômico. Não reside aí nenhuma função do Direito Penal e, muito menos, da política criminal.

A precaução apenas extrai da preliminar, insuficiente e parca conclusão científica fenômenos que possam originar um dado não condenável, mas preocupante, no caso, as *incertezas* da repercussão de suas consequências futuras. A ordem sistemática para a disciplina de precaução requer: a) a falta de certeza (incerteza) a respeito das consequências negativas de uma aplicação tecnológica; e b) a suspeita de que tais consequências possam ser importantes no campo da nocividade (LUIS LUJÁN, 2004, p.222). Não se trabalha, portanto, sobre as bases de uma abstração intangível despida de qualquer assento ou fundamento lógico, já que se investiga a imposição de barreiras a comportamentos que importem minimamente em uma suspeita de risco social. Essa situação de incerteza compõe-se de elementos²⁵ que conduzem, de maneira irrefutável, à admissão de medidas de cautela.

Perante a conjugação desses fatores - a saber: a incerteza acerca do curso causal no contexto tecnológico e a expectativa não absolutamente improvável de risco, convergindo à expectativa de dano a determinado bem jurídico -, reforça-se o papel da precaução em sede jurídico-penal, através da estruturação de tipos penais de perigo²⁶ (SCHÜNEMANN, 2005, p.23).

Essa regulamentação normativa se faz por meio de juízos valorativos, incidentes sobre o bem jurídico e sobre a realidade na qual está imerso. Pela qualidade de valor positivo que detém o bem jurídico, o mesmo apresenta-se como expressão axiológica irradiante e simultaneamente condensadora da intencionalidade normativa, dando forma ao que se pode chamar de *primeiro nível de valoração*, e permitindo, a partir da tensão entre sua afirmação e negação, o surgimento de outros níveis valorativos, entre os quais o segundo, que se reserva à ofensividade (D'AVILA, 2009, p.76).

cidadãos. Em síntese, "o Direito Penal deve ser, enfim, a *extrema ratio* de uma política social orientada segundo valores constitucionais". (QUEIROZ, 2008, p. 116).

²⁵ Esses elementos ou componentes são: incerteza *stricto sensu*, ignorância e indeterminação. A incerteza em sentido estrito é a falta de evidência adequada ou a complexidade da variabilidade do estado das coisas em favor de um dado comportamento. A ignorância ocorre quando se desconhece – total ou parcialmente – algum objeto, ou seja, é o desconhecimento do deslinde dos efeitos decorrentes desse mesmo objeto. Por fim, a indeterminação é a ausência de conclusões totais acerca dos dados de uma investigação. Sobre a matéria vide, (LUIS LUJÁN, 2004, p. 223).

²⁶ A construção dos novos tipos penais na *sociedade de risco* alberga a precaução, notadamente sob a perspectiva dos caminhos que levam à lesão do bem jurídico tutelado em determinado contexto histórico e social.

É precisamente neste último plano (ofensividade/lesividade) onde se opera a precaução, seja na forma de fundamento, seja enquanto limite de construção do injusto de perigo. Os diferentes graus ou níveis de lesividade que possam perturbar a intangibilidade do bem jurídico são graduados a partir das vindouras experiências científicas a respeito dos fenômenos causais decorrentes do manejo de determinada tecnologia. Ou seja, a cada vez que se avance, ante o aperfeiçoamento do método científico, na gnoseologia da projeção, extensão e magnitude dos efeitos negativos de determinada técnica e de seus reflexos ao bem jurídico, é possível reger nas fronteiras da descrição típica o nível de afetação suportável ante o maior grau de certeza acerca das relações causais. Quanto mais se aproxima do conhecimento do curso causal, maior a precisão acerca da ofensividade de um dado comportamento e, por isso, melhor sua precisão tipológica.

Todavia, nem sempre essa certeza é contemporânea à atividade legiferante de construção do injusto e às ingentes necessidades de tutela do bem jurídico. Diante disso, tem-se por evidente a real e inevitável necessidade de se pautar a construção típica na escala decrescente de lesividade material, consubstanciada nas técnicas legislativas de crimes de lesão, crimes de perigo concreto e, por fim, crimes de perigo abstrato.

As perspectivas *ex post* e *ex ante*²⁷ da situação de risco - fundamentos, respectivamente, dos crimes de perigo concreto e dos crimes de perigo abstrato - oferecem, com precisão, a proteção indispensável ao objeto jurídico diante de condutas com projeções causais incertas. (CASTIGLIONE, 2006, p.1281). Essa orientação dogmática e político-criminal não desprestigia de modo algum o princípio da ofensividade penal²⁸, pois não se desvincula do *standard* de segurança ao bem jurídico ligado, no caso, ao desvalor da ação (CALLEGARI, 2011, p.29). Ademais, *Gracia Martín* sabiamente constata que na sociedade contemporânea qualquer desnível entre desvalor da ação e desvalor do resultado é perfeitamente admissível, posto que a gravidade e a danosidade social que se buscam evitar com esse desequilíbrio, acabam por compensá-lo. Nesse sentido, enfatiza que os novos riscos têm como potenciais destinatários uma multiplicidade de indivíduos. Isso outorga ao desvalor da ação abstratamente perigosa uma gravidade que não só

²⁷ Nas palavras de *Mendoza Buergo*, é estendida a consideração de que, através da eleição de uma técnica de tipificação diversa, concretiza-se a respectiva configuração do injusto, pois em ambos os tipos de delito se requer um desvalor da ação, que exige a valoração da conduta sob um juízo *ex ante*, enquanto apenas os delitos de perigo concreto exigiriam também um desvalor do resultado consistente, precisamente, nessa concreta exposição a perigo. Neste sentido, afirma-se que a intensidade do ataque ao bem jurídico é maior nos delitos de perigo concreto, vez que necessariamente deverá dar-se um contato entre a ação perigosa e o objeto da proteção. Cf. (MENDOZA BUERGO, 2005, p. 127).

²⁸ Há quem sustente que os delitos de perigo abstrato, em particular, violam, outrossim, o princípio da culpabilidade. Manifesta-se aqui discordância dessa postura e invoca-se, para tanto, as considerações de Frister. Um delito construído à luz da técnica de perigo abstrato é compatível com o princípio da culpabilidade se, por um lado, tiver sido esculpido a serviço da proteção de um bem jurídico importante. Por outro ângulo, tem de estar formulado de tal modo que a conduta proibida, ao menos na maior parte dos casos, seja efetivamente perigosa, ou seja, fundamente-se quando haja ao menos a possibilidade de uma lesão ao bem jurídico. Nesse sentido, vide (FRISTER, 2011, p.84-85).

compensa, como, sobretudo, supera o déficit de um resultado concreto e que faz com que a intervenção penal se concilie com os princípios da subsidiariedade, *ultima ratio* e proporcionalidade (GRACIA MARTÍN, 2011, p.90).

Por fim, no âmbito da precaução, cabe destacar que esta constitui, sim, instrumento eficaz de otimização de proteção de bens jurídicos na esfera penal, ao adaptar a realidade ontológica dos riscos atuais à escala valorativa de perigo na qual se adere. Apenas as diretrizes da precaução e suas medidas de cautela são hábeis a oferecer condições de reformulação típica perante as variações de resultado próprias das ciências e de sua metodologia de trabalho. Essa gradação adianta-se à superveniência do perigo e não acarreta qualquer insegurança jurídica ou normativa, pois privilegia um princípio metajurídico pertencente não exclusivamente ao Direito Penal, mas a toda a ordem jurídica, uma vez que *o direito serve à regulamentação dos fatos da vida (ubi societas, ibi jus)* e, por isso, deve seguir suas variantes e variações. E só assim logrará o Direito Penal cumprir sua máxima missão: a tutela de bens jurídicos fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Do exposto, é possível extrair pontualmente algumas ilações, a saber:

a) o corrente modelo sócio cultural de desenvolvimento técnico e científico, ainda que estabeleça melhores níveis de bem estar individual e social, traz consigo consequências colaterais negativas de incerteza acerca da repercussão futura dos riscos decorrentes do manejo de certas atividades. Esse fenômeno cede espaço à comumente designada “sociedade de risco”, cujas certas características acabam por exigir dos mecanismos formais de controle um aperfeiçoamento técnico e, no âmbito do Direito Penal, sua expansão a novos âmbitos de tutela;

b) essa necessária adequação entre os já consagrados referenciais teóricos do Direito Penal e sua função de tutela de bens jurídicos contra os novos riscos se dá através da inserção da precaução em seus pressupostos político-criminais, sendo perfeitamente compatível com os princípios penais de garantia;

c) o realinhamento político-jurídico de natureza penal, ante a releitura oferecida pelo princípio da precaução, não está a serviço da disciplina de fenômenos estranhos à tradicional missão do Direito Penal. Ao contrário, aprimora sua função sem afastar-se dos parâmetros e dados reais e suficientes para vincular a atividade legislativa de construção do tipo de injusto penal no modelo social contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho y riesgo. **Revista de Responsabilidad Civil y Seguro**, Buenos Aires, v. 8, oct./dic, 1995.

HOYOS, Gustavo; HENÃO CARDONA, Luis Felipe. **Introducción al Derecho Penal de la sociedad postindustrial**. Medellín: Diké, 2006.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida**. Trad. Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarro e M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e Globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo: bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 9, ano. 5, 1999.

CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Luiz Regis. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa. **Ciências Penais**, São Paulo, v.839, ano. 9, set. 2005.

CARVALHO, Érika Mendes de; SANTOS, Tiago Freire dos. Delitos de perigo abstrato e meio ambiente: um exame da legitimidade da antecipação da tutela penal em matéria ambiental. In. **Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

CASTIGLIONE, Hugo. Conductas relacionadas con la afectación al medio ambiente. Resíduos peligrosos. Tendencias jurisprudenciales. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, Buenos Aires, n.7, jul. 2006.

MIR, José. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Tecnos, 2011.

_____. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n.10, jul. 2002.

COELHO, Yuri Carneiro; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal. In. PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: RT, 2007.

CORTINA, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución. In. ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Comares, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Nexo causal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2007.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAMIÃO, Abraão Pustrelo. Confiança e segurança ontológica na sociedade de risco. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, Marília, v.7, jul.2011.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Acerca de la contraposición entre la libertad y seguridad. In. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Dir.). **Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33. jan./mar. 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Seguridad colectiva y peligro abstracto: sobre la normativización del peligro. In. JORGE BARREIRO, Agustín (org.). **Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**. Madrid : Civitas, 2005.

_____. Sobre a administrativização do Direito Penal na “sociedade de risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. Trad. Bruna Abranches Arthidoro de Castro. **Revista Liberdades**, São Paulo, n.7, mai. /ago. 2011.

FRISTER, Helmut. **Derecho Penal: parte general**. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi. 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n.3, 2010.

_____. **La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno**. México, UBIJUS, 2011.

_____. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

_____. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, v.6, n.7, 2004.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 49, ano. 2004.

HAMMERSCHIMDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**: RT, São Paulo, n.31, ano. 8, jul./set, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy**. Trad. Patrícia S. Ziffer. 2.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada,v.4, n.14, 2002.

KAUFMANN, Armin. **La misión del Derecho Penal**. Trad. Santiago Mir Puig. In. *La reforma del Derecho Penal II*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona: Barcelona, 1981.

LUIS LUJÁN, José. Principio de precaución: conocimiento científico y dinámica social. In. ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Comares, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

LUIZ BONAMIGO, Elcio. **El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico**. 2010. Tesis (Doctoral) – Universidad Rey Juan Carlos, Departamento de Ciencias de la Educación, Lenguaje, Cultura y Arte, Madrid.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. O princípio da precaução e os organismos transgênicos. In. VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs.). **Organismos geneticamente modificados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación. In: JORGE BARREIRO, Agustín (org.). **Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español**. Granada: Comares, 2005.

_____. El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución. In. BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel. (orgs). **Derecho Penal y política transnacional**. Barcelona: Atelier, 2005.

_____. **Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.

MOURA, Bruno. A sociedade contemporânea: alguns modelos teórico-descritivos relevantes para o Direito Penal. **Revista do Centro de Ensino Superior de Catalão**, Catalão, ano. 14, n.24, 2011.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.4, n.15, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo: RT, 2008.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In. **Modernas tendencias en la ciencia de Derecho Penal y en la criminología**. Madrid: UNED, 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general - tomo I**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal: Madrid: Civitas, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 53, mar./abr, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: J.M Bosh, 1992.

_____. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: RT, 2003.

SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v.47, n.76, ene./abr, 1994.

SOUTO, Cláudio. Mudança social, desenvolvimento e direito: algumas considerações teóricas. In. KARAM, Munir; PRADO, Luiz Regis (org.). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 1984.

SOUZA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.18, n.86, set./out, 2010.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. El principio de precaución, biotecnología y los derechos inherentes de la persona. In. ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Comares, 2004.

WEBER, Max. **Ensayos sobre metodología sociológica**. Trad. José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu, 1958.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____. **El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

CAPÍTULO 7

DIREITOS HUMANOS E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO ESTADO PLURINACIONAL NA ORDEM INTERNACIONAL

Andréa Cristina Matos Siqueira¹

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional, em sua formação, sempre esteve ligado à influência europeia. Sua homogeneização pelo mundo se deu pela política expansionista, através do domínio econômico e militar, que culminou em um encobrimento dos povos e da cultura dos colonizados, produzindo marcas históricas de violação dos Direitos Humanos, reforçadas pela universalização.

O Direito Constitucional dos Estados latino-americanos sofreu profundas transformações nas últimas décadas, sobretudo com as constituições da Bolívia e do Equador. Surge então um novo constitucionalismo, pautado no resgate dos povos que se tornaram invisíveis à cultura eurocêntrica hegemônica e na ressignificação da democracia, a partir do respeito à diversidade.

Há uma radical mudança paradigmática que promove uma ruptura com o direito europeu, tido como superior e universal. Emerge um novo sistema de valores que não admite a imposição do poderio econômico nem a pujança do poderio militar. Tal sistema é democrático, dialógico e plural: o Estado Plurinacional. Há a ruptura da hegemonia para valorizar a diversidade cultural através do diálogo crítico e contínuo. O direito é visto como instrumento de emancipação e transformação.

Para a inclusão de novos direitos e a participação de novos atores no cenário plural, necessário se faz somar esforços para a consolidação da democracia na América Latina, sem a qual não há espaço para a efetivação e incorporação dos Direitos Humanos. O fortalecimento da democracia e a abertura do diálogo

¹ Advogada. Especialista em Direito Constitucional. Mestranda em Direito Público na PUC-Minas.

intercultural, com base no reconhecimento do outro e no respeito à diversidade, representam condições ideais para a celebração de uma cultura de Direitos Humanos na região.

A proposta de um Estado plurinacional impacta no Direito Internacional. Transforma a ordem global em espaço constante de diálogo aberto, sem imposições, numa perspectiva de formação de consensos e profundo respeito às diferenças e à diversidade: a cosmovisão das dignidades, das humanidades. Nesse contexto destacam-se as perspectivas e desafios para sua implementação, buscando a formação de uma nova ordem internacional.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

2.1 O Encobrimento

Quando os europeus chegaram à América, encontraram diversos povos com culturas, hábitos, religiões diferentes. Houve a imposição, por parte do colonizador, de sua cultura como forma de manutenção de poder e controle. O contato colonial intercultural se firmou através da opressão e do desprezo pelos povos originários (RIBEIRO, 1995).

Os indígenas eram considerados selvagens irracionais, seres não humanos, não dotados de personalidade nem detentores de direitos. Em consequência, eram submetidos a tratamentos cruéis, trabalhos escravos e forçados a seguir uma religião europeia. Eram tirados de sua cultura e acabavam por perder sua identidade, tornando-se totalmente despersonalizados.

O colonizador europeu provocou o silenciamento da cultura indígena, oprimindo as aspirações de tais povos e destruindo sua identidade coletiva (SANTOS, 2007).

Ao legitimar a supremacia, através do controle e da dominação, a Europa se consagrou como o padrão a ser seguido, alicerçando assim sua ideologia hegemônica e uniformizadora, base da Modernidade. A Modernidade se inicia em 1492, quando da colonização e domínio do outro. A América Latina foi a primeira colônia da Europa Moderna (DUSSEL, 1993).

O ano de 1492 é a data do 'nascimento' da Modernidade; embora sua gestação – como o feto – leve um tempo de crescimento intra-uterino. A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas 'nasceu' quando a Europa pode se confrontar com o seu 'Outro' e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pode se descobrir como um 'ego' descobridor, conquistador, colonizador da alteridade constitutiva da Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi 'descoberto' como Outro, mas foi 'en-coberto' como o 'si-mesmo' que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do 'nascimento' da Modernidade como conceito, o momento correto

da ‘origem’ de um ‘mito’ de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de ‘en-cobrimento’ do não europeu. (DUSSEL, 1993, p. 8).

Esta naturalização histórica coloca outras civilizações não como diferentes, mas como menos evoluídas. O conhecimento europeu assume o aspecto de universalidade enquanto que outros conhecimentos são considerados primitivos e, portanto, desacreditados.

O universalismo europeu designa o fenômeno da homogeneização do mundo a partir da perspectiva europeia. Desta homogeneização depende a efetividade do poder, que se sustenta no desenvolvimento do capitalismo e do direito moderno (WALLERSTEIN, 2007).

Tendo início o processo de formação do estado moderno também tem início o direito moderno uniformizado e uniformizador.

Em tudo isso há uma marca comum que marca a modernidade: a idéia de uniformização; homogeneização; normalização (que gera hegemonias) e a negação sistemática da diversidade, o que acontece, inclusive (muitas vezes) com a percepção de direitos humanos e do direito internacional (neste último caso muito claro: o direito internacional não é internacional mas sim europeu). (MAGALHÃES, 2012, p. 119).

A formação do estado moderno esteve intimamente relacionada à intolerância religiosa, cultural e à negação da diversidade. Nesse contexto, na América Latina, milhões de povos originários bem como imigrantes forçados africanos foram radicalmente excluídos de qualquer concepção de nacionalidade. Tais grupos étnicos, portanto, se submeteram à imposição de valores oriunda da identidade cultural europeia, e tiveram seus direitos aniquilados pelos opressores.

O encobrimento configurou-se como uma das mais graves violações dos Direitos Humanos e pautou-se na dicotomia do “eu” *versus* o “outro”, que aniquilava com a diversidade cultural e afirmava a superioridade hegemônica e uniformizadora.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do ‘eu’ *versus* o ‘outro’, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o ‘outro’ como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações-limite, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável [...]. (PIOVESAN, 2009, p. 294).

Também os textos constitucionais latino-americanos expressavam os anseios europeus, reproduzindo assim a hegemonia das elites uniformizadoras:

Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de

setores das elites hegemônicas formadas e influenciadas pela cultura europeia ou angloamericana. Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos. (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 377).

Os povos originários permaneceram à margem, deslegitimados, desacreditados, invisíveis. Transcorreram-se cinco séculos de encobrimento!

2.2. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano

A América Latina observa atualmente um profundo processo de transformação e mudanças. Direitos que foram negados, sobretudo aos povos originários, estão sendo reconhecidos e conquistados. Os povos indígenas, após séculos de exclusão, finalmente reconquistam gradualmente sua liberdade e dignidade (MAGALHÃES, 2012, p. 28).

Os Estados latino-americanos passaram a incorporar constitucionalmente tais mudanças, garantindo em suas Constituições instrumentos eficazes para a proteção dos Direitos Humanos e da democracia, configurando as novas tendências constitucionais de pluralismo e diversidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco divisor na abertura de espaços para a diversidade. Em seu texto legal, além do reconhecimento da diversidade cultural, estabeleceu incentivo e proteção às manifestações culturais, inclusive as de cunho imaterial (FELISBERTO, 2012).

Embora já se mostrem presentes alguns traços do novo constitucionalismo nas constituições da Colômbia (1991) e Venezuela (1999), são as constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) que efetivamente apontam para uma radical mudança, representando uma ruptura com o constitucionalismo moderno bem como com a própria modernidade. Seus poderes constituintes democráticos deram origem a um novo Estado, que traz a ideia de uma democracia consensual, dialógica e participativa: o Estado Plurinacional (MAGALHÃES, 2012).

Tais constituições se consolidaram como importante instrumento de transformação social e de garantia de direitos democráticos, sociais, econômicos, pessoais e plurais. Essas transformações constituem o caminho para a construção de uma nova ordem política, econômica e internacional.

A nova América, a América plural, se redescobre indígena, democrática, igualitária, social e culturalmente diversa. “Em meio à crise econômica e ambiental global [...] a nossa América finalmente anuncia algo de novo, democrático e tolerante, capaz de romper com a intolerância unificadora e violenta” (MAGALHÃES, 2012, p. 31).

As constituições refletem os anseios do povo e brotam das aspirações populares. Atendem a outra forma de poder, plural e diversificada.

A construção política do Estado e de seus aparatos jurídicos, antes um privilégio de setor social abastado e imposto ao povo, no atual momento inverte o percurso e brota do seio popular; a constituição deixa de nascer no âmbito exclusivista das minorias hegemônicas para atender ao chamado de outra forma de poder, multifacetado, diversificado, plural. (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 385).

Surge assim um constitucionalismo revolucionário e participativo, pautado na construção de novos paradigmas.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente através de referéndum, hasta la votación final para su entrada en vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellos conciliábulos de sabios del *viejo* constitucionalismo para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de constitución: más amplia y detallada, con mayor originalidad, más capacitada para servir a los pueblos, cercana de nuevo a un objetivo revolucionario. (DALMAU, 2008, p. 49).

O novo constitucionalismo latino-americano emerge acompanhado de novos atores políticos, legitimadores do poder popular, e de mudanças estruturais: uma revolução democrática e cultural chamada de Estado Plurinacional.

3. O ESTADO PLURINACIONAL

O Estado Plurinacional apresenta como novidade a ruptura com as visões tradicionais universais propondo uma sociedade multicultural e multiétnica, pois a História já mostrou que a uniformização de valores e comportamentos acaba por excluir de forma radical grupos sociais.

O Estado Plurinacional é um Estado dialógico e participativo. Traz em seu escopo a ideia democrática consensual, superando as bases uniformizadoras do Estado nacional constitucional e da democracia exclusivamente representativa.

A democracia representativa é excludente dos valores das minorias (agrupamentos numericamente inferiores com traços culturais distintos do agrupamento numericamente majoritário). As maiorias legislam e definem; formam barreiras intransponíveis para as minorias, provocando o entrincheiramento do poder.

A democracia participativa contempla todas as facetas da sociedade e promove a abertura para novos direitos.

Há que se destacar que “na democracia representativa elegemos os que tomam as decisões políticas; na democracia participativa, os cidadãos decidem, tomam as decisões” (SANTOS, 2007, p.92).

Todas as formas de democracia participativa contêm também elementos de representação, efetuando uma complementaridade. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa, garantindo a existência de diversas formas de constituição da família e da economia segundo os valores dos grupos étnicos e culturais existentes.

A democracia participativa se desenvolve a partir de uma mudança de postura para o diálogo, na qual não há vencedor e vencido. Há um consenso democrático não hegemônico, não majoritário, não hierarquizado, plural na perspectiva de compreensão do mundo (MAGALHÃES, 2012). Não há a necessidade de mecanismos contramajoritários vez que as mudanças não são construídas por maiorias, mas por todos. É necessária a garantia de uma área de igualdade para que os atores envolvidos possam dialogar e exercer uma reciprocidade de poderes (BOBBIO, 1998).

Há que se ressaltar a importância do reconhecimento dos novos atores, novas visões de futuro e novas possibilidades de construção de um Estado e de uma sociedade. A América Latina apresenta atualmente um uso contra-hegemônico de instrumentos políticos hegemônicos como a democracia participativa, os direitos humanos e o constitucionalismo (SANTOS, 2010).

A democracia participativa implica em transformações e mudanças. O Estado e a constituição atuam favoravelmente a tais mudanças, pois foram constituídas em bases consensuais dialógicas significativas.

A constituição passa a assumir a defesa e a preservação da diversidade, num Estado Plurinacional. Materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 373).

No que tange aos Direitos Humanos, as constituições latino-americanas estabelecem cláusulas bastante abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, quando da incorporação dos tratados internacionais.

Por outro lado, dada a amplitude de direitos sociais constitucionalmente consagrados nas constituições da América Latina, há uma crise de ausência significativa de efetividade do projeto social constitucional para a grande maioria das populações dos países latino-americanos. Tal crise de efetividade reflete na democracia, na cultura e no ambiente, que se ressentem da fragilidade dos direitos sociais. Para a promoção e proteção dos direitos sociais, a proibição de retrocesso é basilar, guardando relação com a previsão expressa de um dever de realização progressiva, contido em cláusulas expressas no Direito Internacional (SARLET, 2010, p. 536).

O constitucionalismo reflete a luta permanente por direitos. Através dele descalçam-se as construções hegemônicas em busca do transculturalismo. O Estado Plurinacional abre novos espaços para pensar um sistema internacional plural e promove efetiva ressignificação nos Direitos Humanos e no Direito Internacional.

4. DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL NA PERSPECTIVA PLURIVERSAL

Os Direitos Humanos assumiram caráter universalista com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948. O processo de universalização permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos: do mínimo ético irredutível.

Contudo, as várias culturas existentes no planeta - as quais encerram usos e costumes próprios, conceitos únicos de moral, religião e comportamento - levaram à defesa de uma corrente relativista, no sentido de que os Direitos Humanos devem ser relativizados para atender às peculiaridades de cada sociedade. Dentre muitas críticas ao relativismo destaca-se a de que ele, hegemônico, não poderia, em face do pluralismo cultural, perpetrar violações à dignidade humana (SANTOS, 2012, p. 54).

O embate entre relativismo e universalismo trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorrecto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorrecto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação. (SANTOS, 1997, p. 21).

Em meio às críticas ao universalismo e ao relativismo, surge a teoria crítica dos Direitos Humanos, na qual os Direitos Humanos são tidos como processos em constante construção, ou seja, como resultado provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. A análise dos Direitos Humanos a partir de uma perspectiva crítica permite desinvisibilizar ideologias e inserir novos direitos nos contextos sociais (FLORES, 2009, p.66).

A proposta de reconstrução multicultural contra-hegemônica dos Direitos Humanos se estabelece a partir de uma relação entre o respeito à igualdade e o princípio do reconhecimento da diferença. A luta pela igualdade tem de ser também uma luta pelo reconhecimento da diferença. O importante não é a homogeneização, mas as diferenças iguais. Trata-se de uma redescoberta, da busca de visibilidade e reconhecimento dos povos que foram oprimidos (SANTOS, 2007, p.63).

Cria-se então um consenso acerca da enunciação, garantia e tutela dos Direitos Humanos, de baixo para cima, advindo da confluência do diálogo intercultural, com vistas à concretização da dignidade humana. Ao universal não se

chega e não dele se parte: há uma construção consensual, uma completude entre culturas no sentido de gerar uma concepção multicultural de Direitos Humanos (SANTOS, 2012, p. 63).

Os consensos construídos são muito importantes na democracia do Estado Plurinacional, haja vista que ela não é essencialmente representativa. Os consensos viabilizam uma postura de construção comum de novos argumentos. São provisórios, tanto por sua dinamicidade quanto pela desnecessidade de vencedor e vencido (MAGALHÃES, 2012). A democracia implica em transformações constantes e a parceria e a cooperação entre os povos deve servir não para sua legitimação e credibilidade, mas para a compreensão de uma nova perspectiva na ordem mundial.

A nova ordem plurinacional impacta no Direito Internacional, reformulando suas bases ideológicas, rompendo com o direito hegemônico europeu e com o pensamento de unicidade da filosofia europeia. Estabelece um espaço multiparadigmático, no qual o diálogo permanente se efetiva.

O Direito Internacional deve estar atento às modificações na sociedade internacional. É crescente a preocupação com os povos que foram inferiorizados e colonizados. O Direito Internacional deve unir esforços para assegurar o desenvolvimento dos povos encobertos, que trazem em si a marca histórica da violência e desigualdade.

O movimento plurinacional da América Latina deve conectar-se a um novo sistema de mundo, plural e complementar. Assim, “a possibilidade de democratizar o sistema internacional consiste em pensar a superação da lógica hegemônica moderna, da vitória do melhor, inclusive do melhor argumento. Não há melhores, há diversos” (MAGALHÃES, 2012, p. 33).

A manutenção de espaços permanentes de construção de consensos deverá constituir-se em prática constante, sob o risco de desintegrar o engajamento e mobilização social e a participação no espaço político (ZIZEK, 2008).

Compreendendo os mecanismos de construção de consensos plurais no Direito Internacional, é possível estabelecer uma nova perspectiva para os Direitos Humanos, que podem ser permanentemente construídos e reconstruídos, em consonância favorável com as mudanças e transformações.

Para abrir caminhos para a efetivação de tais direitos, as ações visam alcançar resultados tangíveis com a inclusão dos indivíduos pertencentes aos grupos mais vulneráveis. Ao descobrir os grupos que foram encobertos e marginalizados, deve-se criar mecanismos de empoderamento desses grupos. Deve-se estabelecer uma articulação de ações coletivas em diversos movimentos (indígenas, feministas, homossexuais, etc) sem, contudo, criar guetos excludentes. Destarte, há a possibilidade de reconstrução multicultural contra-hegemônica dos Direitos Humanos (SANTOS, 2007).

As políticas públicas, da mesma forma que os valores defendidos pelo Estado Plurinacional, não podem ser excludentes, sob pena de inverter valores como

a supremacia do interesse público sobre o privado, ou ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dinâmica do Direito Internacional exige, portanto, uma nova postura da ordem internacional no trato da diversidade, sobretudo quanto à existência digna dos novos atores, contribuindo assim para o estabelecimento de relações mais equilibradas entre os sujeitos da comunidade internacional e para o desenvolvimento pleno das culturas latino-americanas.

5. A ORDEM INTERNACIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS CONSENSOS PLURAIS

Os instrumentos internacionais se consolidam como relevantes e eficazes na proteção dos direitos humanos. Especificamente no caso dos países latino-americanos, o sistema interamericano invoca um parâmetro de ação para os Estados membros, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omisssas, formando um *corpus juris* de salvaguarda do ser humano. Normas, princípios e conceitos definidos em tratados e convenções consagram, portanto, direitos e garantias de proteção ao ser humano, sobretudo em suas relações com o poder público, inserindo o indivíduo como sujeito de direito internacional, inclusive com capacidade jurídico-processual para fazer valer seus direitos (TRINDADE, 2003).

No âmbito regional, a Comissão e a Corte Interamericana contribuem para a denúncia dos abusos e pressionam os Estados para que tais violações cessem, fortalecendo a *accountability* (PIOVESAN, 2010). Adicionam também linguagem jurídica à proteção internacional dos Direitos Humanos, estabelecendo a tutela, a supervisão e o monitoramento de como os Estados garantem tais direitos, além de convocar os Estados a responder internacionalmente às violações.

Interessante destacar o importante papel da sociedade civil para que o sistema interamericano tome ciência do que ocorre internamente nos Estados. “As organizações não governamentais, nacionais ou internacionais, têm auxiliado a publicidade das violações dos Direitos Humanos, o que oferece risco do constrangimento político e moral ao Estado violador” (PIOVESAN, 2010, p. 350). O Estado violador, ao enfrentar a publicidade e a pressão internacional, se vê compelido a apresentar justificativas. A visibilidade, a transparência, a mobilização da mídia e da opinião pública contribuem efetivamente para transformar uma prática governamental, servindo de estímulo para reformas internas.

Para a efetivação dos consensos plurais na ordem internacional necessária se faz maior participação popular para a discussão e incorporação de novos direitos. Como a democracia na região é de baixa densidade, urge a implementação de espaços dialógicos privilegiados, nos quais se possa discutir problemas locais e traçar estratégias para inclusão e desenvolvimento. Temas como Direitos

Humanos, desenvolvimento, segurança, pobreza devem ser objeto de reflexão para posterior proposição de alternativas viáveis.

O Direito Internacional ainda não é pluriverso. Os alicerces dialógicos e plurais podem resultar em uma nova perspectiva democrática, consensual, na qual diversas formas de ver, sentir e compreender o mundo possam convergir para a implementação de uma justiça internacional também consensual, pautada pela composição de conflitos e pela construção de novos argumentos.

Assim um judiciário que tenha a função primeira de promoção de uma justiça plural (uma justiça de múltipla perspectiva) e não apenas um judiciário que decida rápido, apontando o argumento vencedor e com isto interrompendo o conflito sem solucioná-lo. Esta é uma perspectiva também muito interessante. Cada vez mais, assim como o voto interrompe o debate e a construção de consensos (argumentos novos) a decisão judicial que escolhe um argumento interrompe o conflito sem solucioná-lo. Isto é perigoso, uma vez que o conflito ‘terminado’ pela sentença sem uma solução permanece latente e certamente voltará. Quando o Judiciário antes de buscar justiça, busca decisão rápida, pode fazer com que os conflitos não solucionados, mas simplesmente terminados, voltem de forma mais violenta no futuro. Daí que a mesma lógica pode ser conquistada no Judiciário: no lugar de um argumento vitorioso, de um lado vitorioso, a justiça se fará pela composição do conflito por meio de consensos construídos em uma perspectiva plural e não una ou uniformizada. (MAGALHÃES, 2012, p. 89).

A justiça internacional, sob essa nova perspectiva, deve ser fomentada, no âmbito do desenvolvimento social e econômico, a partir de medidas de criação ou fortalecimento de um campo cultural ativo nos países latino-americanos, nas quais a diversidade cultural não seja mais vista como fator de ameaça à integridade estatal, mas como fator de riqueza. A diversidade cultural, protegida e garantida como fator de riqueza, garante o direito dos indivíduos e dos grupos culturalmente excluídos ao exercício positivo de suas diferenças (GODINHO, 2010).

Destaca-se ainda que “a criação de circunstâncias adequadas para o desenvolvimento pleno das culturas e a coexistência equilibrada entre elas constitui, por fim, o parâmetro de justiça internacional” (GODINHO, 2010, p. 285), que atua em complementaridade e cooperação entre os sistemas internacional, regional e local, servindo como impulso para uma perspectiva de integração na América Latina.

6. PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO ESTADO PLURIVERSAL NA ORDEM INTERNACIONAL

O diálogo intercultural, na construção de novos direitos, promove a reformulação das bases ideológicas e a possibilidade de pensar um novo sistema internacional.

A abertura para o diálogo intercultural, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a afirmação de uma cultura de direitos humanos. A formação de um diálogo crítico, através da participação de novos atores no singular cenário latino-americano, desenvolve uma participação popular democrática e plural-diversa que venha a ensejar o fortalecimento democrático e a possibilidade de expansão nos sistemas internacionais (PIOVESAN, 2010).

No caso da América Latina, o processo de democratização, lento e gradual, tomou fôlego a partir da década de 80. Houve uma ruptura com o regime autoritário e a transição para a instalação de um regime democrático. Entretanto, conforme já dito, a democracia na região é frágil, sustentada por governos com forte apelo populista e liames ditatoriais. Há que se destacar que “a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação aos direitos sociais, econômicos e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social” (PIOVESAN, 2010, p. 337).

. Tais desigualdades e violações geram instabilidade ao regime democrático, comprometendo a vigência plena dos direitos humanos na região, considerada como a região de maior índice de desigualdade mundial (PIOVESAN, 2010).

Não pode haver democracia onde não existe respeito aos direitos humanos: “los derechos humanos poseen fuerza expansiva, la democracia goza de esa misma característica y es natural, porque no puede existir democracia onde no se respeten los derechos humanos” (CARPIZO, 2007, p. 100). Os direitos humanos encontram salvaguarda no regime democrático.

A América Latina possui o desafio de romper definitivamente com “o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com o pleno respeito aos direitos humanos” (PIOVESAN, 2010, p. 336).

Outro desafio à implementação de novos direitos é o da laicidade estatal. O Estado laico é essencial para o exercício dos Direitos Humanos, para a convivência harmônica de diversos grupos religiosos, para a garantia de igualdade e liberdade. Ao confundir Estado com religião adotam-se oficialmente dogmas morais únicos, incompatíveis com uma sociedade democrática, pluralista e diversa, hegemonizando assim a cultura daquele Estado. Na América Latina ainda há Estados com fortes vínculos religiosos, tais como Argentina e Costa Rica. Mesmo em Estados constitucionalmente consagrados como laicos, vislumbra-se forte influência da religião, perceptível tanto em conflitos internacionais quanto em conflitos internos, como no caso dos recentes protestos ocorridos no Brasil contra o projeto “cura gay”, arquivado sob pressão popular, no qual a intolerância e o preconceito fundados em aspectos religiosos agravam a exclusão e as divergências sociais.

O Estado laico representa uma face de diversas outras faces, advindo dele seu potencial de justiça e pacificação social, permitindo a acolhida da diversidade e a promoção do diálogo.

Justiça e pacificação, portanto, não pelo controle de consciências, mas pelo escrutínio constante e dialógico de posicionamentos diversos na arena política, pelo reconhecimento de alteridades, pela reconstrução de discursos e práticas em busca de aproximar-se, cada vez mais, a realização da dignidade humana em todos, em concerto. (FISCHMANN, 2012, p. 24).

Para que se possa conceber um Direito Internacional sob a perspectiva da complementaridade, da diversidade cultural, o pensar e fazer justiça deve se conduzir pelo respeito e pela ponderação de três aspectos: o da proteção da identidade cultural dos indivíduos; o do interesse na proteção da identidade de grupos culturalmente divergentes; e o do respeito à cultura constitucional dos Estados, na medida em que incorporam interesses culturais e a identidade cultural dominantes. Tal ponderação deve permear tanto a definição de standards do Direito Internacional quanto a aplicação de suas normas e princípios nas diversas instâncias internacionais, garantindo ainda sua implementação pelos Estados (GODINHO, 2010, p. 293).

A consideração da diversidade na aplicação do Direito Internacional resulta em esforço para um maior equilíbrio nas relações interculturais, além de refletir a consciência da comunidade internacional sobre a diversidade como valor cultural de extrema riqueza. Tal consciência evidencia a ampliação de discussões, contribuindo para a promoção da justiça internacional.

“O reconhecimento de uma diversidade global de culturas caracteriza o Direito Internacional contemporâneo. Ele representa não só um desafio para a estrutura, mas surge como possível objetivo específico a ser perseguido” (GODINHO, 2010, p. 297). O Direito Internacional pode oferecer parâmetros para a promoção da justiça e proteção de direitos, no contexto da diversidade. O próprio contexto de conflito entre a cultura e instrumentos internacionais pode desempenhar significativa abertura para a prática da justiça internacional cultural, criando uma margem de apreciação que permita ponderar os diferentes aspectos dessa diversidade e o respeito e valorização positiva das diferenças culturais.

No âmbito da interpretação e da aplicação dos standards jurídicos internacionais nos órgãos internacionais, principalmente a aceitação de uma margem de apreciação dos Estados na compreensão e implementação dos direitos humanos reflete e, simultaneamente, permite o reconhecimento da diversidade cultural. A ‘margem de apreciação’ possibilita a consideração de divergências culturais entre os Estados e, ao mesmo tempo, o respeito a realidades culturais discrepantes no interior dos mesmos, sem que o núcleo dos standards universais para a dignidade humana seja afetado (GODINHO, 2010, p. 296).

A cooperação internacional entre os Estados e o fortalecimento de parcerias com a sociedade civil, por meio do diálogo e do intercâmbio cultural, servem de meio para oferecer assistência mútua aos grupos em situação de

maior vulnerabilidade e exclusão. Servem também de espaço para a preservação cultural e inclusão de novos direitos na ordem internacional, sob a perspectiva da integração latino-americana.

A participação democrática necessita ser ampliada para novos espaços dialógicos, possibilitando a deliberação e a decisão em outras áreas de interesse e cidadania, tais como as relações laborais, estudantis, de usuários, de consumidores, permitindo assim a tomada de posições acerca de interesses comuns imediatos. Essa possibilidade de deliberação favorece o consenso e o respeito ao dissenso, transformando o processo decisório, ampliando assim a experiência democrática no sentido de que os seres humanos são atores e destinatários de tal experiência: esse é o objetivo da atuação, capaz de servir-se a si mesmos como cidadãos (AGUIAR, 2010, p. 86).

A inserção dos novos atores promove mudanças estruturais nos Estados e provoca o fortalecimento democrático e constitucional. Abrem-se novos caminhos, longos e ainda íngremes, sem possibilidade de retrocesso, para a superação das desigualdades e inclusão das parcelas marginalizadas. Busca-se assim a consolidação de direitos, propiciando um novo olhar para os povos latino-americanos.

7. CONCLUSÃO

O novo constitucionalismo latino-americano trouxe em sua essência uma ruptura, uma transformação, uma quebra dos paradigmas da modernidade, através da revolucionária construção de um projeto dialógico, não hegemônico e participativo.

A diversidade finalmente começa a emergir numa compreensão multicultural e na coexistência pacífica, que transcende em um pluriverso de saberes.

O Estado Plurinacional se firma como uma proposta dialógica que se constitui a partir da construção de consensos, rompendo com a supremacia de ideias de um grupo sobre o outro. Os diálogos ultrapassam a barreira democrática representativa, possibilitando, com base nela, a democracia participativa plural e não excludente.

Há a viabilização de novos direitos e o entendimento de que os Direitos Humanos vão além da universalidade e do relativismo. Assumem uma dimensão muito mais ampla a partir do reconhecimento das diferenças e propõem uma reconstrução multicultural em constante movimento e ressignificação.

Esse novo olhar implica em mudanças ideológicas e democráticas, que refletem diretamente na reformulação da ordem internacional. O Direito Internacional passa a ser visto a partir da lógica da complementaridade, na qual diversas crenças, filosofias, valores, são reconhecidos como complementares, num espaço de diálogo permanente.

Ciente da complexidade em que o novo modelo se apresenta, observa-se que as parcerias entre diversos setores da sociedade civil e os Estados podem propiciar

espaços ideais para a discussão sobre as diferenças, para a redução das assimetrias e para a projeção de um novo cenário nas relações multilaterais. Tais parcerias se estabelecem como um espaço promissor de construção de direitos e saberes plurais e constituem um elemento integrador na nova perspectiva latino-americana.

O grande desafio latino-americano é o de seguir avançando no processo crescente de confluência da ordem constitucional com a ordem internacional para a efetivação dos Direitos Humanos na região. Para tanto, os Estados devem superar a baixa densidade democrática e afastar a influência religiosa excludente e intolerante.

O fortalecimento da democracia nos Estados, o estímulo à democracia cada vez mais participativa e consensual, os Direitos Humanos e o constitucionalismo se apresentam como importantes mecanismos contra-hegemônicos, capazes de viabilizar o reconhecimento da plurinacionalidade e proporcionar novas possibilidades para a ordem internacional.

Nesta perspectiva, transcender a visão impositora para a abertura à diversidade representa uma das formas possíveis de construção da interdiálogo, contribuindo para a manutenção da paz e para o efetivo respeito às diferenças.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Asdrúbal. La Democracia Del Siglo XXI y El Final de los Estados. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marinela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29-88.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crises**. São Paulo: Polis, 1998.

CARPIZO, Jorge. **Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina**. México: Universidade Nacional Autônoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

DALMAU, Rubén Martínez. Processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Coord.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43-57.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro; a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt**. Petrópolis: Vozes, 1993.

FELISBERTO, Rosana Ribeiro. Pluralismo, diversidade e cultura no Brasil. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). **Direito à diversidade e o estado plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 147-156.

FISCHMANN, Roseli. **Estado laico, educação, tolerância e cidadania: para uma análise da concordata Brasil – Santa Sé**. São Paulo: Factash, 2012.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. Diversidade cultural no direito internacional em um horizonte de justiça internacional. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marinela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 283-298.

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Advocaci/UNFPA, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estados constitucionais**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT/Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 294-322.

_____. Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marinela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 335-355.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **Refundación del estado em América Latina**: perspectivas desde uma epistemologia Del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marinela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 531-563.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marinela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

_____; MELO, Milena Petters (Coord.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Em defesa de la intolerância**. Madrid: Sequitur, 2008.

CAPÍTULO 8

PROCEDIMENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA NA CONTEMPORANIEDADE

Natália Torquete Moura¹

1. INTRODUÇÃO

Genericamente, a participação pode ser definida como intervenção dos interessados num procedimento decisório. No entanto, Duarte (1996, p.110) aponta um conceito mais estrito de participação, em que esta significa não só intervir num processo de decisão, mas também fazê-lo na qualidade específica de quem introduz ou incorpora novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida. Assim, a participação pode ser vista na perspectiva de uma limitação da forma de poder tradicional e como intervenção no processo decisório de sujeitos distintos daqueles a quem institucionalmente se atribui a competência para decidir.

Nesse contexto, existem dois grandes vetores de participação jurídico-pública: a participação política e a participação administrativa, distinção que resulta da diferença material entre as duas funções estaduais, sendo que cada uma delas tem mecanismos próprios de participação.

Por sua vez, a participação administrativa desdobra-se, como veremos, em outras divisões, existindo várias classificações na doutrina quanto às formas dessa participação. Nesse universo, tem interesse para o presente trabalho a participação que Duarte (1996, p. 119) denomina como *procedimental* ou *participação*

¹ Advogada. Consultora Técnico-legislativa na Secretaria de Estado de Casa Civil de Relações Institucionais de Minas Gerais (SECCRI). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com reconhecimento do título pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Universitária com experiência na área do Direito Público, com ênfase em Processo Administrativo e Teoria da Norma. E-mail: nataliatmoura@gmail.com

no procedimento administrativo – que compreende as espécies de intervenção condicionantes, de algum modo, da determinação e obtenção das informações necessárias à decisão administrativa.

Identificada a participação objeto deste estudo, é fácil concluir que a sua existência só é possível quando o exercício da função administrativa estiver ordenado e esquematizado no âmbito de um procedimento, ou seja, como ensina Netto (2009, p. 80) para efetivação da participação procedimental é necessária a *procedimentalização da atividade administrativa*, já que o procedimento é o principal instrumento pelo qual os cidadãos participam do exercício da atividade administrativa.

O presente estudo, sem a pretensão de uma análise exaustiva do tema, visa estabelecer os principais aspectos da *participação procedimental*, nomeadamente, na modalidade *stricto sensu*, quando o particular individualmente ou por via da participação de grupos, intervém no procedimento para projetar interesses da comunidade ou de um segmento de interesses setoriais, tomando parte na atuação administrativa e na sua decisão, ressaltando a procedimentalização da atividade administrativa e a participação como instrumentos que viabilizam e caracterizam um modelo moderno de governança.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Apesar do conceito de Estado de Direito ser polissêmico, ensina Novais (2006, p. 22) que é possível identificar como sua componente essencial o núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do cidadão e sem esse elemento não haverá Estado de Direito. Assim, afirma Novais (2006, p.25) que a ideia de limitação jurídica do Estado e dos titulares do poder só adquire sentido e justificação em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais.

Segundo Novais, (2006, p.26) Estado de Direito é então o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e do próprio Estado, objetivando a segurança jurídica e reclamando um conjunto de garantias de proteção, que são alcançadas por exigências procedimentais.

Assim, o procedimento constitui uma técnica a serviço do Estado de Direito sendo poucos instrumentos tão eficazes para garantir a liberdade dos cidadãos e o respeito à legalidade por parte da Administração em suas relações com terceiros. Segundo Pastor (2002, p.58) a atuação com respeito a um procedimento é racionalizadora e abranda em grande medida as tendências ao arbitramento dos governantes. No mesmo sentido, ensina Rojo:

El procedimiento desempeña la importante función de asegurar la correcta formación de la voluntad administrativa, con o fim de garantizar la validez de su actuación, y el respeto de los derechos de los ciudadanos, para lograr de este modo la satisfacción del interés general, que es en definitiva la función propia de la Administración. (ROJO, 1994, p.119).

Como afirma Netto (2009, p. 41), o procedimento torna-se veículo de democratização e de inserção do cidadão no Estado.

Apesar de não ser tema do presente trabalho a discussão sobre o uso da nomenclatura “*procedimento*” ou “*processo*” administrativo, é importante destacar que se optou por tratar do “*procedimento*”, expressão que prevalece nos países da Europa, em contraposição ao que ocorre no Brasil, que consagrou a expressão “*processo administrativo*”. Isso porque “*procedimento*” corresponde à concepção adotada neste trabalho, que afasta genericamente a noção processual e a existência de uma situação de conflito compreendendo-o como instrumento específico de desenvolvimento da atividade administrativa, na vasta gama de tarefas perseguida pela Administração, correspondendo a um conjunto de normas relativas à preparação das decisões expressivas da função administrativa. Assim, compartilhamos da posição de Duarte, quando afirma que o procedimento administrativo enquadra-se

como uma estrutura (formal) de ação destinada a permitir a prossecução de objectivos ou fins pré-determinados, que não se reconduzem ao objectivo da reposição do direito, mas à sua utilização funcional para a realização de um interesse público concreto que extravasa essa idéia de obtenção de uma “paz jurídica”. (DUARTE, 1996, p. 26).

Assim, procedimento e processo são realidades diferenciadas, constituindo o procedimento a forma de ação típica da função administrativa, como estrutura flexível para uma ação “*finalisticamente empenhada*”, sendo o processo a forma típica da jurisdição.

No Brasil, esse também é o entendimento de Netto (2009, p. 53-61) que faz um interessante apanhado sobre a distinção entre procedimento e processo e as razões que apontam o termo “*procedimento administrativo*” como o mais adequando à função administrativa.

As razões da procedimentalização da atividade administrativa são múltiplas e diversas. Como ensina Pastor (2002, p. 55-56), em primeiro lugar, o procedimento administrativo é uma reação natural do Estado liberal de direito diante do fenómeno da assunção de poderes autoritários pela Administração. O exercício desses poderes foi deixado nas mãos das novas autoridades administrativas submetendo essas a requisitos formais parecidos com os do processo judicial. Pretendeu-se, dessa forma, conjugar a existência de uma administração

forte com a garantia dos direitos dos cidadãos e sobretudo a atuação dos agentes administrativos com sujeição ao Direito. Em segundo lugar, o surgimento do procedimento administrativo deve-se ao crescimento orgânico que a Administração experimenta no decorrer dos últimos séculos, o que gerou a necessidade de normalização funcional.

No que diz respeito ao Estado Democrático, o procedimento é a grande forma a serviço deste para canalizar a participação cidadã no desempenho das funções e tarefas administrativas. Assim, o procedimento administrativo desempenha importante função democratizadora na medida em que assegura a correta formação da vontade administrativa, com o fim de garantir a validade de sua atuação, e o respeito aos direitos dos cidadãos, para alcançar a satisfação do interesse público. O procedimento hoje é visto como modo de exercício da função administrativa que garante a formação de sua vontade de forma transparente permitindo a participação dos cidadãos, sendo também uma forma de garantir a eficiência administrativa.

Também nesse sentido, dando enfoque à questão da participação no procedimento, Duarte:

o procedimento administrativo funciona como um centro de apaziguamento de conflitos e consegue ser, ao mesmo tempo, uma garantia dos dois objectivos essenciais que assistem ao fenómeno participatório: protecção de interesses particulares e colaboração exterior a tarefa de realização do interesse público. Abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos aparecem, assim, como um trítone demonstrativo das contradições e da permanente transformação formal e substancial que o procedimento administrativo encerra na ligação cruzada entre legalidade e ilegalidade, interesses públicos e interesses particulares” (DUARTE, 1996, p. 103-104).

Desta forma, aponta-se como as principais funções do procedimento:

- (a) garantir uma atuação da Administração conforme o direito, dentro dos limites da legalidade – ponto onde se relaciona com o Estado de Direito, na medida em que é uma limitação do poder pelo Direito;
- (b) proteger o Direito subjetivo dos cidadãos, sendo assim um instrumento de controle da atividade administrativa, através da garantia da participação do particular na formação da vontade administrativa – ponto em que se relaciona com o Estado Democrático.

Assim, segundo Mello (2007, p. 452) o procedimento administrativo surge como um instrumento hábil a garantir os direitos e liberdades dos particulares frente ao poder da Administração Pública, controlando o iter de formação das decisões administrativas, com o objetivo de resguardar os administrados e

concorrer para uma atuação administrativa mais clara e imparcial, o que é fundamental no Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, o procedimento ganhou importância nas últimas décadas no Direito Administrativo. Em países como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal tornou-se um verdadeiro domínio da unidade do exercício da função administrativa, sua expressão normativa, que aglutina todas as facetas desse exercício. Duarte (2006, p. 409) e Silva (1998, p. 301 e ss) afirmam esse caráter aglutinador do procedimento administrativo dentro da função administrativa.

Segundo Silva (1998, p. 162), é no âmbito do procedimento administrativo que se desenvolve, além dos aspectos materiais dos direitos subjetivos dos administrados, a vertente procedimental desses direitos e que fez nascer um verdadeiro “*status activus processualis*”. Canotilho (1990, p. 155) também versa o *status activus processualis*, principalmente no que diz respeito a participação procedimental como um Direito Fundamental.

Desses aspectos decorre que o procedimento administrativo é hoje uma exigência ou pressuposto necessário à prática de qualquer ato administrativo. Todavia, é importante ressaltar que os momentos do procedimento administrativo influenciam o ato final sem coincidir com ele. O ato administrativo está para além do procedimento do qual resultou e nele não se dissolve, já que o procedimento não é condição para sua existência, não sendo um dos seus elementos estruturais. O procedimento não compõe, assim, o rol dos elementos do ato administrativo, como o sujeito, o objeto, a forma, o fim e o conteúdo e a decisão. Nesse sentido é o entendimento de Machete (2007, p. 30).

Apesar de no Brasil não existir uma norma de valor hierárquico superior que institui um sentido de dever ser sobre toda a extensão da atividade administrativa, impondo a existência de normas procedimentais para a globalidade do exercício dessa função, não há fundamento para afirmar que o processamento dessa atividade possa ser dispensável, já que o texto constitucional brasileiro contém imposições genéricas de procedimentalização da função, como o art. 5º, XXIV, LIV e LV.

Nesse contexto, dúvidas não há de que, para um correto exercício da função administrativa no Estado Democrático de Direito, é pertinente a determinação de um procedimento, como momento anterior à formulação do sentido de dever ser expressivo da função administrativa. O conteúdo desse procedimento pode ser variável, já que cada tipo de norma ou decisão pressupõe uma atividade antecedente específica. Por exemplo, o procedimento previsto na Lei de Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – pode ser considerado como o padrão para a Administração Pública no âmbito Federal. No entanto, existem regramentos dispersos, que estabelecem outras formas de proceder para a produção de decisões com caráter diverso, já que a função administrativa pode ser exercida de várias formas, e para cada uma delas poderá existir um procedimento determinando o modo de exercício da função.

E o que sempre deve nortear a procedimentalização da atividade administrativa, dentre as diversas funções perseguidas pelo procedimento e tendo em vista as exigências do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, é a previsão de instrumentos procedimentais que viabilizem a intervenção e participação dos interessados e que possibilitem a recolha e tratamento de informação, na preparação da decisão.

3. A PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA

Ensina Duarte (1996, p. 103-104) que, atualmente, a participação administrativa é complemento da representação democrática que tenta compensar o déficit de democraticidade do sistema representativo, existindo dois grandes vetores da participação jurídico-pública: a participação política e a participação administrativa, sendo que a cada uma delas correspondem mecanismos participatórios próprios.

A doutrina apresenta diversas classificações da participação administrativa. Por exemplo, Duarte (1996, p. 117-118) afirma a existência das seguintes categorias:

- (a) *participação interna*: que é aquela que se desenvolve no interior da organização administrativa, através da intervenção dos próprios funcionários nos processos de formação das decisões internas;
- (b) *participação externa*: com a intervenção de grupos sociais exteriores à organização administrativa na atividade e decisões da Administração, tendo como principais modalidades: (b.1) a participação pericial, que se substancia na intervenção do particular no exercício da função administrativa com o fim específico de prestar uma colaboração técnica; (b.2) a defesa procedimental, que se caracteriza pela intervenção do particular numa posição próxima a do demandado processual, no sentido de reagir diretamente contra uma intromissão na sua esfera individual; (b.3) participação procedimental *stricto sensu*, quando o particular individualmente ou por via da participação de grupos, intervém no procedimento para projetar interesses da comunidade ou de um segmento de interesses setoriais; (b.4) participação orgânica, onde a intervenção dos interessados se verifica por via da integração na composição de um órgão administrativo com competência decisória; (b.5) participação direta, que corresponde ao conjunto de mecanismos de intervenção direta na função administrativa, como as consultas diretas ou a iniciativa popular. O autor ressalta que a própria defesa procedimental e a participação procedimental *stricto sensu* são formas de participação direta.
- (c) *participação interorgânica*: que implica na relação interativa de órgãos e pessoas coletivas públicas diferenciadas. Integra o seu âmbito a denominada Administração Consultiva, que introduz no procedimento informações de

natureza diversa e correções técnicas. Explica o autor que esta não deixa de ser uma modalidade de participação externa, no entanto, a sua autonomia justifica-se pelo fato de se tratar de uma participação totalmente pública, ao contrário das outras espécies de participação externa.

Por sua vez, Sánchez (1992, p. 153) classifica a participação administrativa em *orgânica*, *cooperativa* e *funcional*, esta que se caracteriza pelo fato do cidadão atuar junto às funções administrativas sem perder a sua posição de privado e sem se incorporar a um órgão administrativo, consistindo, assim, numa participação externa que implica na relação entre administração e administrado – seja indivíduos ou grupos sociais – nas funções, decisões e atividades administrativas. Desta forma, supõe uma atuação cidadã desde fora do aparato administrativo apesar de se relacionar com funções materialmente públicas.

Afirma ainda Sánchez (1992, p. 153) que, dentre as diversas modalidades de *participação funcional*, está a *participação procedimental*, termo usado por Sánchez Morón para se referir a participação que se define porque a Administração toma livremente a decisão depois de ouvir qualquer sujeito interessado no curso de elaboração da mesma.

Na doutrina brasileira, Netto (2009, p. 77-78) faz um apanhado dos diversos entendimentos doutrinários e adota a seguinte classificação, que indica três fenômenos de participação administrativa: (a) a participação do cidadão singular ou grupo social externo à formulação das decisões e à sua realização – *participação procedimental*; (b) a participação desenvolvida no interior da Administração, pela qual os funcionários tomam parte no processo decisório – *participação institucional*; (c) a participação que implica o concurso de mais órgãos ou entes – *participação interorgânica ou intersubjetiva*.

No universo dessas classificações, tem interesse para o presente trabalho a participação denominada como procedimental ou participação no procedimento administrativo – que compreende as espécies de intervenção condicionantes, de algum modo, da determinação e obtenção das informações necessárias à decisão.

4. A PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL

Netto (2009, p. 80) conceitua *participação procedimental* como a espécie de participação administrativa que se caracteriza pela intervenção do particular que, mantendo sua exterioridade em relação ao aparato administrativo, toma parte na atuação administrativa, colaborando no seu desenvolvimento. É uma participação que se efetiva individualmente, quando voltada à defesa de posições subjetivas, ou de forma coletiva, no sentido de colaborar com a atuação administrativa.

Duarte (1996, p.119) refere como modalidades de participação procedimental a defesa procedimental, a participação procedimental *strictu sensu*, a participação

pericial, a participação direta e a participação interorgânica. No entanto, o autor destaca que as formas principais de participação no procedimento são a defesa procedimental e a participação procedimental *stricto sensu*, já que estas são as categorias que possuem os elementos que justificam a participação como “estritamento posicional do contacto entre a Administração e a Sociedade e a garantia pré-decisória de presença no procedimento dos destinatários envolvidos no conteúdo da decisão” (DUARTE, 1996, p.120).

Quanto aos fundamentos jurídicos da participação procedimental, afirma Netto (2009, p. 88) que há no Brasil uma consagração jurídico-positiva expressa na Constituição Federal de enunciados que estatuem normas que permitem fundamentar um direito à participação procedimental. A autora menciona os preceitos do art. 5º incisos LIV e LV, bem como os dispositivos que veiculam o princípio democrático, a dignidade da pessoa humana, o direito de petição, o direito de informação, procedimentos específicos e a participação em diversas atuações relativas à “Ordem Social”. Assim, tendo em vista o contexto do Estado Democrático de Direito anteriormente referido, a participação procedimental surge como uma imposição dos seus princípios estruturantes e dos direitos fundamentais, sendo uma densificação do princípio do devido procedimento equitativo.

Duarte (1996, p. 675-676) ressalta ainda que as normas que se referem à participação administrativa nada mais fazem do que associar o exercício da atividade administrativa a um dever de assegurar a participação dos interessados no procedimento de formação das decisões. Assim, é essencial para a compreensão dessa norma a determinação do conceito normativo de “participação”.

Tendo como contexto o ordenamento português, David afirma, com fundamento no art. 8º do Código de Procedimento Administrativo, a existência de uma norma de participação administrativa nos seguintes termos: “Em todas as situações de qualquer gênero relativas ao exercício da função administrativa no decurso do procedimento e no que concerne a pronunciarem-se sobre o objecto do procedimento devem os interessados procedimentais ser ouvidos” (DUARTE, 1996, p.677-681). O referido artigo possui a seguinte redação:

“Artigo 8º. Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código”.

Participar significa ser ouvido ou afirmar uma determinada perspectiva subjetiva sobre o objeto do procedimento. Traduz-se num dever administrativo de dar lugar a que o sujeito procedimental legítimo possa dizer o que lhe aprouver, sob iniciativa e nos termos em que o órgão responsável pelo procedimento o determinar. Nesse contexto, participar é um direito cujo exercício é acionado

pela parte administrativa do procedimento. Assim, não se considera como participação administrativa intervenções autônomas dos interessados, nos quais apresentam fatos ou provas destes sem qualquer solicitação administrativa.

5. INSTRUMENTOS DA PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL E MODERNIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Netto (2009, p. 51) e Correia (2003, p. 348) afirmam que a procedimentalização da atividade administrativa tem se firmado como verdadeiro princípio do Direito Administrativo Contemporâneo, acompanhada pelo princípio do devido procedimento equitativo que exige, para além da legalidade meramente formal, imposições materiais derivadas das afirmações dos direitos fundamentais. Em síntese, tal princípio traduz a ideia de um justo procedimento, que busca uma relação mais democrática entre cidadãos e Administração e onde esta não pode decidir sem possibilitar ao privado a intervenção no curso do procedimento.

Por sua vez, a participação procedimental define a forma como o administrado vai tomar parte na decisão administrativa, como membro da comunidade, afetado pelo interesse geral e portador do mesmo. A administração é o ente que instrumentaliza o interesse geral. Por sua vez, o procedimento é o meio para efetivá-lo, e no âmbito deste, o cidadão e determinadas organizações têm o direito de contribuir para a realização desse interesse geral. Assim a participação é uma forma de operacionalizar a aproximação e colaboração entre Administração e Sociedade, reconhecendo ao indivíduo, como cidadão, o Direito a decidir o grau de definição do interesse geral por via do procedimento administrativo.

Neste contexto, procedimentalização e participação administrativa estão necessariamente interligadas e são elementos que devem caracterizar uma atividade administrativa contemporânea e compatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito, visando à modernização da função através da previsão de instrumentos que garantam uma governança democrática e participativa.

Todavia, como ressalta Netto (2009, p. 100), não basta a previsão do termo “participação” em diversos diplomas normativos. Impõe-se a instrumentalização de técnicas de regulação da interrelação entre sujeitos, públicos e privados, e a Administração no âmbito do procedimento, conferindo eficácia prática à participação. E essa instrumentalização passa justamente pela previsão, por parte da Administração, da forma como deve ocorrer a participação dentro do procedimento de elaboração da decisão administrativa.

Sendo assim, e privilegiando versar a participação procedimental *strictu sensu*, optamos pela análise do que se consideram, atualmente, como os dois principais instrumentos da sua efetivação: a Consulta Pública e a Audiência Pública, que encontram previsão na Lei de Processo Administrativo Federal – nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – nos artigos 31 a 34, e também na Lei que regula

o Processo Administrativo no Estado de Minas Gerais – nº Lei nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002 – nos artigos 31 a 33.

Ressaltamos que a referência à Lei de Processo do Estado de Minas Gerais é meramente exemplificativa, já que se encontram dispositivos com redação muito semelhante nas leis que regulam o processo administrativo em outros Estados como, por exemplo, São Paulo – Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998 – Rio de Janeiro – Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009 – e Bahia, que editou recentemente a Lei nº 12.209, de 20 de abril de 2011.

A consulta pública caracteriza-se por ser o meio de participação procedimental administrativa pelo qual a Administração solicita a manifestação dos interessados – sejam eles pessoas, órgãos ou entidades – quando no procedimento estiver em discussão matéria de interesse geral. Assim, pode ocorrer no âmbito de procedimentos que visem produzir projetos de lei, atos administrativos e ações de interesse geral.

Por sua vez, a Audiência Pública é a forma de participação administrativa que ocorre quando uma questão relevante no âmbito de um procedimento administrativo é submetida ao debate público com a participação de pessoas ou representantes de entidades e da sociedade civil. Nesse sentido, Carvalho Filho (2010, p. 203).

Por muitas vezes a Audiência Pública será subsidiária à consulta pública, visando complementá-la. Assim, a audiência pública pode ocorrer anteriormente, concomitantemente ou posteriormente à conclusão da consulta pública. Por exemplo, se a Administração pretende submeter a minuta de um ato normativo à consulta pública pode, anteriormente a sua abertura, realizar uma audiência pública visando obter elementos para a elaboração da própria minuta; pode também elaborar a minuta e entender que no decorrer do processo da consulta pública há a necessidade de se promover um debate mais amplo sobre alguma questão em específico referente a minuta do ato normativo; por outro lado, pode concluir que as informações coletadas no âmbito da consulta pública não foram suficientes e promover uma audiência visando complementar a recolha de elementos.

A consulta e a audiência pública não são idênticas, no entanto, apontam-se como principais pontos comuns entre os dois instrumentos participativos:

- (a) a publicidade da existência do procedimento: ambas as formas de participação devem ser iniciadas por meio de um “Aviso” de abertura, que deve conter os elementos essenciais dos instrumentos, como por exemplo, a identificação do objeto da consulta ou da audiência, a forma de envio das contribuições pelos participantes da consulta, a hora e o local de realização da audiência, etc.
- (b) transparência quanto aos motivos que levaram a Administração a decidir em determinado sentido: os participantes devem ter acesso ao resultado da consulta e aos argumentos usados pela Administração para a tomada

de decisão. Não significa que o cidadão tenha que receber uma resposta individualizada da Administração quanto a sua contribuição. No caso da consulta, convém que o interessado seja comunicado sobre a recepção da sua contribuição pela Administração, no entanto, a resposta pode até seguir um padrão para todos os participantes. O importante é que no fim do procedimento a Administração apresente, de forma clara e acessível, uma conclusão sobre as contribuições apresentadas e os motivos da adoção ou rejeição das mesmas para a elaboração do ato final.

Por outro lado, ressaltam-se como as principais diferenças entre a consulta e a audiência pública:

- (a) na consulta pública a Administração deseja a manifestação dos interessados através de contribuições escritas – por exemplo: sugestões escritas quanto à introdução, alteração ou supressão de um dispositivo da minuta de um ato normativo objeto de consulta; o envio de documentos ou de algum estudo que possam ser relevantes no âmbito da decisão quanto à implementação de determinada ação governamental – enquanto a audiência pública prioriza o debate oral travado em torno do assunto relevante, que posteriormente pode ser reduzido a termo na ata da audiência, priorizando, assim, o princípio da oralidade. Nesse sentido, Carvalho Filho (2010, p. 203):
- (b) a consulta pública visa obter a manifestação dos interessados legitimados no procedimento através da coleta de informações. Desta forma, a Administração visa levantar, tratar e analisar esses elementos, aproveitando-os ou não, dependendo do seu juízo quanto à pertinência da contribuição para o objeto do procedimento. Já a audiência pública prioriza a promoção de um verdadeiro debate dialético, em sessão pública onde poderá participar qualquer pessoa. Desta forma é correto afirmar que, em alguns casos, a audiência terá um público mais abrangente que o da consulta pública.
- (c) na consulta pública a Administração solicita a participação dos interessados em período de tempo determinado, indicando aos participantes a forma de proceder ao envio das contribuições (indicando um endereço de e-mail, um sítio da internet onde poderão ser postadas contribuições on-line ou por via postal); já a audiência implica obrigatoriamente na realização de uma sessão pública, com designação prévia de data e local.

Também é importante ressaltar que ao prever a forma de realização da consulta e da audiência pública, a Administração deve priorizar o uso dos elementos de tecnologia da informação que tiver a sua disposição, de forma a facilitar o acesso dos participantes e a troca de informações de forma segura, já que o uso

dessas ferramentas no âmbito de uma governança participativa, que prima pela modernização da atividade administrativa, é de grande ajuda.

Verifica-se que o uso da consulta pública vem se firmando como uma tendência no âmbito da Administração Pública. Na esfera Federal, temos como exemplos a consulta on-line lançada pelo Ministério da Justiça sobre o Projeto de Reforma do Código de Processo Civil e que disponibilizou o texto do ato à manifestação dos interessados. Também as agências reguladoras, como a ANVISA e a ANATEL, constantemente submetem o texto de suas resoluções à consulta pública.

Tomando como exemplo o Estado de Minas Gerais, é relevante ressaltar a importância dada aos instrumentos participativos aqui analisados, referidos na recente Lei Delegada nº. 180, de 20 de janeiro de 2011, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo e que iniciou uma nova etapa da modernização do modelo mineiro de gestão pública. Introduzindo o conceito de Estado em Redes, a Lei prevê a integração dos órgãos e entidades da Administração Pública do Estado em sistemas setoriais, que poderão formar redes de integração institucional e social articuladas também com a sociedade civil e órgãos de outras esferas federativas.

A referida lei prevê em seu art. 2º, a adoção do *modelo transversal de desenvolvimento*, como forma de atuação administrativa estatal. Cuidou ainda de arrolar, em seus artigos 3º, 4º e 5º, instrumentos desse modelo de atuação, dentre os quais estão a audiência e a consulta pública.

Por sua vez, regulamentando o previsto na Lei Delegada nº 180/2011, foi editado o Decreto Estadual nº 45.602, de 13 de maio de 2011, que dispõe sobre o processo de Consulta Pública no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo.

Pode-se afirmar que o modelo de administração tomado como exemplo prioriza uma coadministração da autoridade administrativa junto com a pluralidade de terceiros associados na participação procedimental, já que algumas das opções administrativas deixam de resultar do monopólio deliberativo da Administração e passam a ser produto de um elemento participativo. A cooperação entre a máquina burocrática e a participação dos indivíduos e de grupos realiza-se, no contexto apresentado, pela expressão da contribuição através da manifestação de interesses e de informações que são recolhidos, comparados e compostos num quadro de prevalência que garante a legitimidade da decisão administrativa. Antunes (1993, p. 44) refere-se a essa coadministração e ao aspecto legitimador do procedimento administrativo.

Entende-se que tal modelo exemplifica como instrumentos de participação procedimental, como a consulta e a audiência pública, caracterizam uma governança participativa e viabilizam uma verdadeira modernização da função administrativa.

6. CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, é notório que a procedimentalização e a participação administrativa são elementos decisivos para a democratização e modernização da função administrativa. Um procedimento administrativo que valoriza a participação dos interessados é um verdadeiro instrumento legitimador do poder, que visa garantir a imparcialidade e a eficácia da atuação administrativa. Assim, uma governança participativa é democrática e compatível com um modelo moderno de administração, colaborando na tomada de decisão da Administração num duplo sentido: facilitando a eficácia de sua atuação, ao ter presente os distintos interesses em jogo; e possibilitando conhecer o grau de aceitação ou rejeição das medidas a adotar, além de melhorar, tecnicamente, as decisões ou projetos administrativos com as contribuições externas dos diretamente interessados.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. Metaestabilidade jurídica e procedimento Administrativo: o procedimento administrativo como forma de soberania popular. *Revista Semestral Luso-Espanhola de Direito Público*, Lisboa, nº 11, p. 41-52, 1º semestre, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – BFDUL, Coimbra, vol. 66, pp. 151-201, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*: comentários a Lei nº. 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos Administrativos*. Reimpressão da edição de 1987. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*. Almedina: Coimbra, 2006.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

MACHETE, Pedro. Um procedimento indevido é igual a um procedimento inexistente? A questão da nulidade-inexistência: teoria da essencialidade funcional

vs. Teoria da essencialidade estrutural. *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, pp. 18-33, Nov./Dez. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação Administrativa Procedimental: natureza jurídica, garantia, riscos, e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*. vol.II. 3ª edição. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

ROJO, Margarita Beladiez. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid. Marcial Pons, 1994.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SÁNCHEZ, Juan José Díez. *El procedimiento administrativo Comum y la doctrina constitucional*. Madri: Civitas, 1992.

CAPÍTULO 9

O ADICIONAL DE PENOSIDADE SOB A ÓPTICA DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bárbara Natália Lages Lobo¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo decorre da necessidade de se investigar a efetividade do direito ao recebimento de adicional pelo exercício de atividades penosas. Incluído no rol dos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição da República de 1988, o adicional de penosidade encontra-se disposto no inciso XXIII do mencionado artigo, figurando ao lado do direito ao pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade. Entretanto, diferentemente das atividades perigosas e insalubres que se encontram reguladas pela CLT e outros atos normativos expedidos pelo Executivo, através do Ministério do Trabalho e Emprego, as atividades penosas não encontram amparo infraconstitucional, o que acarreta a inefetividade do direito e prejuízos irreparáveis aos trabalhadores que se expõem a esse agente danoso a sua saúde.

A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa já foi objeto de estudo desta autora², passa-se, portanto, à análise prática desta omissão relativamente ao exercício de atividades penosas, sob a óptica do Direito Constitucional

¹ Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro: O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação. Professora assistente da PUC-Minas e Faculdade Pitágoras. Servidora pública do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora visitante das Pós-Graduações em Direito Público, Licitações e Contratos Administrativos, Fiscalização e Legislação Tributária e MBA em Gestão Tributária no Centro Universitário UNA e UNI-BH. Professora tutora do Curso Improbidade Administrativa oferecido pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário – CEAJUD do Conselho Nacional de Justiça. Integrante do Projeto de Pesquisa “Efetividade e crise dos direitos fundamentais”, coordenado pelo Professor José Adércio Leite Sampaio. E-mail: barbaralobo3@gmail.com

² No artigo “Reflexões acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa”, as autoras Bárbara Natália Lages Lobo, Christiane Vieira Soares Pedersoli e Isabela Monteiro Gomes (2008) concluíram pela possibilidade de responsabilização extracontratual do Estado diante da omissão legislativa, quando comprovado dano em razão de sua inércia.

Contemporâneo e suas implicações na novel teoria de aplicabilidade das normas constitucionais.

Inicialmente, verificar-se-á a evolução das teorias de aplicabilidade das normas constitucionais, destacando-se na doutrina nacional aquelas elaboradas por José Afonso da Silva (2000) e Luís Roberto Barroso (2013), aquele como expoente do constitucionalismo brasileiro clássico e este como expoente do constitucionalismo brasileiro contemporâneo (ou neoconstitucionalismo, conforme será visto adiante).

Posteriormente, refletir-se-á sobre as implicações das teorias de aplicabilidade das normas constitucionais sobre a disciplina do adicional de penosidade, mediante análise da conceituação e previsão normativa, bem como as consequências jurisprudenciais da ausência de regulação da matéria pelo Legislativo.

Finalmente, concentra-se o presente artigo na investigação do adicional de penosidade sob a óptica da nova teoria de aplicabilidade das normas constitucionais, o instituto do ativismo judicial neste particular e soluções possíveis para a imprevisão infraconstitucional do referido direito.

Investigou-se amplamente a teoria constitucional acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, tema por muitos já refletido, mas que não perde a atualidade, diante da existência de direitos fundamentais que não são efetivos por ausência de regulação específica.

No que tange ao estudo do instituto da penosidade, verificou-se a escassez de referências sobre o tema, não se sabe se por desinteresse ou pela completa ineficácia do dispositivo constitucional. O presente artigo se apresenta como uma tentativa de superação desta lacuna doutrinária apresentando uma interessante reflexão sobre o tema.

2. TEORIAS DE APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A aplicabilidade das normas constitucionais é o núcleo do estudo da Teoria da Constituição, pois, a efetividade da Constituição é o que alicerça a sua importância enquanto documento jurídico. A coesão entre os anseios filosóficos, políticos, econômicos, sociais e culturais da sociedade e a atuação estatal em garantir o caráter normativo imprescinde da efetivação das normas constitucionais. Entretanto, a teoria constitucional clássica reconheceu a gradação destas quanto à aplicabilidade, o que acarretou a negativa do reconhecimento de eficácia a vários dispositivos constitucionais. Vejamos.

2.1. Teoria Constitucional Clássica

A teoria clássica norte-americana bipartia os dispositivos constitucionais em *self executing* e *non self executing* (“auto-aplicáveis ou auto-executáveis” e “não

auto-aplicáveis ou não auto-executáveis” (BONAVIDES, 2003, p. 241), conforme sua autoaplicação, sendo que as primeiras dispensavam atuação regulatória infraconstitucional, enquanto esta era indispensável para a efetividade dos últimos.

Paulo Bonavides (2003, p. 242) reconhece o teórico norte-americano do século XIX Thomas Cooley o principal expositor desta teoria, que reconhecia limitação à aplicabilidade das normas constitucionais.

Segundo o autor:

Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (*self executing*), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei. (COOLEY *apud* BONAVIDES, 2003, p. 242).

Posteriormente, a teoria constitucional alemã do final da década de 1920, seguida pela doutrina constitucional italiana e brasileira, identificou três tipos de normas. Neste artigo, destacar-se-á a doutrina de José Afonso da Silva (2000), elaborada na década de 1960, que se apresenta como a expressão clássica da teoria constitucional nacional, difundida nos cursos e doutrinas jurídicas e que norteou e, ainda, direciona grande parte da hermenêutica constitucional pátria.

José Afonso da Silva (2000) consagrou suas conclusões acerca das características das normas constitucionais na obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, na qual reconheceu o caráter tríplice destas, classificando-as em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada, podendo ser estas últimas de princípio institutivo ou de princípio programático.

O autor (SILVA, 2000, p. 81) reconhece a eficácia de todas as normas constitucionais, contudo, a plenitude desta eficácia se apresenta variável relativamente à necessidade de sua complementação infraconstitucional para produção de efeitos.

Por considerar insuficiente a doutrina bipartite clássica, José Afonso da Silva (2000) acrescentou à tipologia normativa constitucional as normas de eficácia contida, cujos efeitos serão analisados a seguir.

Tal qual as normas *self executing*, as normas constitucionais de eficácia plena produzem direta, imediata e integralmente seus efeitos, prescindindo de normatização futura para tanto. É exemplo deste tipo normativo o artigo 2º da Constituição da República: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

As normas de eficácia contida, apesar de possuírem aplicabilidade imediata e direta, carecem da integralidade das normas de eficácia plena, pois, são restringíveis por normatização futura. O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) é exemplo deste tipo de norma: “é livre

o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”³

As normas constitucionais de eficácia limitada são denominadas por José Afonso da Silva (2000, p. 118) como normas constitucionais de princípio, subdividindo-as em normas de princípio institutivo ou organizativo, cuja característica principal “está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação” (SILVA, 2000, p. 123). O autor reconhece aqui a discricionariedade do legislador para atuação para regulação daquelas normas de caráter facultativo, muito embora reconheça José Afonso da Silva (2000, p. 128) que algumas dessas normas não possuem tal caráter, sendo impositivas, não permitindo ao legislador a análise da conveniência e oportunidade em sua elaboração.

O próprio constitucionalista (SILVA, 2000, p. 129) reconhece a inefetividade quanto ao caráter coativo do dever de legislação, mesmo após a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo artigo 103, §2º, da Constituição da República de 1988⁴, ante a irresponsabilidade do Legislativo, diante de sua inércia e a ausência de imposição de sanção, sob o respaldo do princípio da tripartição de poderes.

Conceber a irresponsabilidade do Legislativo ante a omissão inconstitucional do dever de legislar se apresenta extremamente danosa ao princípio de eficiência da Administração Pública, sendo contrário ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, impeditivo do exercício dos direitos fundamentais.

A segunda categoria das normas constitucionais de princípio são as de princípio programático, decorrentes das constituições dirigentes, utilizando-se aqui José Afonso da Silva da concepção de José Joaquim Gomes Canotilho (SILVA, 2000), tais como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que

³ A interpretação das normas de eficácia contida ensejam diversas discussões, sobretudo no que tange à medida de sua restrição pelas normas infraconstitucionais. Exemplo recente que envolve a restrição ao disposto no art. 5º, XIII, da CR/1988, é o debate acerca da constitucionalidade da exigência de aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia, prevista na Lei nº 8.906/1994 (BRASIL, 1994). A discussão ocorreu em sede de Recurso Extraordinário (RE 603583) (BRASIL, 2011), com reconhecida repercussão geral, em que fora arguida a inconstitucionalidade da exigência de aprovação no exame, pois, contrariaria a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre exercício profissional. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser a exigência de aprovação no exame da OAB constitucional, em consonância com o disposto no art. 5º, XIII, da CR/1988, pois, expressa o requisito de qualificação profissional previsto no aludido dispositivo.

⁴ Importante discussão acerca da omissão do dever de legislar diz respeito à *inertia deliberandi*, que envolve a discussão e votação dos projetos de lei. Não há determinação legal de prazo para deliberação dos projetos de lei, sendo questionável o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nas hipóteses em que se constata a demora do Legislativo em apreciar os projetos de lei. É questão bastante controvertida, pois, deve-se considerar que determinados projetos possuem matéria complexa, sendo necessário estudo e análise acurados para que se delibere acerca de sua aprovação. Entretanto, devem-se analisar os casos concretos. Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes obtiveram brilhantemente: “Essas peculiaridades da atividade parlamentar – que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo – não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas; conduta, esta, que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, pode o STF reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.” (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 448). Esta posição, porém, não é adotada pelo STF, que não reconhece a omissão legislativa, se iniciado o processo legislativo.

guardam estreita relação com o paradigma do Estado Social, prevendo atuação estatal futura para a realização de seus fins sociais. Segundo esta teoria, inserem-se aqui os direitos sociais.

Neste ponto, permite-se a inclusão do adicional de penosidade, em conformidade com a teoria clássica de aplicabilidade das normas constitucionais, como norma programática “vinculada ao princípio da legalidade” (SILVA, 2000, p. 147), pois, dependente de lei que a regulamente.

Fundamentados nesta classificação, muitos magistrados e tribunais dene-gam aos trabalhadores o direito ao adicional de penosidade, conforme será visto em tópico próprio. Entretanto, se apresenta urgente a mudança desta interpretação constitucional.

José Afonso da Silva afirma acerca dessas normas que:

Cumpra apenas observar, por fim, que, nesses casos, quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática – desde que, realmente, a lei o tenha feito, pois pode acontecer que a lei é igualmente tão abstrata que, no fundo, não muda nada. Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece. (SILVA, 2000, p. 148)

O próprio autor atribui a tarefa de efetivação das normas contidas no artigo 7º ao juiz, tendo em vista a previsão de melhoria da condição social do trabalhador:

Por exemplo, a Constituição Federal, no art. 7º, assegura aos trabalhadores os direitos ali enumerados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Esta última parte do dispositivo, como já salientamos, é de natureza programática, e, agora, podemos acrescentar que é daquelas que se limitam a indicar certo fim a atingir: a melhoria da condição social do trabalhador. A respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores o legislador ordinário tem ampla discricionariedade, mas, assim mesmo, está condicionado ao fim ali proposto – melhoria da condição social do trabalhador. Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz, sendo de notar que este também goza de discricionariedade no determinar o conteúdo finalístico daquela regra programática, já que a Constituição não deu o sentido do que se deva entender por melhoria da condição social do trabalhador. O juiz a isso poderá chegar mediante interpretação da pauta de valor que lhe oferecem a ordem jurídica e, especialmente, os demais princípios programáticos e fundamentais inscritos na vigente Carta Magna. (SILVA, 2000, p. 159-160)

José Afonso da Silva (2000) enumera como instrumentos de eficácia constitucional dos direitos sociais as seguintes garantias: a) a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prevista no art. 5º, §1º, da CR/1988 (“As normas definidoras

dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988); b) o mandado de injunção, conforme art. 5º, LXXI, CR/1988 (“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988); c) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103, §2º, CR/1988 (“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (BRASIL, 1988); e d) a iniciativa popular, em conformidade com o disposto no art. 61, §2º, da CR/1988 (“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.” (BRASIL, 1988)

A nova teoria constitucional apresenta outra forma de tornar efetivos os direitos sociais. Passa-se ao seu estudo.

2.2. Constitucionalismo Contemporâneo

A conformação com a “impotência” diante da inércia legislativa na regulamentação dos direitos fundamentais inseridos no rol dos direitos sociais é o que diferencia a concepção clássica de aplicação das normas constitucionais da concepção contemporânea. A essa nova forma de se interpretar a efetividade do Direito Constitucional os doutrinadores estão chamando “neconstitucionalismo”.

“Neoconstitucionalismo” é o Direito Constitucional inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, alicerçado no reconhecimento e na defesa da dignidade da pessoa humana, visando à concretização dos direitos fundamentais. Não se vislumbra a necessidade do neologismo, pois, a doutrina Pós-Positivista proporcionou esta mudança filosófica e hermenêutica do Direito Constitucional, mediante a concepção deontológica dos princípios com o reconhecimento da normatividade e constitucionalização destes.

A alteração proposta pelo neoconstitucionalismo não é a na teoria constitucional em si, mas sim, na Hermenêutica Constitucional, o que é proporcionado pela mutação constitucional fundamentada na força normativa da Constituição (HESSE, 1991), a partir da atividade dos seus intérpretes⁵, ganhando relevância, neste particular, a atuação do Judiciário. Nesse prisma, importa analisar de que forma ocorre esta atuação, denominada ativismo judicial.

O “ativismo judicial” possui duas facetas decorrentes da necessidade de observância dos seus limites, uma negativa e outra positiva: a faceta negativa se

⁵ Importante destacar a importância da teoria de Peter Häberle (1997) que reconhece a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, não considerando os magistrados como únicos legitimados às tarefas correlatas à Hermenêutica Constitucional.

mostra como um retorno ao Positivismo, mediante a solução de casos concretos de forma arbitrária, ante à ausência de leis que regulamentem a situação concreta, ignorando-se os direitos fundamentais.⁶

Entretanto, o ativismo judicial possui sua faceta positiva, mediante a concretização de direitos fundamentais, através da solução dos chamados “*hard cases*” (DWORKIN, 2002), quais sejam, aqueles casos em que há colisão de princípios e a situação concreta é desprovida de texto legal específico. Nessas situações, compete ao Judiciário, mediante a aplicação dos princípios, a solução da situação concreta.

A relevância do Direito Constitucional contemporâneo (como visto, denominado Neoconstitucionalismo) para a solução desses casos é inegável. Neste ponto reside a necessidade de um novo pensar acerca da teoria de aplicabilidade das normas constitucionais.

Salienta-se o caráter precursor da teoria elaborada por Luís Roberto Barroso por adotar, na década de 1980, uma postura radical quanto à efetividade das normas constitucionais, assim a conceituando:

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (BARROSO, 2011, p. 243)

Luís Roberto Barroso enumera como pressupostos para a efetividade da Constituição os seguintes: senso de realidade, boa técnica legislativa, vontade política e o exercício da cidadania (BARROSO, 2011, p. 244). Estes dois últimos pressupostos possuem extrema importância para a doutrina publicista que analisa a eficiência da atuação do Poder Público, bem como o direito à participação.

Conjuntamente, tais pressupostos implicam a seguinte conclusão: à sociedade compete exigir e fiscalizar a atuação estatal; ao Estado é imperativa a resposta aos anseios sociais. A prática reiterada da consciência política atenuará a linha divisória existente entre o Estado e a sociedade, mediante o reconhecimento pelos cidadãos da sua importância diretiva do Poder Público. Somente com essa mudança de mentalidade, ou seja, através de uma profunda alteração cultural política brasileira é que se conseguirá o desempenho ótimo da Administração

⁶ Sobre os limites da mutação constitucional disserta Marcelo Casseb Continentino: “O objetivo geral é evitar aquela situação, retradada por Hsü Dau-Lin, em que os juízes norte-americanos, durante a guerra civil, foram tão longe na interpretação da cláusula sobre o direito de guerra e consequente restrição de direitos fundamentais, que praticamente suspenderam a eficácia da Constituição, conduzindo-se numa prática de difícil justificação sobre os próprios limites da ação. Não por outro motivo, vem de longa data a preocupação sobre como a interpretação conforme a Constituição pode representar um sutil instrumento às mãos do Poder Judiciário para implementar mudanças legislativas e, pior, desvirtuar a própria vontade do povo e dos seus representantes”. (CONTINENTINO, 2009, p. LIII)

Pública e a possibilidade de se extinguir institutos administrativos negativos, tais como, improbidade administrativa, corrupção, patrimonialismo e nepotismo.

A consciência de que inexiste separação entre Estado e sociedade e que o Estado “somos nós” é a única solução possível para a modificação da política brasileira, o que somente ocorrerá quando se abandonar a letargia democrática e a falsa ideia de que a única arma de cidadania possível é o voto.

Atualmente, participação e eficiência figuram de forma tímida no imaginário popular, mas se apresentam muito difundidas no Judiciário sob a forma de ações judiciais que visam à concretude dos preceitos constitucionais. Destaca-se aqui a judicialização da saúde, as ações que visaram à discussão das ações afirmativas no âmbito da Educação⁷; o debate acerca do direito à moradia; constitucionalização do Direito Civil mediante o reconhecimento de novas formas de composição familiar⁸, dentre outras.

Sob esta óptica, pretende-se estudar o direito constitucional ao recebimento de adicional pelo exercício de atividades penosas.

3. ADICIONAL DE PENOSIDADE

A produção doutrinária acerca do adicional de penosidade é escassa. Os doutrinadores trabalhistas o citam, limitando-se a reconhecer a ausência de sua regulação⁹. A doutrina constitucional raramente o menciona, limitando-se a tratar de forma genérica sobre a efetivação dos direitos sociais.

Diante dessa carência doutrinária e considerando a importância da discussão, este artigo abordará, de forma pormenorizada, os seguintes aspectos do adicional de penosidade: conceito, previsão normativa e análise jurisprudencial.

3.1. Conceito e Previsão Normativa

A Constituição da República de 1988 dispõe no artigo 7º, XXIII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. (BRASIL, 1988)

⁷ Estas ações (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e o Recurso Extraordinário nº 597.285) foram objeto de acurado estudo por esta autora na obra *O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação* (LOBO, 2013).

⁸ Destaca-se o Recurso Extraordinário nº 477.554, em que o STF reconheceu às uniões homoafetivas o caráter de instituição familiar.

⁹ A título de exemplo: Sérgio Pinto Martins (2012)

A conceituação das atividades penosas é tarefa difícil, pois deve considerar o contexto em que o trabalho está envolvido. Alguns doutrinadores elaboram definições.

Alexandre Belmonte afirma que:

Em relação às atividades penosas, a norma revela-se de eficácia limitada, porquanto dependente de regulamentação legal específica, ainda inexistente. Há, por conseguinte, dissenso doutrinário acerca das atividades que se incluiriam na tipificação penosa, mas há consenso de que as atividades que demandam esforço físico, postura incômoda, alternância de horários, confinamento e isolamento, captura e sacrifício de animais são de natureza penosa, nada impedindo assim a respectiva inserção em acordos ou convenções coletivas para fins de tratamento diferenciado. (BELMONTE, 2009, p. 422)

Sérgio Pinto Martins (2012, p. 682) conceitua as atividades penosas como aquelas que acarretam “um desgaste maior do que o normal” à integridade física dos trabalhadores.

As atividades insalubres e perigosas estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que, no artigo 192, atribui ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para adoção das normas reguladoras do exercício destas atividades.

As atividades insalubres são remuneradas com adicionais de 10, 20 ou 40% do salário-mínimo da região¹⁰, de acordo com o grau de exposição do agente, mínimo, médio ou máximo, respectivamente. Os agentes de insalubridade estão previstos na Portaria nº 3.214/78 (BRASIL, 1978), na Norma Regulamentadora (NR) – 15, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

São atividades insalubres as atividades que exponham os trabalhadores ao desgaste da sua saúde, notadamente, pela exposição aos seguintes agentes, conforme padrões de tempo e outros fatores de medida, por exemplo, nível de ruído, temperatura, pressão, profundidade: ruído contínuo ou intermitente, calor, radiações ionizantes, trabalhos em condições hiperbáricas (ou seja, nos quais há

¹⁰ Questão extremamente controversa da atualidade diz respeito à base de cálculo do adicional de insalubridade, em face da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no art. 7º, IV, da CR/1988. Diante da existência de várias decisões judiciais dissidentes quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, ora aplicando o salário-mínimo, ora aplicando o salário básico, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 4 no seguinte sentido: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” (BRASIL, 2008). Em virtude da edição desta súmula vinculante, o Tribunal Superior do Trabalho retificou a Súmula 228, estabelecendo: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.”. (BRASIL, 2012). Sendo assim, até que seja devidamente regulado por ato normativo, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário básico do trabalhador, exceto se existente norma coletiva mais benéfica.

alteração da pressão atmosférica), radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos, poeiras, agentes biológicos.

As atividades perigosas são aquelas que expõem os trabalhadores, ainda que de forma intermitente, ao risco de morrer. Tais atividades são remuneradas com adicional de 30% sobre o salário, conforme artigo 193 da CLT (BRASIL, 1943). Inicialmente, a CLT somente previa como atividades e operações perigosas aquelas que envolviam explosivos e inflamáveis. A Lei 7.369/85 (BRASIL, 1985) também reconheceu o direito ao adicional de periculosidade pelo exercício de atividade no setor de energia elétrica.

Recentemente, a Lei nº 12.740/2012 (BRASIL, 2012) acrescentou ao artigo 193 da CLT como atividades perigosas aquelas que envolvam roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Dessa forma, tem-se que as atividades insalubres e perigosas são aquelas que envolvem gradual ou abruptamente riscos à saúde física dos trabalhadores.

Entretanto, diante da evolução da Psicologia e Psiquiatria, tem-se que o trabalho é uma das principais fontes de desenvolvimento de enfermidades mentais, sendo premente a preocupação com a saúde psicológica dos trabalhadores.

Há atividades que expõem os trabalhadores a consideráveis agentes de estresse, por exemplo, o trânsito, a altura, o contato com cadáveres, mau cheiro, pressão para o desempenho de tarefas, isolamento, digitação constante, dentre outros¹¹. O desempenho contínuo dessas atividades acarreta o adoecimento profissional.

O Ministério da Saúde do Brasil e a Organização Pan-americana de Saúde no Brasil elaborou o Manual de Procedimentos para os Serviços de Saúde no qual listou as doenças mentais relacionadas ao trabalho que acarretam a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez por transtornos mentais crônicos.

As alterações fisiológicas se apresentam sob a forma de tensão, estafa, distúrbios do sono, podendo evoluir para psicopatologias mais graves, tais como

¹¹ O TRT da 15ª Região possui inúmeras decisões em que considera o caráter penoso do serviço de corte de cana proferidas pelo Juiz Relator Fabio Allegretti Cooper. As decisões demonstram a sensibilidade dos magistrados com a situação vivenciada pelos trabalhadores rurícolas. *In verbis*, a decisão proferida no RO nº 0000828-36.2010.5.15.0120: RURÍCOLA – CORTE DE CANA – SERVIÇO ESTAFANTE E PENOSO – AMPLIAÇÃO DE JORNADA – PAGAMENTO DO VALOR HORA E ADICIONAL – PERTINÊNCIA. É fato incontroverso que o reclamante trabalhava no corte de cana de açúcar, **serviço penoso** que exige grande esforço físico, destreza no manejo do facão, movimentação corporal intensa, para abraçar o feixe de cana, inclinação para golpes certos com emprego de força suficiente para cortá-la rente ao chão. Em seguida abraça o fecho de cana para lançá-la no meio do eito, exigindo grande mobilidade durante toda a jornada, porque o eito normalmente é de cinco ruas, além de trabalhar sob sol intenso, como em dias de chuva que, na cana queimada, deixa-o impregnando de carvão. O preço do serviço é por metro ou tonelada, cuja remuneração é baixa, exigindo grande produção diária, inclusive com ampliação de jornada, para que no final da semana, quinzena ou mês se obtenha uma remuneração um pouco melhor. **Todo este esforço é responsável por fadiga e estafa física, tendo levado considerável número de trabalhadores à morte por exaustão.** É natural que ao final da jornada normal, o trabalhador já extenuado fisicamente, produz menos. No período de tempo de ampliação da jornada a produção será menor ainda, se comparada ao período em que estava fisicamente mais disposto. Neste contexto, remunerar o excesso à jornada normal apenas com o adicional não é justo nem razoável. Daí porque, tem-se que é devido que se pague a hora e o adicional. Recurso Ordinário do reclamante a que se dá provimento. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

depressão, síndrome do pânico, *burn out* (síndrome do esgotamento profissional) e síndromes pós-traumáticas¹² (BRASIL, 2001).

Assim, tem-se que a penosidade envolve o desenvolvimento de atividades que colocam em risco a saúde mental dos trabalhadores, o que, acarreta também o adoecimento físico, em virtude da psicossomatização. Por exemplo, o alcoolismo, segundo o estudo do Ministério da Saúde (BRASIL, 2001, p. 175) tem sido observado prevalentemente em algumas profissões que envolvem o desprestígio ou rejeição social (tais como lixeiros e coveiros), grandes níveis de tensão frente à violência, monotonia e/ou afastamento do lar.

Episódios depressivos, por seu turno, são recorrentes nos trabalhadores que desempenham as seguintes atividades: “digitadores, operadores de computadores, datilógrafas” (BRASIL, 2001, p. 178), dentre outras.

Estados de estresse são presentes em atividades desenvolvidas por trabalhadores que tem sob sua responsabilidade vidas humanas, por exemplo, responsáveis por transporte aéreo, bombeiros, médicos, enfermeiros, etc. O ritmo de trabalho acelerado, alterações constantes da jornada de trabalho, bem como sua extrapolação e desrespeito aos intervalos para refeição e descanso acarretam a neurastenia¹³ (BRASIL, 2001, p. 184).

Assim como as atividades insalubres, será necessária avaliação técnica específica para que se verifiquem diversos graus de penosidade, de acordo com a ocupação do trabalhador e a exposição ao agente penoso.

Considerando-se a existência de estudos classificatórios de doenças ocupacionais que afetam a saúde psicológica dos trabalhadores e o inegável desgaste mental que elas acarretam, é possível que o Legislativo regule as atividades penosas, se apresentando como desarrazada a sua inércia. Diante desse quadro visa-se a verificar a aplicação prática do adicional de penosidade, apesar da omissão legislativa.

¹² Acerca dessas doenças há vasto estudo visando à sua caracterização para viabilizar a realização de diagnósticos: “Contextos de trabalho particulares têm sido associados a quadros psicopatológicos específicos, aos quais são atribuídas terminologias específicas. Seligmann-Silva propõe uma caracterização para alguns casos clínicos já observados. Um exemplo é o burn-out, síndrome caracterizada por exaustão emocional, despersonalização e autodepreciação. Inicialmente relacionada a profissões ligadas à prestação de cuidados e assistência a pessoas, especialmente em situações economicamente críticas e de carência, a denominação vem sendo estendida a outras profissões que envolvem alto investimento afetivo e pessoal, em que o trabalho tem como objeto problemas humanos de alta complexidade e determinação fora do alcance do trabalhador, como dor, sofrimento, injustiça, miséria (Seligmann-Silva, 1995). Outro exemplo são as síndromes pós-traumáticas que se referem a vivências de situações traumáticas no ambiente de trabalho, nos últimos tempos cada vez mais frequentes, como, por exemplo, o grande número de assaltos a agências bancárias com reféns.” (BRASIL, 2001, p. 162).

¹³ O Ministério da Saúde (2001, p. 184) assim define a neurastenia: “A característica mais marcante da síndrome de fadiga relacionada ao trabalho é a presença de fadiga constante, acumulada ao longo de meses ou anos em situações de trabalho em que não há oportunidade de se obter descanso necessário e suficiente. A fadiga é referida pelo paciente como sendo constante, como acordar cansado, simultaneamente física e mentalmente, caracterizando uma fadiga geral. Outras manifestações importantes são: má qualidade do sono, dificuldade de aprofundar o sono, despertares frequentes durante a noite, especificamente insônia inicial, dificuldade para adormecer ou “a cabeça não consegue desligar”, irritabilidade ou falta de paciência e desânimo. Outros sintomas que podem fazer parte da síndrome são: dores de cabeça, dores musculares (geralmente nos músculos mais utilizados no trabalho), perda do apetite e mal-estar geral. Trata-se, em geral, de um quadro crônico.”

3.2. Omissão Infraconstitucional e Regulação do Adicional de Penosidade

Há um número considerável de trabalhadores brasileiros que se veem tolhidos do recebimento do adicional de penosidade, diante da ausência de sua regulação. Entretanto, algumas categorias de trabalhadores encontram respaldo para a concessão do adicional de penosidade nos Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletivas de Trabalho.

Por exemplo, no Dissídio Coletivo de Greve nº 5761-36.2013.5.00.0000 (BRASIL, 2013) ajuizado pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS e outras em desfavor da Federação Nacional dos Urbanitários da CUT – FNU-CUT e outras federações e sindicatos foi celebrado acordo, válido de maio de 2013 a abril de 2015, para estipular as condições de trabalho das diversas categorias dos profissionais que atuam no setor de produção e distribuição de energia elétrica. Na cláusula vigésima oitava do mencionado acordo consta a previsão da concessão do adicional de penosidade para todos os empregados que trabalhem em regime de turnos de revezamento, *in verbis*:

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA – ADICIONAL DE PENOSIDADE

As empresas signatárias deste Acordo concordam com a concessão do Adicional de Penosidade (turnos de revezamento) para todos os empregados que efetivamente estejam em regime ininterrupto de turnos de revezamento, pelo percentual de 7,5% (sete e meio por cento) calculado sobre o salário-base, acrescido do Adicional por Tempo de Serviço (ATS). (BRASIL, 2013)

Alguns projetos de lei foram apresentados, sendo relevante o de número 7.083/2002, apresentado pelo Deputado Paulo Paim, que visa à disciplinar a jornada de trabalho e conceder adicional de penosidade aos motoristas e cobradores de transportes coletivos urbanos. Neste projeto há a conceituação das atividades penosas, bem como a fixação de adicional correspondente a, no mínimo, 30% do salário efetivamente percebido. Aduz o artigo 3º do projeto:

Art. 3º O exercício das atividades objeto desta lei assegura a percepção de adicional de penosidade correspondente a, no mínimo, 30% (trinta por cento) do salário efetivamente percebido.

Parágrafo único. Atividades penosas são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem os empregados a condições de estresse e sofrimento físico e mental. (BRASIL, 2002a)

Foi apresentado também o Projeto de Lei nº 7.097/2002, que visa à instituição do Código Brasileiro de Segurança e Saúde no Trabalho, que contém em seu

artigo 29 a seguinte previsão: “Artigo 29 - Serão consideradas atividades penosas as operações que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho produzam situações antiergonômicas acentuadas aos trabalhadores, a serem definidas pelo CONSEST.” (BRASIL, 2002b).

Dentre os projetos de lei que visam à disciplinar o adicional de penosidade, merece destaque também o de nº 4.243/2008, apresentado pelo Deputado Maurício Rands, que propõe a alteração da CLT, com a inserção do artigo 196-A, conceituando as atividades penosas e conferindo ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para aprovar o quadro destas atividades.

O adicional previsto no mencionado projeto de lei é de 25% sobre a remuneração do empregado. Somente no que tange à base de cálculo do adicional de penosidade nos parece equivocado o projeto de lei, que estabelece:

Art. 196-A. Considera-se penoso o trabalho exercido em condições que exijam do trabalhador esforço físico, mental ou emocional superior ao despendido normalmente, nas mesmas circunstâncias, ou que, pela postura ou atitude exigida para seu desempenho, sejam prejudiciais à saúde física, mental e emocional do trabalhador.

§ 1º - O trabalho em atividades penosas ensejará a percepção do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a **remuneração do empregado**, observado o disposto nos artigos 457 e 458 do Estatuto Consolidado, independentemente de receber ou fazer jus a outros adicionais. (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Entende-se aqui como correta a incidência do adicional sobre o salário base, e não sobre a remuneração, pois, se afigura como excessiva e desproporcional, em desconformidade com a legislação e *práxis* trabalhista, pois, configuraria *bis in idem*¹⁴.

Quanto aos servidores públicos civis da União, há na Lei nº 8.112/1990 (BRASIL, 1990) a previsão do adicional de penosidade, também pendente de regulação futura, conforme disposto no art. 71: O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Entretanto, a regulamentação também não ocorreu de maneira geral¹⁵, não há previsão, por exemplo, da aplicação aos servidores do Poder Judiciário, pois,

¹⁴ “A integração de qualquer adicional ou gratificação no salário básico ou normal acarretaria, absurdamente, um *bis in idem*, já que a prestação suplementar passaria a incidir sobre a soma daquele salário com o adicional ou gratificação a ele incorporado. Por isso mesmo a jurisprudência trabalhista se tornou tranquila a respeito.” (SÜSSEKIND, 2003, p.352)

¹⁵ A ausência de regulação do artigo 71 da Lei nº 8.112/1990 ensejou a propositura do Mandado de Injunção 5.974-DF, decidido em dezembro de 2013 (BRASIL, 2013). A impetrante é servidora pública federal, ocupante do cargo de professora na UNIPAMPA, lotada na cidade de Jaguarão, fronteira com o Uruguai. Por não receber o adicional de penosidade, a autora impetrou mandado de injunção alegando omissão legislativa. Contudo, o STF não conheceu da ação, ao fundamento de que não há previsão consti-

somente o Ministério Público da União, por meio da expedição pela Procuradoria Geral da República das Portarias nº 633 e 654, regulamentou a concessão do adicional de penosidade, no âmbito do serviço público federal¹⁶¹⁷.

Outros projetos de lei versam sobre a matéria¹⁸, porém, todos estão pendentes de votação, configurando-se a *inertia deliberandi*, acima estudada. Entende-se ser esta omissão inconstitucional dada a natureza fundamental do direito à saúde dos trabalhadores, entretanto, esta não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3.3 Consequências da Omissão Legislativa Quanto ao Adicional de Penosidade na Jurisprudência

A omissão legislativa quanto ao adicional de penosidade acarreta, no plano fático, a ocorrência de casos difíceis em que se constata a colisão entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção ao trabalhador, competindo ao Judiciário analisar qual o princípio aplicável à situação concreta.

Entretanto, a maioria das decisões judiciais que envolvem a análise do direito ao recebimento do adicional de penosidade se mostram ainda presas à teoria clássica de aplicabilidade das normas constitucionais. Vejamos.

A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no agravo de instrumento de recurso de revista (AIRR) de nº 799-04.2010.5.01.0531, negou provimento ao pedido de condenação da ré ao pagamento do adicional de penosidade, ante a ausência de amparo legal e convencional: “ADICIONAL DE PENOSIDADE. O art. 7º, XIII, da Constituição Federal, no que tange ao adicional de penosidade, ostenta eficácia limitada, não oferecendo garantia ao seu recebimento enquanto não editada a legislação infraconstitucional.” (BRASIL, 2013).

Muito embora a maioria das decisões judiciais ainda se inclinem à teoria constitucional ultrapassada de aplicabilidade das normas constitucionais e denequem a concessão do adicional de penosidade, de forma precursora, magistrados vem aplicando a teoria constitucional contemporânea em seus julgados e julgando a procedência do pedido de pagamento do adicional. Passa-se à análise.

tucional do pagamento do adicional de penosidade aos servidores públicos, pois, no art. 39, §3º, da CF/1988, não há a inclusão do inciso XXIII do artigo 7º.

¹⁶ O Ministério Público da União, por meio do artigo 1º, §2º, da Portaria PGR/MPU nº 633, de 10 de dezembro de 2010, com a redação dada pela Portaria PGR/MPU nº 654, de 30 de outubro de 2012, regulamenta as zonas de fronteira e áreas cujo desempenho do trabalho ensejam o pagamento do adicional de penosidade: §2º Consideram-se localidades cujas condições de vida justifiquem a percepção do Adicional de Atividade Penosa aquelas situadas na faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, bem como aquelas localizadas na Amazônia Legal e no Semiárido Nordeste que tenham população inferior a trezentos mil habitantes, conforme dados do IBGE, e, ainda, as unidades situadas nos Estados do Acre, do Amapá, de Roraima e de Rondônia. (BRASIL, 2012).

¹⁷ Na ação coletiva nº 0053764-61.2013.4.01.3400, ajuizada na Seção Judiciária do Distrito Federal, os servidores da Subseção Judiciária de Jequié, por meio do Sindjufe-BA, conseguiram, em sede de tutela antecipada, a determinação de aplicação analógica ao Poder Judiciário das Portarias nº 633 e 654 do MPU, com percentual do adicional de penosidade fixado em 20% sobre o vencimento básico.

¹⁸ São eles: Projeto de Lei nº 1.015/1988 e Projeto de Lei nº 774/2011.

4. O ADICIONAL DE PENOSIDADE SOB A ÓTICA DA NOVA TEORIA DE APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A ausência de produção legislativa para regulação do adicional de penosidade, como visto, é inconstitucional e extremamente danosa aos trabalhadores. Diante deste fato, é necessário que o Judiciário aplique a teoria constitucional contemporânea de efetivação dos direitos fundamentais para que os trabalhadores não se vejam prejudicados e/ou desamparados pelo desrespeito ao seu direito à saúde.

O ativismo judicial, neste particular, se apresenta de forma positiva, diante da exigibilidade de eficácia dos direitos fundamentais. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista* e voltadas para a fundamentalidade *material* da norma. Entre nós – talvez diferentemente do que se passou em outras partes –, foi a partir do novo patamar criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2011, p. 248)

Assim, é possível ao magistrado tornar efetivos os direitos sociais, a partir da aplicação das normas constitucionais que os estabelecem, ainda que não exista norma infraconstitucional que regule a situação concreta que se lhe apresenta.

Nesse diapasão, no que tange à aplicação judicial do adicional de penosidade, o juiz do trabalho José Marlon de Freitas relator do Recurso Ordinário (RO) nº 0000186-98.2012.5.03.0129 aplicou a teoria constitucional contemporânea de aplicabilidade das normas constitucionais e reconheceu o direito de um empregado da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG ao recebimento do adicional de penosidade, apesar da alegação pela ré de que o adicional não seria devido, diante da ausência de previsão legal do pagamento da referida verba. Reproduz-se abaixo a ementa do acórdão:

EMENTA: ADICIONAL DE PENOSIDADE. DIREITO SUBJETIVO ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. EFETIVIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. A novel doutrina constitucionalista, em evolução pós-positivista da acepção dos direitos subjetivos protegidos constitucionalmente, reconhece a possibilidade de efetivação pelo Judiciário dos direitos subjetivos reconhecidos na Constituição da República. Ante a ausência de regulamentação

legal do adicional de penosidade, e, estando o referido adicional previsto em norma coletiva, faz jus o trabalhador ao seu recebimento, pois comprovado o trabalho em condições penosas, tal como considerado na previsão normativa. (BRASIL, 2013)

Esta decisão se apresenta em total consonância com a ideia de efetividade dos direitos fundamentais e normatividade mediante aplicação imediata das normas constitucionais que os preveem apresentada pelo constitucionalismo contemporâneo. Importante ideia exposta por Clèmerson Merlin Clève acerca do direito contemporâneo:

Ora, a transformação da história opera-se pela própria história, ou seja, no plano concreto, no nível das relações de forças que dinamizam o tecido social, constituindo a própria materialidade do direito. Daí a necessidade de um saber que conheça o direito como ele é, como se apresenta em sua histórica concreção, para modificá-lo historicamente. As reconstruções ontológicas, neste caso, acompanharão as mutações históricas, e não o inverso. (CLÈVE, 2011, p. 144)

Dessa forma, o magistrado exerce a atividade jurisdicional em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, não reduzindo a sua atuação como intérprete à prática de ser tão somente *la bouche de la loi*, conforme ocorria no paradigma do Estado Liberal, em que imperava a atividade do legislador em detrimento à atuação das demais funções estatais.

Os intérpretes constitucionais, destacando-se aqui as centrais sindicais, os advogados, juristas e os magistrados, devem se incumbir da tarefa de concretizar o direito ao adicional de penosidade. Na óptica da Teoria Constitucional contemporânea, independentemente da regulação do adicional de penosidade pelo Legislativo, sua efetividade deve ocorrer, enquanto direito fundamental, sem que isso represente ofensa ao princípio da tripartição de poderes. A omissão legislativa é inconstitucional, a efetivação do direito fundamental por seus intérpretes, não.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a alteração no Direito Constitucional contemporâneo relativamente à teoria de aplicabilidade das normas constitucionais, verificando a doutrina clássica de José Afonso da Silva e a obra de Luís Roberto Barroso, reconhecido como autor nacional que inaugurou o “Neoconstitucionalismo” nacional.

A diferença que se observa entre as duas teorias diz respeito à efetivação das normas constitucionais, mediante o reconhecimento de total normatividade e aplicabilidade das normas que expressam direitos fundamentais pela doutrina constitucional contemporânea.

Dessa forma é negado o caráter programático das normas que estabelecem os direitos sociais, pois, integrantes dos direitos fundamentais, se apresentando como lesivo aos indivíduos a negativa à fruição desses direitos, bem como a ausência e a letargia legislativa em viabilizar sua proteção.

Diante da constatada omissão por parte do Legislativo em tornar efetivos os direitos sociais por meio da elaboração das normas infraconstitucionais que o regulem, atribui-se esta tarefa aos demais intérpretes da Constituição, por meio dos instrumentos que são colocados à sua disposição para tanto, quais sejam: mandado de injunção, iniciativa popular e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Judiciário se destaca para a efetivação dos pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito, ganhando relevância a sua atuação, em uma tarefa de ativismo judicial, observados os limites de sua competência para que não se configure a sua atuação como abuso de poder. O magistrado rompe, portanto, com a simples tarefa de dizer o direito e se torna peça fundamental para a efetividade dos direitos fundamentais mediante a concreção das disposições constitucionais.

Nesse prisma, verifica-se a importância da atuação judicial para efetivação do direito ao adicional pelo exercício de atividades penosas. Atividades penosas são aquelas que sujeitam os trabalhadores a um desgaste físico e mental excessivo, podendo acarretar doenças ocupacionais comprometedoras da saúde mental, tais como fadiga, estafa, estresse, depressão, etc. Embora exista a previsão deste direito no art. 7º, XXIII, da CR/1988, o mesmo não foi regulado por legislação infraconstitucional, diferentemente dos adicionais de insalubridade e periculosidade, previstos na CLT e em outras normas oriundas do Legislativo e do Executivo.

Assim, milhões de trabalhadores brasileiros que exercem suas atividades expostos a agentes penosos se veem tolhidos do recebimento de adicional em virtude deste exercício por essa inércia legislativa.

Não obstante a possibilidade de responsabilização do Legislativo por esta omissão, busca-se uma forma de garantir a esses trabalhadores o recebimento do seu direito, o que se faz possível sob a óptica da nova teoria constitucional que é radical no sentido de concretização dos direitos fundamentais.

Espera-se que o Legislativo atue no sentido de viabilizar aos trabalhadores o recebimento de seu direito, mas, até que isso seja feito, não se pode retirar dos intérpretes da Constituição, sobretudo do Judiciário, a possibilidade de torná-lo efetivo, pois, decorrente o adicional de penosidade do princípio da proteção sendo direito fundamental do trabalhador o cuidado com a sua saúde e o direito à justa indenização, quando da ocorrência de dano.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELMONTE, Alexandre. Artigos 7º ao 11. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 389-466.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 1.015/1988**. Dispõe sobre o adicional de remuneração para as atividades penosas. Dep. Paulo Paim. 1988. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16143>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 7.083/2002**. Disciplina a jornada de trabalho e concede adicional de penosidade, aposentadoria especial e seguro obrigatório aos motoristas e cobradores de transportes coletivos urbanos. Dep. Paulo Paim. 2002a. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=145C7855185CDF34BFBE3A58259E7DA8.node2?codteor=76126&filename=PL+7083/2002>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 7.097/2002**. Institui o Código Brasileiro de Segurança e Saúde no Trabalho. Dep. Arnaldo Faria de Sá. 2002b. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=76493&filename=PL+7097/2002>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 4.243/2008**. Acrescenta dispositivos à CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre atividades penosas, adicional de penosidade e dá outras providências. Dep. Maurício Rands. 2008. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=610922&filename=PL+4243/2008>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 774/2011**. Institui o adicional de penosidade para os trabalhadores que prestam suas atividades em condições penosas. Dep. Dr. Aluizio. 2011. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495466>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Ministério Público da União. Procuradoria Geral da República. **Portaria nº 654, de 30 de outubro de 2012**. Brasília: PGR, 2012. Disponível em: < <http://www.anajustra.org.br/arquivos/AtividadePenosa.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde do Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. **Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde** / Ministério da Saúde do Brasil, Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil; organizado por Elizabeth Costa Dias ; colaboradores Idelberto Muniz Almeida et al. - Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/02_0388_M1.pdf#page=162&zoom=auto,0,613>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214 de 08 de junho de 1978**. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 06 jul. 1978. Disponível em: < http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BE96DD3225597/p_19780608_3214.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto - Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985**. Institui salário adicional para os empregados no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7369.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm >. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.740, de 08 de dezembro de 2012**. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12740.htm#art3>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Publicada em 03 maio 2012. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2251887>>. Acesso em: 27 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Mandado de Injunção nº 5.974/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Publicada em 03 dez. 2013. 2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4478601>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário nº 477.554/MG**. Rel. Min. Celso de Mello. Publicada em 26.08.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2376061>>. Acesso em: 27 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 597.285**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>>. Acesso em: 27 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual Recurso Extraordinário 603583**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603583&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 04**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO nº 0000186-98.2012.5.03.0129**. Rel. Juiz Convocado José Marlon de Freitas. DEJT, 07 jun. 2013, p. 244. Disponível em: < <https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm?jsessionid=8BA64AE8AF79A549B4C260DE36601CC0>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **RO nº 0000828-36.2010.5.15.0120**. Rel. Fábio Allegretti Cooper. 18 abr. 2013. Disponível em: < http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1333818>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº 799-04.2010.5.01.0531**. Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Diário de Justiça, Brasília, 17 mai. 2013. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23270644/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-7990420105010531-799-0420105010531-tst>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Dissídio Coletivo de Greve (DC) nº 5761-36.2013.5.00.0000**. Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado. Diário de Justiça, Brasília, 16 ago. 2013. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/10157/8c414470-27ce-43b6-b683-53ab1950a8aa>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 228**. Adicional de Insalubridade. Base de Cálculo. Diário de Justiça, Brasília, 08, 09 e 10 jul. 2008.

Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228>. Acesso em: 20 dez. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Mutação constitucional. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários   Constituic o Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. XLIII-LV.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

H BERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos  nterpretes da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Ant nio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabriis, 1991.

LOBO, Bárbara Natália Lages Lobo; PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares; GOMES, Isabela Monteiro. Reflexões acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. **Esfera Jurídica**, v. 2, p. 30-54, 2008.

LOBO, Bárbara Natália Lages Lobo. **O Direito   Igualdade na Constituição Brasileira**: Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

S SSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

CAPÍTULO 10

A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS FRENTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Jaqueline Morandini¹
Fernanda Gnoatto²

1. INTRODUÇÃO

A efetividade da tutela antecipada nas ações que visam a garantir o direito à saúde é a essência deste trabalho. Inicialmente, traça-se um conceito acerca da tutela antecipada, abordando-se a premência da análise do pedido antecipatório, o perigo da demora, almejando proteger o bem jurídico que se encontra em risco iminente. Além disso, menciona-se a reparação do dano causado por quem agiu demasiadamente e de forma censurável, causando prejuízo a outrem. Em razão disso, há necessidade de analisar-se, com precisão, os pedidos apresentados pelas partes em juízo, uma vez que há o perigo da irreversibilidade da tutela deferida.

A saúde é direito fundamental, extremamente essencial. A vida do ser humano é o liame do Direito Constitucional e, por isso, o direito à saúde está entrelaçado a todas as dimensões dos direitos fundamentais, além de ser considerado uma cláusula pétrea. Nesse sentido, defende-se que o mínimo existencial e a reserva do possível demandam a aplicação do princípio da proporcionalidade em eventuais conflitos de direitos.

Em outro momento, o presente artigo ocupa-se da adversidade da efetividade da tutela antecipada, abordando, em especial: (i) os problemas da efetividade do direito à saúde na sociedade; (ii) o aumento gradativo de ações cujo objeto é o pedido de fornecimento de medicamentos no sistema judiciário, revelando-se como um dilema em todo o território brasileiro; (iii) a morosidade na resolução

¹ Advogada, mestra em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz, professora extensionista da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS.

² Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS.

das questões judiciais, dando ênfase à duração razoável do processo; (iv) a ausência de políticas governamentais no que diz respeito à efetivação do direito à saúde; e (v) a realidade das pessoas que se encontram na situação de enfermidade, com o sofrimento em razão do tempo necessário ao cumprimento das medidas requeridas judicialmente.

Por fim, demonstra-se o reflexo das decisões judiciais na sociedade, com o escopo de aprimorar a efetividade das decisões concedidas a título de tutela antecipada nos casos concretos, tendo a análise da jurisprudência como método de pesquisa. Como marco teórico, embasar-se-á no princípio da dignidade da pessoa humana. E, por meio do método dedutivo, buscar-se-á solucionar as adversidades da efetividade da tutela antecipada.

2. A TUTELA ANTECIPADA

Ab initio, é importante mencionar que a preocupação com a saúde humana teve origem a partir da própria existência do ser humano, que começou a vivenciar as pragas próprias de cada época de sua história. Schwartz e Gloeckner (2003, p. 34) mencionam que, como primeira grande epidemia, “[...] a lepra, sinônimo de morte iminente, é ilustrada por diversos livros bíblicos [...]”.

Hoje, com a complexidade da vida moderna surgem problemas também de grande complexidade. Nesse contexto, a demora na resolução do litígio judicial e a necessidade de salvaguardar o bem jurídico “vida”, diante da premência que se apresenta nos casos concretos, levou à necessidade de prever a possibilidade de deferimento da tutela antecipada no Código de Processo Civil. Tal previsão tem natureza de direito objetivo, cuja finalidade é antecipar os efeitos de uma decisão futura, podendo ser revogada e modificada pelo magistrado, durante a tramitação processual.

Contudo, constata-se que não existe dispositivo legal que mencione prazo para que se possa postular a antecipação de tutela. Nessa linha de raciocínio, Bueno (2011, p. 51) elucida que “A falta de previsão de um prazo específico para o fim aqui discutido não quer, contudo, significar que não existam momentos procedimentais mais propícios à formulação do pedido de antecipação de tutela”.

Em princípio, a parte em uma relação jurídica que se veja na iminência de sofrer um dano irreparável pode postular esse remédio jurídico a qualquer tempo, reunindo documentos comprobatórios de sua situação fática para convencer o juiz acerca da verossimilhança da pretensão postulada. Porém, a demora na resolução do litígio, uma vez iniciado o processo, pode causar angústia à parte, eis que a sua pretensão não está ainda satisfeita. Diante dessa percepção, Arenhart e Marinoni (2001, p. 211) afirmam que “A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo-se em verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo [...]”.

O deferimento ou o indeferimento da tutela antecipatória produz efeitos jurídicos e, portanto, a parte insatisfeita com a decisão interlocutória que apreciou o pedido de antecipação de tutela poderá interpor o recurso de agravo de instrumento com o objetivo de modificar a decisão do juízo *a quo*.

A existência de verossimilhança da alegação, presente nos documentos comprobatórios, e o perigo de dano ao bem jurídico tutelado devem conduzir à concessão do pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte*, tendo em vista o *periculum in mora*, pois preenchem os requisitos do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil. Fica evidente, nessas situações, que o indeferimento causará danos irreparáveis à parte.

Nesse sentido, colaciona-se um exemplo ilustrativo no qual se faz

[...] pedido para que o réu seja obrigado a realizar (custear) tratamento quimioterápico a que necessita se submeter paciente acometido pelo câncer: o fato de não ser deferida antecipação de tutela em favor do autor determina a não – realização do tratamento, possivelmente causando a morte do paciente, com o perecimento do maior bem tutelado pelo direito enquanto ciência (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 27).

A esse respeito, deve-se mencionar que o câncer ainda é uma doença incurável. Os pesquisadores da ciência médica não encontraram uma solução definitiva para esse mal. Todavia, existem procedimentos para prevenir e para remediar os efeitos da doença no organismo humano. O juiz, ao analisar o pedido, deve interpretar a situação fática e, na medida do possível, projetar o sofrimento pelo qual está passando o requerente da tutela, que aciona o Poder Judiciário a fim de conseguir a prestação jurisdicional, já que, na maioria das vezes, os órgãos de saúde municipais e estaduais não estão custeando o procedimento.

A espera do deferimento do pedido de imposição para a realização de procedimento cirúrgico, por exemplo, é muito sacrificante ao paciente que aguarda a resposta jurisdicional. Na maioria dos casos, o tempo representa um literal sofrimento e até risco de morte. Em verdade, não importa o tempo em minutos, em horas ou em dias, contanto que a prestação seja dada pelo Poder Judiciário em tempo de preservar o bem jurídico tutelado, nesse caso, a saúde.

Se, no entanto, existir lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a vida, em razão do atraso na prestação jurisdicional, dever-se-á indenizar a parte prejudicada. Porém, na visão de Theodoro Junior (2011, p. 66), à “[...] jurisdição não cabe apenas reparar o malfeito [...]”. Para Salvi (apud MARINONI, 2000, p. 223), nesse caso, “[...] a única forma de tutela contra o dano é aquela que se presta em pecúnia. O ressarcimento, contudo, pode dar-se não só através de pecúnia, mas igualmente com a prestação de uma coisa [...]”.

Com isso, constata-se que a parte causadora do dano deverá ressarcir os eventuais prejuízos causados ao titular do direito. A reparação poderá ser em

pecúnia e, outras vezes, por meio da prestação de uma atividade. De qualquer forma, a responsabilidade do dano será suportada por quem causou o evento. Em se tratando do direito à saúde, contudo, a reparação do dano torna-se mais ineficaz do que quando se deixa de cumprir outros deveres jurídicos. A natureza desse direito exige, assim, que se evite o seu perecimento, adotando-se medidas preventivas de perecimento do bem jurídico.

Então, vê-se a prevenção como a alternativa para evitar danos à vida de uma pessoa, ganhando importância a possibilidade de deferimento de tutela antecipada em casos de estar em perigo o direito à saúde. Sob essa ótica, Bedaque (1998) observa que se deve ter como regra a prevenção, quando da análise do pedido antecipatório, a fim de evitar o risco de dano.

É preciso que se faça uma análise técnica e subjetiva do pedido de tutela antecipada, pois, muitas vezes, a realidade é diversa do conjunto comprobatório levado aos autos do processo e o Estado encontra-se distante da realidade para que possa alegar a situação fática existencial. Por isso, surge a necessidade da resolução da lide em um prazo razoável.

3. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A DIGNIDADE HUMANA

A assistência à saúde não distingue cor, raça, sexo ou condição financeira. Em razão do princípio da universalidade, adotado pela Constituição Federal de 1988, todas as pessoas têm direito de acesso a ela na mesma proporção, independentemente de quaisquer distinções, pois todos são considerados iguais.

Para a efetivação do direito integral à saúde, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Município, de forma solidária, planejar a aplicação dos recursos arrecadados, anualmente, inovando os equipamentos dos hospitais e dos postos de saúde, contratando médicos, enfermeiras, assistentes, enfim, uma equipe que suporte a demanda da região. Também é dever do poder público manter medicamentos à disposição da população, para tratamento das suas enfermidades, e propiciar o acesso a tratamentos terapêuticos e cirúrgicos.

A saúde é a essência para que o ser humano possa viver. Sem ela, ninguém sobrevive ou ninguém consegue viver dignamente.

A convicção acerca do que seja saúde parte de uma

[...] conceituação ampla, como um conjunto de condições necessárias ao desenvolvimento satisfatório do ser humano, as quais englobam as mais diversas searas da vivência humana e fogem ao entendimento tradicional ligado exclusivamente à doença ou à sua prevenção (ALVES; MORANDINI; PILAU SOBRINHO, 2008, p. 142).

Tendo em vista a exploração de um conceito, o artigo 196 da Constituição Federal enfatiza a saúde como direito de todos e que se constitui “[...] como a

pedra angular em nosso sistema jurídico [...]” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 55). O dispositivo legal elucida a saúde como preventiva para reduzir os riscos de doenças. E, continuam Schwartz e Gloeckner, 2003, p. 55, “[...] O Estado ainda toma para si o dever de promoção (qualidade de vida), proteção (prevenção) e recuperação (saúde terapêutica ou curativa)”.

Então, a saúde, sendo essencial a todos, encontra-se atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Estado, como responsável pela garantia do direito à saúde, não poderá negar ou deixar de prestar atendimento médico a alguém, já que é esse “[...] o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais [...]” (NUNES, 2010, p. 59), ou seja, “[...] conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais[...]” (SOARES, 2009, p. 135).

Na visão de Schwartz e Gloeckner (2003, p. 86) o “Direito de solidariedade é mecanismo de tutela destinado ao fomento de uma isonomia no alcance da satisfação ao direito garantido constitucionalmente [...]”. Dessa forma, verifica-se que o direito de solidariedade é o liame do direito à saúde, pois “[...] é condição para estabelecer as bases do bem-estar coletivo com a liberdade, levando-se em conta a pluralidade dos valores individuais e comunitários [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 71).

A solidariedade é universal porque “[...] não é dependente somente de um Estado ativo, embora ele seja fundamental, mas tem como aliada a sociedade civil [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 70). Logo, todos os brasileiros possuem a responsabilidade de efetivação do direito à saúde. Da mesma forma, nenhuma das esferas do Estado atua sozinha; a Constituição Federal prevê a atuação solidária das esferas Federais, Estaduais e Municipais.

Em razão disso é que o estado brasileiro busca soluções para amenizar os problemas quando, por exemplo, contrata médicos estrangeiros para atuarem no país, numa forma de auxílio à população “[...] cujo objetivo primeiro é salvar vidas em situação de emergência [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 74). Então, o princípio constitucional da solidariedade “[...] é mais um dever da solidariedade em ajudar o seu próximo para manter acesa a chama de uma esperança por dias melhores” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 74).

Logo, tem-se que a Medida Provisória nº 621/2013, que instituiu o Programa Mais Médicos, é uma forma de organizar e de fortalecer a efetividade da saúde brasileira. O programa tem a finalidade de diminuir a ausência de médicos, aprimorar a educação e proporcionar conhecimento aos médicos (BRASIL, 2013).

Portanto, a saúde é um “[...] direito individual-coletivo da pessoa humana, fazendo a promoção e prevenção, visando à redução da complexidade da doença e primando pela qualidade de vida [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 128).

Antes de o Estado assumir o dever de prestar assistência à saúde, época em que se criaram as Santas Casas no Brasil, numa forma de socorro às pessoas doentes, aqueles que possuíam condições financeiras procuravam assistência médica na Europa ou nas clínicas particulares, pois os recursos disponíveis para o tratamento da saúde e os atendimentos médicos eram mais eficazes e melhores. Contudo, os pobres, devido à escassez de dinheiro, recebiam tratamentos de curandeiros negros e de hospitais públicos. Há registros de que “[...] os doentes tinham muito medo de ser internados nos raros hospitais públicos e nas Santas Casas. Em suas enfermarias misturavam-se pacientes de todos os tipos, sendo comum dois ou mais doentes dividirem o mesmo leito [...]” (BERTOLLI FILHO, 2003, p. 10). Esse resquício de procurar o atendimento particular tendo em vista ser de melhor qualidade que o público perdura até os dias atuais.

Levando em consideração os aspectos históricos, é lamentável a semelhança do passado com a situação atual, de corredores dos hospitais públicos abarrotados de pessoas esperando o atendimento pelo SUS e ainda persiste a distinção entre o pobre e o rico. Este, que tem dinheiro, adquire um plano de saúde privado e melhor, possui a prerrogativa de um quarto melhor, com televisão, ar condicionado. Já o pobre tem que ficar na fila de espera, dividir o quarto com outros doentes. Infelizmente, a saúde hospitalar tem muito a melhorar, e a desigualdade existe e persiste. Muitos problemas perduram até hoje e atingem as camadas mais pobres da sociedade.

Pilau Sobrinho (2003, p. 58), a esse respeito, leciona que “[...] os direitos fundamentais são os direitos que o homem obtém pelo simples fato de ter nascido, ou seja, são-lhe inatos e estendem-se a todos os indivíduos numa ordem universal, razão pela qual podem ser denominados de ‘direitos naturais’[...]”.

A Constituição Federal divide os direitos fundamentais em cinco dimensões: diretos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e partidos políticos. Todos são considerados extremamente importantes para a sociedade.

Antes de adentrar no mérito das dimensões de direitos fundamentais, é importante ressaltar que o uso da terminologia gerações ou dimensões para classificar as diversas fases de implementação dos direitos fundamentais é criticada pelos doutrinadores. Gerações de direitos é expressão utilizada inicialmente por alguns doutrinadores no sentido de que geração após geração houve a conquista de direitos fundamentais. Mas, o termo dimensão, visto como mais adequado, é adotado por Sarlet porque “[...] tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra [...]” (SARLET, 2009a, p. 45).

Assim, a saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, pois diz respeito aos direitos impregnados de igualdade, que permeia os direitos sociais básicos. Em verdade, os outros direitos são iguais; não existe hierarquia. Porém, a

saúde é o que mais se destaca na sociedade e se relaciona com todas as dimensões, algumas com mais ênfase, outras com menos. Igualmente, todas as dimensões são essenciais para o direito à saúde, pois todas se completam. Para a primeira dimensão, é relevante o direito à vida.

Nessa mesma esteira, o direito à saúde é considerado

[...] também, um direito individual. Com a ruína do Estado absoluto e a passagem rumo a um futuro absenteísta, privilegiando-se essas liberdades individuais, a relação Estado/cidadão é matizada. Por estar imbricada no direito à vida e mais do que isso, por se enquadrar na função promocional própria do Estado Democrático de Direito, a saúde se encontra materializada no titular do direito individual e oponível contra quem quer que seja [...] (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 104).

Além disso, a segunda dimensão regulamenta as políticas públicas, pelas quais o Estado assumiu o dever de disponibilizar remédios, aparelhos médicos. Os direitos dessa dimensão são chamados de direitos sociais,

[...] caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados com fundamento do Estado Democrático [...] (MORAES, 2011, p. 206).

A terceira dimensão engloba direitos cujos sujeitos são indeterminados, pois não existe a possibilidade de “[...] delimitar o seu alcance e sua extensão, determinando-se seus titulares [...]” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 109). Ainda é conhecida pela característica da indivisibilidade, pois “[...] o bem é de todos e de cada um e vice-versa, portanto, não existe um número certo de beneficiários” (BASTOS, 2010, p. 247). Podem ser citados como direito de terceira dimensão o direito à comunicação e ao meio ambiente.

Os direitos fundamentais da quarta e quinta dimensões referem-se aos avanços relacionados em especial à engenharia genética. Também são importantes, mas não tanto quanto os primeiros, embora seja necessária a evolução científica para sanar os enigmas das questões relacionadas à eutanásia, ao câncer e a tantas outras doenças que fazem perecer a vida do ser humano.

O direito à saúde, juntamente com todos os demais direitos conquistados nas dimensões supranominadas, está subordinado ao princípio da universalidade que “não exclui os direitos da liberdade, mas, primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade” (BONAVIDES, 2010, p. 573).

Apesar de os direitos universais, muitas das vezes, serem quimera, o direito à saúde é para todos e figura dentre as consideradas cláusulas pétreas. Logo, está

protegido pela “[...] cláusula de inabolibilidade que abrange todos os direitos fundamentais [...]” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 131). Em consequência disso, o direito à saúde não pode ser suprimido, é direito fundamental da vida humana e o Estado, além de atuar como seu guardião, garante sua efetividade e intervém no sentido de protegê-los de forma imediata, quando houver violação.

Há que se esclarecer que a universalidade do direito à saúde abrange desde o nascituro até o idoso findo. Em razão disso, da necessidade de sua efetividade e das adversidades que podem ocorrer na realidade, torna-se importante entender o que é eficácia e o que é efetividade. Nesse jaez, “A eficácia é o atributo da norma jurídica relacionado à sua aplicação. Eficaz é a norma obedecida pelas pessoas a quem se dirige e aplicada pelos juízes. Uma norma pode ser eficaz, sem ser válida [...]” (COELHO, 2010, p. 63).

Há acirradas discussões quanto à efetividade e à aplicabilidade do direito à saúde. As manifestações populares ocorridas no país, neste ano de 2013, são exemplos que demonstram o descontentamento da população brasileira com as condições básicas garantidas constitucionalmente, relacionadas, principalmente, com o tema objeto do presente trabalho.

Percebe-se o aumento da demanda dos serviços, dos tratamentos e dos medicamentos, devido ao crescimento populacional e à ausência de prestação por parte dos órgãos do Estado. Também, há falta de disponibilização de material, de equipamentos tecnológicos e de profissionais qualificados, o que leva à má prestação do serviço.

Desse modo, “[...] Se a lei existente, válida e vigente não tem sido aplicada, sempre vale a pena procurar entender as causas dessa anomalia [...]” (COELHO, 2010, p. 64). E, no que diz respeito ao direito à saúde, observa-se que o Poder Judiciário não pode ser um balcão de atendimento a ações de medicamentos, o que, na realidade, está acontecendo, com o abarrotamento do sistema judiciário. Logo, “[...] pode-se dizer que o direito é efetivo, pois a norma é efetiva quando válida, mas nem por isso se torna eficaz.” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 76). Diante da situação de fato existente, não se pode admitir que esse tipo de ação aumente, gradativamente, as demandas do sistema judiciário. A causa disso é a regulamentação de saúde pública a todos, ou seja, universaliza o direito, porém, na maioria das vezes, não o efetiva.

Além disso, o tempo também influencia na aplicabilidade, pois a demora interrompe a efetividade e, consequentemente, os efeitos. A aplicação do direito à saúde não é eficaz, porque o Estado prevê mas, na realidade, não o garante. Por exemplo, não se pode negar atendimento, seja em postos de saúde, seja em hospitais, independentemente do município ou do estado em que os pacientes residam, pois negar atendimento é como ceifar o direito à própria vida. Contudo, ainda existe o agir burocrático no país, e pessoas gestoras do sistema de saúde, orientam seus funcionários a agirem desta forma: para consultar um médico, é

preciso comprovar residência no local de consulta e fazer a “carteirinha do SUS”; caso contrário, não se pode atender.

Diversas falhas existem no que diz respeito à eficácia do direito à saúde. E elas estão localizadas tanto no agir do poder público, antes do ingresso da ação, quanto com a impetração da ação. Assim, a crise do sistema de saúde existe em

[...] três distintos graus nesta escala: em primeiro lugar é crise do Executivo, que normalmente chega ao seu termo quando se muda a chefia de governo ou advém, de maneira bem-sucedida, uma nova política; a seguir, crise constitucional – de solução ainda possível – mediante uma Emenda à Constituição ou, nos casos mais graves e excepcionais, por via da reforma total ou da promulgação doutra lei maior; enfim, se converte ela em crise constituinte, a de terceiro e derradeiro grau, quando deixa de ser tão-somente a crise de um Governo ou de uma Constituição para se transformar em crise das instituições ou da Sociedade mesma, em seus últimos fundamentos (BONAVIDES, 2010, p. 575-576).

Há inúmeros casos em que os autores intentam medida judicial e não resistem, acabam adoecendo ou até mesmo falecendo em razão da falta de tratamento. “O cidadão recorre ao Estado na expectativa de que seus direitos sejam reconhecidos e de que sejam efetivados e garantidos os direitos constitucionalizados no ordenamento constitucional [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 79). Porém, por vezes, a comprovação constante nos autos não coincide com a realidade, devido à ausência de fiscalização.

O problema da eficácia da saúde na sociedade ocorre porque a grande maioria depende das políticas públicas. Por isso, há um paradoxo: garante-se o direito a todos e não se o concretiza. É necessário “[...] um processo de transformação política, em que haja maior vontade política por parte dos governantes nas questões referentes à saúde pública [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 86).

Todavia, é responsabilidade do Estado planejar “[...] políticas públicas de saúde que visem não somente à cura de doenças, mas, também, à prevenção e à promoção da mesma [...]” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 89). Na mesma esteira, Bastos (2010, p. 670) dispõe que a prestação de saúde compete ao Estado, por meio da “[...] integração das ações e serviços públicos de saúde, tendo por diretrizes o princípio da descentralização, no nível de cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade”.

A saúde é essencial à vida humana e “[...] o direito à saúde vige regrado pelos parâmetros de preocupação social [...]” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 85). Todavia, o direito ao mínimo existencial e a reserva do possível não estão expressamente regulamentados no texto constitucional, mesmo assim são considerados “[...] um direito humano [...]” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 87).

Desse modo, para Sarlet (2009b, p. 322), “[...] o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital [...]”, e “[...] não há como negar o fato de que,

sem o mínimo existencial, uma considerável parcela da população seria tolhida da sua potencial capacidade de eleger e dirigir a própria vida [...]” (CORDEIRO, 2012, p. 109). Diante disso, verifica-se que “[...] o mínimo existencial deve garantir mais do que a mera sobrevivência física dos indivíduos, afinal, a noção de uma vida condigna exige mais do que a singela existência [...]” (CORDEIRO, 2012, p. 1118). Pode-se, mesmo, “[...] dizer que levar uma vida digna significa ter esse conjunto de capacidades básicas. Como decorrência, o mínimo existencial deve contemplar os meios que assegurem aos indivíduos, no contexto da sociedade [...]” tais capacidades (CORDEIRO, 2012, p. 125).

É necessária a realização de projetos a fim de assegurar e de garantir o mínimo de condições para as necessidades humanas, ou seja, “[...] garantir a todos um mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia” (CORDEIRO, 2012, p. 117).

Além disso, a reserva do possível é importante ao direito à saúde, conforme elucida Sarlet (2009a, p. 287):

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade [...].

Não há dúvidas de que se deve garantir a efetivação da reserva do possível em relação “[...] aos enfermos, que, sendo dignos como pessoas, nem sempre levam uma vida digna, por estarem física, psíquica ou fisiologicamente lesados ou limitados, como alguém que, por exemplo, esteja em coma” (NUNES, 2010, p. 64).

Para isso, o Estado obriga-se a

[...] prestações, seu ‘custo’ assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamada não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica (SARLET, 2009b, p. 285).

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte precedente jurisprudencial:

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO (DIREITO À SAÚDE). AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1. A promoção da saúde constitui-se em dever do Estado, em todas as suas esferas de poder, caracterizando-se a solidariedade entre União, Estados e

Municípios, e, estando devidamente demonstrada a necessidade do medicamento e a impossibilidade da autora em custeá-lo, mostra-se adequada a sentença que julgou procedente seu pedido. 2. Versando a controvérsia em termos de mínimo existencial da vida humana, é de se impor a adoção de medidas de eficácia objetiva para que esse interesse público indisponível seja resguardado, como no caso, em que está devidamente demonstrada a necessidade do material, bem como dos medicamentos, e a impossibilidade da autora em custeá-los. 3. Comprovada a necessidade da utilização Das fraldas geriátricas pleiteadas, em razão de apresentar grave doença, bem como a sua insuficiência financeira em arcar com tal despesa, é de ser acolhida a pretensão. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Embargos Infringentes Nº 70050569052, Relator: Rogerio Gesta Leal, 2012).

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul demonstra que o mínimo existencial não é somente o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgia quanto à saúde, mas também o atendimento das necessidades do indivíduo, como, por exemplo, no caso relatado, o fornecimento das fraldas de que o indivíduo precisava. Houve divergência nos votos, pois um dos desembargadores entendia que era necessário preservar a saúde, enquanto o outro se posicionou pela não concessão do pedido de fornecimento de fraldas descartáveis, por entender que elas “[...] não são medicamentos, nem indispensáveis à vida do paciente” (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Embargos Infringentes Nº 70050569052, Relator: Rogerio Gesta Leal, 2012).

O Estado é que tem o dever de fornecer um mínimo de condições materiais ao indivíduo, “[...] garantir e promover a saúde, proporcionando não somente o atendimento, mas também a distribuição dos remédios para que as pessoas possam obter a cura das doenças” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 107).

O Judiciário possui a função de sanar esses problemas oriundos da falta de políticas públicas. E, nesse sentido, utilizará dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do mínimo existencial e da reserva do possível. Ao analisar a realidade dos fatos, o juiz decidirá observando, em caso de conflito de direitos, “[...] sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 288). As condições são mínimas, porém, é preciso que sejam eficazes a todos, tendo como premissa a dignidade da pessoa humana.

A proporcionalidade é um princípio essencial ao direito, pois é uma forma de “[...] controle do princípio da igualdade [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1297) a fim de combater a desigualdade humana, como por exemplo, o paciente que contrata um atendimento particular em hospital possui um quarto separado dos demais, não é proporcional ao paciente que está sendo atendido pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e que compartilha o mesmo quarto com os demais doentes. Sinala-se que essa desigualdade persiste desde o surgimento das Santas Casas no

Brasil e é uma desigualdade social, pois os ricos possuem tratamento diferenciado ao dispensado ao vulnerável economicamente.

Além disso, é de salientar que o processo judicial em que se pleiteia tutela relacionado ao direito à saúde não poderá ser moroso. Em verdade, deverá ter uma duração razoável, haja vista que “[...] o acesso à justiça está umbilicalmente vinculado à efetividade e instrumentalidade do processo” (GÓES, 2004, p. 134).

Cabe mencionar, nesse passo, um exemplo ilustrativo do cotidiano: quem nunca ficou sentado no banco da estação rodoviária à espera do ônibus? Infelizmente, é angustiante. Os segundos, os minutos não transcorrem; porém, muitas vezes, horas se passam, levando a uma sensação de que parece ser o fim do mundo. Esse exemplo é paralelo ao caso do demandante que intenta uma ação pleiteando medicamentos e espera a resposta jurisdicional, pois é a sua vida que está sendo almejada, e o decurso de um segundo é uma esperança; é em momentos como esses que as pessoas valorizam o tempo.

Atualmente, os que buscam guarida na justiça não possuem a certeza da eficácia judicial, encontrando-se entre a vida e a morte, mas esperam, desesperadamente, a análise e a decisão de deferimento dos pedidos postulados, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgia. Os custos desses tratamentos são de valores exorbitantes e os jurisdicionados não possuem condições de adquiri-los. Isso demonstra que a demora causa sofrimento e a pendência do processo causa até mesmo mais transtornos do que a publicação de uma sentença desfavorável.

Assim, é necessária a provocação do Estado para resolver o litígio existente. A parte possui o direito à efetividade da jurisdição em prazo adequado, a fim de obter uma decisão justa e de forma eficaz. No entanto, atualmente, o tempo está sendo inimigo do processo e da parte que espera a resolução do litígio. Nesse sentido, assevera Góes (2004, p. 33) que

O tempo pode ser considerado como amigo e, ao mesmo tempo, inimigo do direito. Amigo, quando o moderniza, e inimigo, quando sente seu estado de impotência ante a celeridade dos acontecimentos fáticos e a impossibilidade de acompanhá-los. Nessa corrida contra o tempo, o Poder Judiciário é o único que pode amenizar seus efeitos.

A demora processual representa uma ofensa à dignidade do cidadão, afronta o princípio da isonomia e da proporcionalidade, enquanto o réu aguarda a solução do conflito. O acúmulo de serviço e a ausência de servidores são fatores que influenciam na demora processual. Porém, é o Estado que possui com exclusividade a responsabilidade na resolução dos litígios, e a celeridade não pode ser levada a extremos. Isso significa que se devem observar os atos e os procedimentos e esses devem ser realizados com eficiência, para não prejudicar as partes.

O atendimento jurisdicional e a resolução do litígio, em prazo razoável, repercutem na sociedade de forma benéfica. A parte que teve sua pretensão atendida em tempo hábil estará satisfeita. Logo, a prestação jurisdicional, além de cumprir o seu mister, não causará insatisfação e insegurança às partes, já que foi apta à resolução do conflito em menor tempo. Isso se reflete na avaliação do poder judiciário, já que as partes nele terão confiança, em razão da agilidade com que entregou a justiça.

Em relação à forma subjetiva do princípio da proporcionalidade, verifica-se a complexidade do mesmo quando existirem bens no mesmo parâmetro, pois um jurista pode assimilar que o direito à saúde é mais importante do que o direito à vida, e outros pensam de forma diversa. Todavia, ambos são relevantes à pessoa, então, constata-se que nem sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade será totalmente eficaz e terá o mesmo fim.

Logo, “[...] o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais [...]” (BONAVIDES, 2010, p. 426). O magistrado, na sua visão, terá o poder de decidir o caso concreto, com a utilização do princípio da proporcionalidade.

4. A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

As adversidades concernentes à efetividade da tutela antecipada na sociedade são lamentáveis. E, há que se observar que as pessoas recorrem ao Poder Judiciário para resolver os problemas de saúde em busca da “[...] justiça sob a égide da efetividade do processo” (PORTANOVA, 2000, p. 101).

Atualmente, o crescimento vertiginoso de ações de medicamentos ocorre em todas as comarcas do estado brasileiro, ocasionando o abarrotamento de processos nos fóruns e, ainda, a demora em responder à pretensão jurisdicional. Desse modo, percebe-se que a tutela não está sendo efetiva por parte do poder executivo nem do judiciário, já que este não está conseguindo atender a todas as demandas e nem sempre a tutela é efetiva em um prazo razoável. Assim, estouram momentos de crises no judiciário, devido ao acúmulo de demandas, as quais não estão tendo a atenção necessária e precisa, entoando em vicissitude da efetividade da saúde.

Além disso, verifica-se que o autor sofre com a demora na resolução do litígio, em especial porque cada postulante considera o seu processo como único, considerando o tempo o seu rival, já que ninguém consegue domá-lo, mesmo que todos primem pela efetividade do direito à saúde.

A análise do quanto é veiculado nas redes de comunicação, as quais fornecem várias informações a todos os telespectadores, demonstra a deficiência da saúde, sendo não só um problema do Brasil, mas também mundial.

Nesse sentido, tem-se que, para encontrar a solução, é necessário partir do problema. Para isso, é importante mencionar o caso da paciente, Renata Kachniacz Garcia, dona de casa, a qual se encontrava há mais de um ano imobilizada em uma cama, sem poder dormir, aguardando ser chamada para realizar dois exames: endoscopia e ecografia mamária. Segundo noticiado, essa situação ocorreu devido à

Falta de médicos e vagas em hospitais, descumprimento da legislação - como a que determina prazo máximo de 60 dias para início do tratamento contra câncer pelo Sistema Único de Saúde (SUS) - e demora no chamamento para consultas e exames são as pontas das montanhas de problemas na saúde gaúcha, indicadas por 98 leitores e por pacientes durante duas semanas [...] (INVESTIMENTO..., 2013).

A ausência de médicos nos postos de saúde e hospitais é uma deficiência da saúde. Além disso, existe a falta de organização pelos órgãos públicos ao solicitar os medicamentos, pois muitos são “[...] comprados a mais e não utilizados, que precisam ser destruídos porque passaram do prazo de validade e, porta, oferecem risco aos pacientes[...]” (AZEVEDO; CARVALHO, 2011, p. 30).

Diversos pacientes que se encontram em situação de saúde grave permanecem dias nos corredores esperando o atendimento médico ou por uma vaga hospitalar, como por exemplo, para a realização de cateterismo cardíaco.

O tempo é o sofrimento, o inimigo, o traidor, para quem se encontra sobre uma cama, imobilizado; porém, nem sempre a justiça consegue atendê-lo em tempo, mesmo tendo-se em vista que “[...] a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos [...]” (SARLET, 2009b, p. 294-295).

O que se constata é que o país não está apto para analisar decisões urgentes em tempo hábil. Então, o Judiciário possui a competência de resolver essas situações. Não é a “[...] criação de varas específicas para questões da saúde” que sanará o problema da superlotação de processos nas Comarcas, mesmo que constem “[...] 240 mil ações na Justiça relacionadas a direito à saúde” (CNJ..., 2013). Afinal, deve-se pensar em resolver o problema no início e não quando chega ao Judiciário, o qual se encontra abarrotado de processos de medicamentos.

É notório que a saúde é o básico para o ser humano viver, a Constituição garante o direito à vida e à saúde, mas apenas uma pequena proporção da população consegue o efetivo acesso a tal direito. Investir na saúde é aumentar a expectativa de vida do ser humano. Caso contrário, viver-se-ia como na década de 50, em que apesar de diminuir “os casos de doenças infecto-contagiosas e parasitárias, na maior parte do território nacional a mortalidade estava muito acima dos índices dos países desenvolvidos” e a expectativa de vida de “[...] um brasileiro era de 51 anos em Porto Alegre, 49 em Belém e 37 em Recife [...]” (BERTOLLI FILHO, 2003, p. 42).

Acresça-se que muito há a se fazer para melhorar e para se buscar a igualdade de tratamento. Não se pode conceber que se deva tratar o atendimento

em saúde privado como o melhor, que produz resultado imediato, enquanto o atendimento público é tido como o pior, mais moroso. Deve-se equilibrar, a fim de tratar os iguais desigualmente e os desiguais na mesma proporcionalidade.

Sabe-se que é impossível chegar-se a uma sintonia perfeita nessa proposta de interação social. Mas atingindo-se uma considerável redução de desarmonia, há possibilidade de diminuir-se as demandas judiciais, onde o direito social ao revés de mal distribuído (quando o é) torna-se preocupação-mor do Estado (SCHWARTZ, GLOECKNER, 2003, p. 107).

Então, a prestação de serviços dos hospitais públicos deveria ser o melhor, haja vista que as pessoas buscam o tratamento da doença e permanecem dias, meses e até anos, a fim de serem cuidadas. Por isso, deveria ser melhor do que o Hospital Israelita Albert Einstein (ALBERT... 2013), eis que a vida humana é única e merece tratamento salutar.

O deferimento da tutela antecipada é o remédio processual a todos os necessitados. Segundo Montenegro Filho (2011, p. 35), “O deferimento da tutela antecipada não garante ao autor conviver com os efeitos da decisão que lhe foi favorável [...]”. Sendo assim, quando ocorrer a reversão, por meio da revogação, ou a modificação, o requerente não vivenciará os efeitos da decisão exarada.

Imperioso afirmar-se que “[...] o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável” (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 35). A irreversibilidade impõe afirmar-se que “Solução dessa natureza somente pode ser admitida em situações absolutamente excepcionais, em que os valores em conflito revelem a necessidade de antecipação, embora irreversíveis os efeitos” (BEDAQUE, 1998, p. 332).

Nesse sentido foi o julgamento do Tribunal de Justiça Gaúcho:

SAÚDE. MEDICAMENTO. TUTELA ANTECIPADA. RESTITUIÇÃO. É direito do réu reaver as despesas indevidas realizadas em cumprimento à tutela antecipada. A restituição far-se-á nos próprios autos. Eventual irreversibilidade fática do ressarcimento há de ser provada pelo autor. Recurso Provido. (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Agravo de Instrumento n. 70054608401, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, 2013).

É possível ver-se, pela ementa, que o acórdão expõe um exemplo de reversibilidade da tutela atacada por agravo de instrumento, a qual foi movida pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de José Antônio Mello Luzardo. O Procurador Estadual solicitou a restituição do valor de medicamentos pago ao demandante e ostentou que o agravado “[...] apesar de ter recebido as referidas caixas, continuou a retirar o fármaco, administrativamente, pediu a restituição dos valores recebidos ou, sucessivamente, a sustação da entrega do medicamento por três meses [...]” (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Agravo de Instrumento

n. 70054608401, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, 2013). O juízo *ad quem* entendeu por dar provimento à apreciação do pedido de restituição de valores nos autos.

Montenegro Filho (2011, p. 33) filia-se “[...] à corrente doutrinária que defende a possibilidade de o magistrado deferir a tutela antecipada quando, mesmo diante do perigo da irreversibilidade, mostra-se do lado do autor de evidente dano irreparável ou de difícil reparação [...]”. O autor menciona como exemplo a “[...] necessidade de realização da intervenção cirúrgica, sob pena de falecer”.

Nessa situação de conflito de normas entre o artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil, o qual menciona o perigo da irreversibilidade da tutela antecipada *versus* o inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil. Esse visa a evitar um dano irreparável à vida da pessoa. A resolução do caso obriga utilizar os princípios da ponderação da isonomia, além da hermenêutica. Averigua-se se o pedido de tutela antecipada preenche os requisitos legais, a iminência de lesão ao bem jurídico e as possíveis consequências. Para isso, deverá ser analisado o caso específico.

A existência de conflitos entre dois bens jurídicos,

[...] de um lado o bem jurídico vida, que se sobrepõe a qualquer outro; do lado oposto, interesse meramente patrimonial, dizendo respeito à possibilidade de o réu sofrer perda material se a medida for posteriormente revogada, chegando-se à conclusão de que nunca deveria ter sido deferida, já que a verossimilhança da alegação não se confirmou no término da fase de instrução probatória, relevando-se verdade diferente no mundo dos autos (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Agravo de Instrumento n. 70054608401, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, 2013).

A evidência de conflito entre esses dois bens jurídicos do mesmo grau de lesividade, os quais se encontram vulneráveis, sensíveis, revela a possibilidade de ambos serem preservados, com “[...] uma igualdade substancial entre os litigantes no limiar ou ao longo do processo, colocando-os em pé de igualdade, ela não pode criar, para nenhum deles, situação de desigualdade [...]” (BUENO, 2011, p. 46).

É de salientar que são “[...] poucas as situações em que a antecipação gera efeitos irreversíveis [...]”. Caso se trate da “[...] antecipação (proteção da vida, saúde), outra alternativa não há senão conceder a medida, ainda que isso implique transformar a tutela sumária em definitiva” (BEDAQUE, 1998, p. 332).

O caso concreto será analisado pelo magistrado competente, o qual, sob a sua livre convicção, decidirá o litígio com fundamento não somente na lei, mas na jurisprudência, na doutrina e nos princípios. Em casos “[...] excepcionais, deve o magistrado pautar-se com extremo cuidado, ponderando os valores em conflito. Pode, para evitar dano irreparável à parte contrária, exigir caução” (BEDAQUE, 1998, p. 329).

A pretensão de antecipação da tutela deferida poderá ser revogada ou modificada no decurso do trâmite processual. Essa é uma das razões pelas quais a demora na resolução do litígio causa angústia à parte, eis que a sua pretensão não está definitivamente satisfeita. Nesse sentido, Destefenni (2010, p. 48) refere que, “[...] Com a antecipação, o autor pode obter certa dose de satisfação, de tal forma que sofre menos com a demora do processo”.

Aliás, para Fadel (2002, p. 60), “Modificar a tutela significa substituir o juiz a tutela antes deferida por outra, mais adequada a satisfazer o pedido do autor ou a não prejudicar demasiadamente o réu”.

A esse respeito, merece registro o seguinte o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE SEM OFENSA AO CONTRADITÓRIO. PARTE AGRAVADA QUE SEQUER POSSUI REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PATOLOGIA: OSTEOARTICULAR CRÔNICA (CID 10: M 16 E M 81). TUTELA ANTECIPADA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO. DEVER DOS DEMANDADOS QUANTO AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO AOS QUE DELES NECESSITAM. INTELGÊNCIA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO TÉCNICO DO JUDICIÁRIO PARA ALTERAÇÃO DA PRESCRIÇÃO MÉDICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Agravo de Instrumento Nº 70055844740, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, 2013).

A decisão acima colacionada demonstra a situação da parte autora, a qual ingressou com uma ação judicial com o propósito de adquirir tratamento para doença *Osteoarticular Crônica*. A decisão de 1º grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela uma vez que entendeu que “[...] não há qualquer indicação de risco de vida ou ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação em caso de o tratamento postulado não ser realizado imediatamente [...]”. Porém, o juízo de 2º grau modificou a decisão sob o fundamento de que “[...] não há como o Judiciário negar a prestação jurisdicional à parte autora, sob pena de se causar um mal maior, já que aqui se trata dos direitos à vida e à saúde da pessoa, assegurados pela nossa Constituição Federal” (RIO GRANDE DO SUL. TJ. Agravo de Instrumento Nº 70055844740, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, 2013).

Outrossim, interessante caso de modificação de tutela merece registro: “Sobrevindo a morte da vítima, o juiz, que deferira a tutela apenas para que o réu custeasse o tratamento, modifica a tutela para obrigar o mesmo réu a pagar as pensões alimentícias” (FADEL, 2002, p. 61).

A revogação ou a modificação são decisões que “[...] não podem ser entendidos como um mero ‘pensar de novo’ ou um ‘pensar melhor’. Se o magistrado

não se sentir apto para decidir o pedido, ele o indefere ou, quando menos, determina a produção de provas a seu respeito [...]” (BUENO, 2011, p. 58). Essa produção de provas pode ser pericial, documental e, ainda, através de audiência.

Na dúvida, o magistrado deverá usar a lei “[...] na sua mais elevada acepção. Por isso, a resposta do juiz, no conflito entre seguir o jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique [...]” (PORTANOVA, 2000, p. 127). Em suma, a análise minuciosa é exigida ao se tratar do direito à saúde, para evitarem-se danos ao bem jurídico. Em caso de ser necessário modificar ou revogar o pedido antecipatório, compete ao juiz embasar a decisão com fundamento em decisões do Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

A pessoa vive se tiver saúde. Por isso, o que se busca “[...] é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Ela depende tanto do indivíduo como dos meios físicos, socioeconômico e cultural” (DALLARI, 1987, p. 15).

A responsabilidade é do Estado, o qual “[...] deve garantir o direito à saúde do povo. Sabe-se, também que para cumprir esse objetivo o Estado precisa planejar suas atividades e que os indicadores sanitários são instrumento muito importante nessa tarefa [...]” (DALLARI, 1987, p. 17).

Todavia, a realidade dos corredores dos hospitais é lastimável. Pessoas ficam dias nas filas, esperando por atendimento médico. Outras permanecem por anos à espera de um exame médico para, posteriormente, serem tratadas. Além de tudo, a falta de leito e a superlotação de hospitais são problemas existentes, conforme o conteúdo da notícia da Capital do Rio Grande do Sul, a qual menciona a dificuldade de encontrar vagas em hospitais:

O caso mais grave é o do Hospital de Clínicas, que atende mais que o triplo de sua capacidade — são 157 pessoas internadas para 49 leitos disponíveis. Um vazamento na ala de enfermagem da unidade Álvaro Alvim impossibilitou o uso de 16 dos 30 leitos disponíveis no local. Segundo o hospital, o problema deve permanecer por pelo menos mais uma semana (EMERGÊNCIA... 2013).

A vulnerabilidade econômica da maior parte da população brasileira também repercute nesse dilema da saúde, pois “[...] muitos brasileiros que conseguem ser atendidos continuam doentes porque não recebem os medicamentos prescritos e não têm condição de adquiri-los [...]” (DALLARI, 1987, p. 13).

É importante salientar que “[...] a saúde depende do nível de vida do povo, sendo influenciada diretamente pelos fatores socioeconômico-culturais, que qualificam o desenvolvimento” (DALLARI, 1987, p. 21).

Compete aos governos federais, estaduais e municipais atuarem através de políticas públicas a fim de “[...] assegurar esse direito os Estados deverão organizar seus serviços de saúde com base no nível local” (DALLARI, 1985, p. 25).

A realização de planejamento é preciso em todas as esferas dos governos. Assim, são necessárias

a) a criação de políticas públicas visando ao fomento da saúde e à melhor organização dos mecanismos de defesa já existentes; b) a atuação maciça do Ministério Público e do Poder Judiciário nas questões referentes à saúde; c) a aquisição de conhecimento pelos titulares das garantias constitucionais, dos direitos que lhes assistem bem como dos meios a serem empregados para atingi-los (ALVES; MOURA; RANDINI; PILAU SOBRINHO, 2008, p. 145).

Desafogar o judiciário é necessário. Para isso, deve-se pensar em alternativas eficazes para que os litígios existentes sejam resolvidos antes que seja necessário ingressar no judiciário.

Dessa forma, constata-se que cabe ao município, como esfera de poder local, prestar a assistência, fornecendo medicamentos, enfim assistência à saúde. Com isso, diminuirão ações de medicamentos na justiça, tornando-a mais célere e eficaz. Ainda, com isso, as partes não poderiam mais reclamar da morosidade judicial.

Assim, o processo se adequaria a melhores resultados concretos na garantia do devido processo legal. Na percepção de Bedaque (1998, p. 284), “A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil [...]”. No entanto, nem sempre o processo mais rápido será o mais adequado e mais eficiente. Em verdade, “[...] Processo devido é o processo tempestivo, capaz de oferecer, a tempo e modo, a tutela jurisdicional” (DONIZETTI, 2001, p. 94).

A existência de proteção ao bem jurídico deve ser atendida com rapidez, antes que o direito pereça e a obrigação de fornecer medicamentos seja atribuída aos entes federados, solidariamente, no polo passivo em ação judicial.

Dallari (1987, p. 12) afirma que “[...] o direito à saúde será efetivamente assegurado quando o Estado se responsabilizar pela prestação de todas aquelas atividades consideradas como o mínimo existencial que deve ser oferecido a todo o povo [...]”.

Há que se mencionar que, na ausência de fornecimento de medicamentos no prazo fixado pelo magistrado, poderá ser efetuado o bloqueio de valores das verbas públicas. Esse foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 607582, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Ministra Ellen Gracie, 2010).

Na disputa entre o bem jurídico tutelado e a impenhorabilidade, prevalecerá o primeiro, pois o objeto encontra-se em iminência de perecer e, caso não seja apreciado a tempo, podem ocorrer consequências graves e irreversíveis à vida do ser humano.

É de salientar que a ausência de fornecimento de medicamentos também ocasionará a violação do dispositivo previsto na Constituição Federal. Por isso, segundo Fadel (2002, p. 21), a análise do “[...] art. 273 do CPC mostra que a lei brasileira, na busca incessante da efetividade do processo, com instrumento assecutorio da paz social, veio fornecer ao juiz os instrumentos necessários ao alcance do ideal da justiça rápida e efetiva”.

Porém, ainda se vivencia a desigualdade na prestação de serviços de saúde, a qual é “[...] dividida em classes; e não é harmônica, pois essas classes vivem em conflito” (PORTANOVA, 2000 p. 62), diferença que se evidencia na prestação de serviço do particular em relação ao público. O primeiro é mais ágil e efetivo porque existem, segundo Dallari (1995, p. 119), “[...] mecanismos de promoção de responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas de direito privado e das pessoas jurídicas de direito público [...]” Já o segundo é lento devido ao grande número de serviços solicitados e não sofre punições que prejudicam, pois, segundo a mesma autora, “o Estado dificilmente assume a responsabilidade que se resolve em indenização pecuniária. Por outro lado, nessa situação, ele é politicamente responsável”.

Dessa maneira, “[...] O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios [...]” (BOBBIO, 2004, p. 24).

A saúde, que está atrelada aos direitos fundamentais, compete aos Estados, que devem “[...] implementar políticas econômicas e sociais que visem a redução do risco de doenças e outros agravos e que proporcionem o acesso de todos – igualmente – às ações e serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde” (DALLARI, 1995, p. 120).

Atualmente, busca-se proteger a vida do ser humano, não importando mais a discussão acerca da sua importância. Por isso que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 23).

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidários. Os municípios, em razão da competência residual, “[...] devem, de acordo com suas leis de organização, planejar, inclusive, a prestação dos serviços de saúde” (DALLARI, 1995, p. 74), primando pela efetividade dos direitos de tutela, atendendo à dignidade humana, tendo em vista que

[...] é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete — que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade — para a busca da solução (NUNES, 2010, p. 70).

Portanto, culmina-se com “[...] a renovação de toda uma estrutura organizacional e, principalmente, o repensar de paradigmas que regem o atual pensamento político” (ALVES; MORANDINI; PILAU SOBRINHO, 2008, p. 145). Da mesma forma, a mudança de hábitos na sociedade auxiliará na diminuição do acúmulo de processo. Assim, a Justiça será mais efetiva, a qual “colmata uma função larga e tenebricosa, qual seja, distribuir justiça [...]” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 128) a todos que dela necessitam para sua manutenção.

5. CONCLUSÃO

A partir daquilo que se pôde observar, a efetividade da tutela antecipada é o impasse da saúde. Isso se deve à permanência de diversos problemas que se arrastam na sociedade brasileira, tais como a ausência de leitos nos nosocômios, a falta de médicos, de enfermeiros, de medicamentos, de aparelhos. Tudo acaba por eclodir no acúmulo de processos judiciais, causado, portanto, pela ausência dos entes públicos.

Além do mais, veja-se que o mínimo existencial não é concedido a todos os seres humanos, o qual é necessário para viver-se com dignidade. A universalidade de gratuidade das prestações de serviços relacionadas à saúde não está atendendo à demanda, eis que não proporciona as condições mínimas para uma vida saudável e tranquila. Além disso, constata-se que o tempo é o reflexo na efetivação da tutela antecipada. Não é a criação de novas varas com competência para o atendimento de demandas relacionadas à saúde que melhorará a efetivação e a superlotação de processos nas Comarcas do país.

Portanto, é necessário que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios planejem, organizem e tenham mais comprometimento na prestação da saúde a toda a população. Além disso, devem promover palestras a fim de incentivar a população brasileira a mudar hábitos e adotar práticas que aumentem a expectativa de vida e a proteger-se das enfermidades, como por exemplo, o acompanhamento médico em curtos períodos.

Ainda, haja vista que saúde é a espinha dorsal da vida do ser humano, tem-se a necessidade de melhorar o cumprimento das obrigações dos setores públicos. Deve-se prezar pela igualdade do público com o privado. Para isso, o público fiscaliza o privado, e vice-versa. Assim, ter-se-á mais efetividade da tutela antecipada, em um prazo razoável, através do princípio da instrumentalidade e dos princípios constitucionais, para atingir o resultado de forma válida, eficaz e efetiva.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo Roberto Ramos; MORANDINI, Jaqueline; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Do constitucionalismo sanitário ao Estatuto do Idoso**: o direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação. In: Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano, Passo Fundo: RT, 2008, n.2, jul./dez.

ALBERT Einstein é o melhor hospital da América Latina, diz estudo de instituições de saúde latino-americanas. Hospitalar, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://www.hospitalar.com/index.php?http://www.hospitalar.com/noticias/not5616.html>>. Acesso em: 30 out. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AZEVEDO, Cássio Rocha; CARVALHO, Érico. **A Saúde dos Hospitais**. Revista Jurídica Consulex, ano XV: Consulex, n. 348, jul., 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros: 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário** n.607582. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 13 de ago. de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 out. 2013.

_____. **Medida Provisória n. 621**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/mpv/mpv621.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos específicos. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CNJ recomenda criação de varas específica para questões de saúde. AJURIS, Porto Alegre. 07 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2013/08/07/cnj-recomenda-criacao-de-varas-especificas-para-questoes-de-saude/>>. Acesso em: 30 ago. 2013

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Saúde do Brasileiro**. São Paulo: Moderna, 1987.

_____. **Municipalização dos Serviços de Saúde**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

_____. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

EMERGÊNCIA do Hospital de Clínicas de Porto Alegre opera com o triplo da capacidade. Jornal Zero Hora Versão Digital, Porto Alegre, 03 out. 2013. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2013/10/emergencia-do-hospital-de-clinicas-de-porto-alegre-opera-com-o-triplo-da-capacidade-4289150.html>>. Acesso em: 03 out. 2013.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da Tutela no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

INVESTIMENTO na área da saúde ainda está longe do necessário no Estado. Jornal Zero Hora Versão Digital, Porto Alegre, 27 jul. 2013. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2013/07/investimento-na-area-da-saude-ainda-esta-longe-do-necessario-no-estado-4214375.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

MARINONI, Luis Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTENEGRO FILHO. Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar e procedimentos especiais. 7. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde uma perspectiva constitucional**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento, n. 70054608401**, 22ª Câmara Cível. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Porto Alegre, 25 de jun. de 2013. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento, nº 70055844740**, 1ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Porto Alegre, 06 de ago. de 2013. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes n. 70050569052**, 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Rogerio Gesta Leal. Porto Alegre, 14 dez. 2012. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A Tutela Antecipada no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 52. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAPÍTULO 11

A (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO A PARTIR DA PERSPECTIVA DAS TEORIAS DO DIREITO DE HART E DWORKIN EM UM CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

Mônia Clarissa Hennig Leal¹

Felipe Dalenogare Alves²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sob a temática da possibilidade ou não do exercício da discricionariedade judicial e do controle jurisdicional de Políticas Públicas, principalmente diante dos casos difíceis (*hard cases*), desenvolvida a partir dos principais aspectos das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, buscando se estabelecer um apanhado entre os pressupostos que tornariam (i) legítimo este exercício discricionário, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, marcado por fenômenos como o neoconstitucionalismo, judicialização da política e do Direito, que acabam desencadeando o fenômeno do ativismo judicial.

¹ Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. (moniah@unisc.br).

² Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduando *stricto sensu* (Mestrado) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e *lato sensu* (Especialização) em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. (felipe@estudosdedireito.com.br).

O debate acerca dos “casos difíceis” e a possibilidade da “resposta correta” no Direito cresce em importância a partir da teoria construtivista, baseada em um objetivo teórico-filosófico que se apresenta como substituto ao positivismo, qual seja, o pós-positivismo. Para o propósito deste ensaio, abordar-se-ão as contribuições positivistas de Hart e as pós-positivistas de Dworkin.

O pós-positivismo surge calcado na concepção da supremacia da Constituição, na força normativa dos princípios e na eficácia dos direitos fundamentais, estreitando a relação entre direito, moral e política. Neste ambiente, os princípios são lançados (com a expressiva contribuição de Dworkin) à condição de verdadeiras espécies normativas, juntamente com as regras apresentadas por Hart, constituindo-se legítimos pilares à sustentação lógica e axiológica do ordenamento jurídico, reforçando a ideia de direito como integridade.

Os princípios, ignorados por Hart passam a funcionar como um elo entre a moral e o ordenamento jurídico, proporcionando a necessária aproximação entre o direito e as questões práticas inerentes às sociedades contemporâneas. Em outras palavras, Dworkin lança mão dos princípios não apenas para encontrar uma forma de se chegar à decisão correta, demonstrando que não há de se falar em “poder de escolha” por parte dos juízes, mas para que o direito, como integridade, não se afaste da realidade social a que está inextricavelmente relacionado.

Hart, por sua vez, mesmo que reconhecesse que não se exclui completamente o conteúdo moral do direito, demonstrou uma preocupação em separá-los, dando importância ao direito positivado, ao deixar de lado a compreensão principiológica, fundamentando sua teoria na existência da denominada regra de conhecimento. Esta se constitui na aceitação, por parte da sociedade, de que dada regra jurídica existe em função de determinada prática social.

O direito, destarte, composto de regras primárias e secundárias, possui a textura aberta, o que, com exceção dos casos comuns (*easy cases*) desencadeia um conteúdo de imprecisão, que legitima o juiz, na aplicação da regra, a realizar escolhas, no exercício de sua discricionariedade, implicando na criação de novos direitos.

Assim, surgem importantes questionamentos que necessitam ser respondidos, dentre os quais: seria o direito formado estritamente por regras ou acrescido por princípios? A textura aberta do direito legitima o “poder de escolha” do juiz dentro de sua discricionariedade? É possível falar-se em resposta correta diante dos *hard cases* e, portanto, se ter limites para a atuação do julgador em um modelo constitucional notadamente principiológico?

A pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, com uma abordagem referente ao exercício da discricionariedade por parte dos juízes, principalmente diante dos *hard cases*, levantando-se as contribuições de Hart e Dworkin para se estabelecer a (im)possibilidade deste exercício, em um contexto em que são muitos os

questionamentos acerca dos limites e da legitimidade de atuação do Poder Judiciário, notadamente em face de seu protagonismo no Estado Democrático de Direito.

2. HART, A “REGRA DE RECONHECIMENTO” E A TEXTURA ABERTA DO DIREITO: PRESSUPOSTOS À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A fim de que se compreenda o contexto em que se desenvolveu a teoria de Hart, é necessário que se diga que o professor britânico da Universidade de Oxford era liberal, tendo se manifestado, em seus escritos, contra a pena de morte, contra a discriminação por opção sexual, a favor do aborto, dentre outros temas complexos, demonstrando-se um defensor da democracia e dos valores de igualdade e de tolerância (STOLZ, 2007, p. 102).

Hart (1994, p. 5) destacou-se, sobretudo, pela obra “O conceito de direito”, a qual tem importante significado à teoria do direito, eis que raras questões atinentes à sociedade humana têm sido apresentadas com tanta constância e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão abundantes, variadas, estranhas e até paradoxais como a pergunta: o que é o Direito?

O autor constituiu-se em um expoente do positivismo jurídico, sistema que é, “queiramos ou não, o ‘coração do direito’ (no mínimo no tocante ao estudo da complexidade do fenômeno)” (STRECK, 2010, p. 16-17). Em outras palavras, é necessário se dizer que existe algo na teoria do direito, incluindo-se a sua operacionalidade, que, de forma histórica, tem sido elencado à própria condição de possibilidade, o positivismo (STRECK, 2010, p. 17).

Neste contexto, a teoria de Hart se apresenta como uma importante construção conceitual no que tange às normas e à própria estrutura do ordenamento jurídico, sem deixar de lado as noções de existência, validade e eficácia da regra jurídica, dando “uma particular atenção à aceitação que manifestam aqueles sujeitos que ajustam suas condutas às normas e também aos que proclamam e aplicam o Direito existente em uma determinada comunidade” (STOLZ, 2007, p. 102).

Assim, o autor impõe algumas premissas, formando o seu raciocínio a partir da ideia de que o direito só se faz imaginável se admitida a transmissão de padrões gerais de condutas a todos (HART, 1994, p. 63). Por conseguinte, o ordenamento jurídico é um sistema formado por regras (primárias e secundárias). As primárias impõem deveres e obrigações (positivos ou negativos) aos indivíduos, enquanto as secundárias concedem poderes, seja aos particulares, seja às autoridades, para criar, determinar, modificar ou extinguir os efeitos das regras primárias (MALUF, 2008, p. 497):

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres

humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação (HART, 1994, P. 91).

Necessário observar que, para Hart, ambas as regras constituem-se em regras sociais, as quais possuem origem e existência nas práticas humanas e seu cumprimento não se traduz em uma exigência de obediência moral. Diante disso, indaga-se: onde está a validade deste sistema de regras? O que constitui as regras primárias e secundárias Direito? Em resposta, Hart institui a regra de reconhecimento: regra secundária que impõe critérios para que as demais sejam válidas (TASSINARI, 2010, p. 10).

Para o autor britânico, as leis são acatadas pelos seres humanos e perfilhadas como válidas a partir de uma autoridade institucional e não por uma imposição de um soberano, o que constitui a denominada regra de reconhecimento (*Rule of Recognition*) (HART, 1994, p. 111). Assim, o que é fundamental é a consideração da referência ao escrito ou à inscrição enquanto possuidores de autoridade, ou seja, como a forma adequada à erradicação das dúvidas referentes à existência da regra, pois onde exista este reconhecimento, haverá uma forma simples de regra secundária, qual seja uma regra à identificação concludente das regras primárias de obrigação (HART, 1994, p. 104):

Onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem, como vimos, tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao ato legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos (HART, 1994, p. 111).

Hart (1994, p. 112-113) adverte que, em sistemas jurídicos modernos, nos quais há uma diversidade de fontes do direito, a regra de reconhecimento é reconhecidamente mais complexa, uma vez que os critérios para identificar o direito são múltiplos e habitualmente incluem uma Constituição escrita, a aprovação pelo legislativo e precedentes judiciais. Com efeito, “na construção hartiana, uma norma somente pertencerá a um ordenamento jurídico se a regra de reconhecimento identificá-la como tal, outorgando-lhe validez” (STOLZ, 2007, p. 106).

Em suma, o fundamento de Hart (1994, p. 123) para chamar a regra de reconhecimento de direito é o de que “a regra que faculta os critérios para a identificação das outras regras do sistema pode bem ser concebida como um elemento definidor de um sistema jurídico e, portanto, digna ela mesma de se chamar ‘direito’”, ocorrendo “o denominado critério de filiação que pode ser enunciado da seguinte forma: uma norma pertence a um ordenamento jurídico S, se, e apenas se, satisfaz algum dos critérios formulados pela regra de reconhecimento de S” (STOLZ, 2007, p. 106-107).

Os sistemas jurídicos, para Hart, sempre apresentarão duas necessidades: a necessidade de determinadas regras que versem sobre grandes zonas de conduta, sem uma orientação oficial nova ou sem regular as questões sociais e a necessidade de deixar em aberto, para resolução posterior, por intermédio de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas em um caso concreto (STOLZ, 2007, p. 143). Isso caracteriza a textura aberta das regras (direito, para Hart), pois “não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem diretivas oficiais ulteriores” (STOLZ, 2007, p. 144).

Assim, Hart reconhece que há casos simples, os quais sempre ocorrem em contextos semelhantes, para os quais as expressões gerais são perfeitamente aplicáveis (*easy cases*), havendo, entretanto, os casos em que esta aplicabilidade não é tão clara (*hard cases*). Nestes, a interpretação não pode eliminar as incertezas, apenas diminuí-las (STOLZ, 2007, p. 144). Como exemplo, pode-se indicar o seguinte: há uma placa, na entrada de um parque, explicitando que é proibido o trânsito de veículos. Dessa forma, um automóvel indubitavelmente se constitui na vedação. *Easy case!* A bicicleta e o patins, entretanto, estão abarcados na vedação? *Hard case!* (ROSA, 2007, p. 112). Tem-se, então, que somente para os casos fáceis é que se torna possível o emprego direto do raciocínio silogístico, não sendo possível afirmar o mesmo em relação aos casos difíceis.

Em outras palavras, as regras possuem uma textura aberta, pois detêm um rígido núcleo de significado e uma zona de incerteza (penumbra). Assim, o juiz, quando se deparar com a zona de penumbra, detém o poder de escolha, dentre os inúmeros significados que podem ser atribuídos à lei (TASSINARI, 2010, p. 11), pois “a textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso” (HART, 1994, p. 148).

Esta textura aberta, segundo Hart (1994, p. 149), desencadeia a possibilidade do exercício da discricionariedade judicial, que será abordado em tópico específico deste trabalho, pois em qualquer sistema jurídico, se deixa em aberto um amplo e importante domínio para o exercício discricionário pelos tribunais e pelos demais intérpretes oficiais, ao tornarem precisos padrões que, inicialmente, eram vagos, havendo a possibilidade de o juiz “criar o direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente” (HART, 1994, p. 335).³

³ É necessário, aqui, que se questione o significado de criar o direito. A nosso ver, utilizando-se do exemplo trazido anteriormente, criar o direito significaria estabelecer uma regra que proíbe a circulação de veículos no parque. Ademais, nos outros casos, se constitui em simples interpretação, a não ser que, pela compreensão de que os patins estão abarcados nesta proibição, se depreenda que o intérprete está criando o direito. A pergunta que se apresenta é: será que o juiz, ao interpretar a regra, realmente está criando algo novo? O direito, em si, não permanece exatamente o mesmo (proibição de veículos no parque)? A inclusão dos patins não objetiva a preservação do direito estabelecido (preservar a regra de proibição de circulação de veículos no parque)? Assim sendo, o problema passa, justamente, pelo conceito de direito, pela noção de completude que se adota, fontes, etc.

Necessário consignar-se, ainda, acerca de Hart, a relação entre o direito e a moral, para quem “um aspecto desta forma de separação do direito e da moral é o de que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais” (HART, 1994, p. 331). O autor destaca que os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com os seus meios coercitivos, concomitantemente, protege e restringe a liberdade individual, ou seja, ao mesmo tempo em que confere aos indivíduos (lhes nega) o poder de recorrerem ao aparelho coercitivo do direito. (HART, 1994, p. 331-332).

Com efeito, sejam as leis moralmente más ou boas, injustas ou justas, os direitos e deveres exigem atenção, como ponto principal, nas atuações do direito, que se revestem de fundamental importância aos seres humanos, independentemente dos méritos morais do direito, pois, para Hart (1994, p. 332), é falso dizer que “as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação de sua existência”.

A relação entre o direito e a moral é um dos motivos que caracterizam Hart como um “positivista moderado”, pois o autor não recusa completamente o conteúdo moral do direito, como, historicamente, se caracterizou o positivismo jurídico. A característica diferenciada de Hart é que ele admite que o direito possa sofrer influência da moral, ressaltando, todavia, que, não, necessariamente, isso ocorra – assim como sua validade não depende dela, já que, para isso, há a regra de reconhecimento (TASSINARI, 2010, p. 8-9).

Dito de outra forma, é possível assentar que o autor não nega a possibilidade de vínculo entre a moral e o direito, mas apenas afirma que a validade das regras jurídicas não depende desta relação, razão pela qual, mesmo que as correntes positivistas não concordem com a afirmação, Hart representa, verdadeiramente, um pensamento médio (STRECK, 2009, p. 398).

Em suma, para Hart, os sistemas jurídicos possuem regras com textura eminentemente abertas, o que possibilita uma escolha discricionária por parte do intérprete (o que faz nascer o questionamento acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário). Diferentemente do pensamento de Dworkin, que será visto a seguir, para ele, embora o direito e a moral não se encontrem em planos totalmente apartados, a regra de reconhecimento impõe validade ao direito, independentemente do que se possa pensar a respeito da regra jurídica.

3. DWORKIN, OS PRINCÍPIOS E O DEVER DA “RESPOSTA CORRETA”: PRESSUPOSTOS À NÃO INCIDÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Ronald Dworkin, norte-americano, foi o substituto de Hart na Universidade de Oxford e o principal crítico de sua teoria, o que ensejou, inclusive, a

publicação de um posfácio à obra “O conceito de direito”. Embora tenha criticado duramente a teoria de seu antecessor, Dworkin afirmou por diversas vezes que a sua filosofia jurídica tinha a finalidade aberta de superar as limitações do positivismo, espaço dentro do qual Hart teria elaborado a mais bem acabada teoria, especialmente no âmbito do *common Law* (PAULINI, 2006, p. 171).

A teoria proposta baseia-se principalmente na concepção de que os juízes, ao decidir, devem recorrer a modelos que não operam simplesmente com regras, mas somados aos princípios (aspectos morais e valorativos), os quais, na sua concepção, também compõem o direito (LEAL, 2007, p. 165).

Assim, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Ambos assinalam para decisões peculiares acerca da obrigação jurídica em situações específicas, distinguindo-se, entretanto, no que condiz à natureza da orientação que oferecem. As regras referem-se ao modo do tudo ou nada. Apresentados os fatos que uma regra regula, a regra é válida, e, nesta hipótese, a resposta que ela apresenta deve ser aceita, ou não é válida, e, assim, em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Dworkin (2002, p. 42) assegura que, quando houver um conflito entre princípios, o juiz deve realizar uma ponderação, considerando-se a força relativa individual, a cada um deles, aplicando-se o princípio mais adequado ao caso concreto, como uma espécie de razão que balizasse para um posicionamento em detrimento de outro, advertindo, porém, que esta não pode ser uma mensuração exata e a decisão que assinala a importância de determinado princípio ou política particular sobre os demais será, constantemente, objeto de controvérsia.

Na construção de sua teoria acerca dos princípios, Dworkin (2002, p. 141) buscou explicitar a distinção entre os princípios e as diretrizes políticas. Para ele, os argumentos de princípio são destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Dito de outro modo, enquanto um princípio (*principle*) preceitua um direito e, por conseguinte, possui uma vindicação de justiça ou qualquer outra dimensão de moralidade, a diretriz política (*policy*) institui um objetivo, um propósito coletivo, a ser alcançado na sociedade.

Dworkin atribui o *status* de “trunfos” aos argumentos de princípio, de forma que, em uma colisão, estes devem prevalecer sobre os argumentos baseados em diretrizes políticas, pois “os direitos individuais são ‘trunfos’ que devem ser utilizados contra programas políticos fixados por decisões majoritárias precisamente porque constituem princípios de direito que devem ser interpretados como comandos obrigatórios, e não como valores especialmente preferidos” (CITTADINO, 2004, p. 182).

Hart admite que, durante muito tempo, a mais conhecida das críticas de Dworkin à sua teoria foi a de que ela apresenta o direito como consistindo apenas de regras de tudo ou nada, ignorando uma espécie diferente de padrão, os

princípios jurídicos (HART, 1994, p. 321). Argumenta, porém, que não entende coerente a afirmação de Dworkin de que o direito engloba não apenas as regras de tudo ou nada, mas também os princípios, porque a distinção entre a regra e o princípio é uma questão de grau, uma vez que o sistema jurídico não contém apenas regras de tudo ou nada ou regras quase conclusivas (HART, 1994, p. 324-325). Neste ponto, importante se torna a crítica de Atienza (1997, p. 204):

A diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, mas sim de tipo qualitativo ou conceitual. As *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso *determinações* no campo do possível fática e juridicamente. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a *subsunção*. Os *princípios*, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandatos de otimização* que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus.

Streck (2009, p. 400) destaca que a diferença/cisão entre regra e princípio deve ser analisada sob o prisma do paradigma hermenêutico, sob pena de, além de gerar incompreensão, provocar confusões. Para o autor, esta diferença será percebida unicamente no plano apofântico, no qual é possível visualizar que o princípio, diferentemente das regras, carrega uma carga de filosofia prática, motivo pelo qual acaba sendo associado a valores, enquanto as regras constituiriam uma técnica à consolidação destes valores. No plano hermenêutico, por sua vez, existe a pré-compreensão como condição de possibilidade, a qual impõe óbices à distinção estrutural entre regras e princípios:

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem tampouco que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Ora, regra e princípio são textos, d’onde se extraem normas. Regras (se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade (STRECK, 2009, p. 401).

Desta forma, é necessário que se tenha em mente que “o princípio não é a ‘norma da regra’; também a regra não é um ‘ente disperso no mundo jurídico ainda sem sentido’”. A diferença é que sempre haverá uma ligação hermenêutica entre regra e princípio” (STRECK, 2009, p. 401), pois “não fosse assim não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio” (STRECK, 2009, p. 401). Em suma, é imperioso compreender que, frente ao conceitualismo decorrente do império das regras em um contexto de subsunções e deduções que nada mais representam senão reforçar a subjetividade (discricionariedade) do intérprete, os

princípios se constituem em um instrumento para a superação do paradigma da dedução – causalista/explicativo (STRECK, 2009, p. 401).

Neste ambiente, “Dworkin pensa que a reduzida perspectiva positivista que se situa apenas no âmbito das normas-regra é que levará os positivistas, em determinados casos, a aceitarem a discricionariedade do intérprete” (CELLA, 2005, p. 6). Para a teoria do direito de Dworkin, os juízes não seriam detentores de um poder discricionário para decidir casos para os quais não encontravam solução direta pela simples leitura dos dispositivos legais (FACCI, 2011, p. 135), pois se “levassem também em consideração os princípios que informam as normas jurídicas concretas (regras), seria possível que a sua literalidade fosse desatendida pelo juiz quando em desconformidade com algum princípio que se revelasse relevante no respectivo caso concreto” (CELLA, 2005, p. 6).

Surge, então, a tese da “resposta correta”. Dworkin defende que os *hard cases* possuem sim uma resposta correta. Estando consciente da diferença entre regras e princípios e o papel que ambas as espécies de norma desempenham, o intérprete terá o dever de encontrar a melhor perspectiva de interpretação frente às determinadas circunstâncias. Assim, diante dos casos difíceis, o juiz tem o dever de justificar suas razões e observar determinados padrões dogmáticos, alinhando suas decisões aos padrões de racionalidade prática, como os princípios de universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências, ou seja, ao Direito como integridade (CELLA, 2005, p. 7-9):

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

Streck (2010, p. 29) vê a resposta correta como uma metáfora, assim como o juiz Hércules de Dworkin também é, mas destaca que a busca de respostas corretas em direito é mais do que uma possibilidade, é uma necessidade. Dessa forma, é defeso haver decisão judicial não fundamentada e justificada em um sistema coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito, pois só assim terá “por superada a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito” (STRECK 2010, p. 36).

Significa dizer que não é que haja uma única “resposta correta”, pré-determinada, que só necessite ser descoberta pelo intérprete/aplicador. Ocorre que, enquanto construção, a argumentação e a utilização dos elementos fornecidos pelo ordenamento jurídico proporcionam elementos que possibilitam uma

“resposta correta”, fazendo com que o juiz não possa decidir “qualquer coisa” e de “qualquer forma”. Assim, Dworkin adota a ideia de direito como integridade, uma espécie de “romance em cadeia”, envolvendo, além dos aspectos morais, a tradição histórica de determinada sociedade.

Por consequência, a compreensão de direito como integridade implica um procedimento de interpretação construtivista que não só justifique o direito positivo à luz de princípios morais, mas também, garanta o grau de certeza exigido pelo direito. Disso decorre “a exigência formulada por Dworkin no sentido de que os princípios decorrentes da moralidade política devam justificar tanto a produção legislativa (*legislation*) como as decisões judiciais (*adjudication*)” (CITTADINO, 2004, p. 187).

Percebe-se que Dworkin estabelece, em seu combate ao positivismo jurídico, uma íntima relação entre direito e moral, ao instituir a ideia de que o ordenamento jurídico é formado não apenas por regras, mas também por princípios. Para ele, “estes princípios – nos quais se ancora a concepção de direito como integridade – são exigências de justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade” (CITTADINO, 2004, p. 186-187). Necessário frisar que, em particular, o pensamento de Dworkin é marcado pelo fato de que, para ele, a moral está integrada ao próprio direito positivo, e não fora dele (metafísico)⁴.

Por fim, enquanto Dworkin classifica a discricionariedade judicial como antidemocrática, Hart afirma que a discricionariedade é o preço que se deve pagar, a fim de evitar a inconveniência de métodos alternativos de regulamentação dos litígios envolvendo os *hard cases* (STRECK, 2009, p. 398). Assim é que o tema da discricionariedade judicial em Hart e em Dworkin, partindo-se dos pressupostos até agora apresentados, em um contexto pós-moderno, marcado por fenômenos como a judicialização da política e do ativismo judicial, constitui-se o conteúdo do tópico seguinte.

4. AS CONCEPÇÕES DE HART E DWORKIN E OS (DES) CAMINHOS À (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE EM UM CONTEXTO PÓS-MODERNO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Como visto, o conceito de direito exposto por Hart concebe-o como um sistema de regras. Em suma, a regra de reconhecimento consente que as pessoas saibam se determinada norma de conduta integra o sistema de normas de conduta jurídicas, aplicadas pelos juízes (POSNER, 2012, p. 144-145). Ocorre que, como nem todas as normas são precisas, para Hart, ocorre situações em que os

⁴ A propósito, ler: GUASTINI, Riccardo. *Théorie et Ontologie du Droit chez Dworkin*. In: *Droit et Société: revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986. Disponível em: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds02/002-03.pdf>>. Acesso em 12 jan 14.

juízes não conseguem decidir uma causa mediante a aplicação de uma norma jurídica já existente e, quando se deparam com causas que ainda não são reguladas juridicamente, os juízes exercem sua discricionariedade (POSNER, 2012, p. 145).

Hart, em seu posfácio da obra “O conceito de direito”, afirma que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, defendendo, entretanto, que todas as regras detêm um núcleo rígido de significado e uma zona de incerteza (zona de penumbra), diante da qual, em razão da incerteza, o juiz possui o poder de escolha (TASSINARI, 2010, p. 10-11). A questão que se apresenta é: quais os limites desta escolha? O juiz decide como bem entender?

O autor positivista admite que o conflito mais aguçado entre a sua teoria jurídica e a teoria de Dworkin é promovido pela sua afirmação de que em todo o sistema jurídico, sempre haverá “certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto” (HART, 1994, p. 335) razão pela qual o juiz “deve exercer o seu poder discricionário e criar o direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente” (HART, 1994, p. 335).

Para Hart (1994, p. 140), a discricionariedade é conferida pela linguagem, podendo ser muito ampla, de modo que, se aplicar a regra, a conclusão constitui, em verdade, uma escolha, mesmo que seja arbitrária ou irracional. Em outras palavras, para sua teoria, na resolução dos *hard cases*, “queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito objeto)” (STRECK, 2009, p. 391), ou, nas palavras mais eufêmicas de Posner (2012, p. 151), “o juiz é obrigado a fazer uma escolha de valores baseada na intuição e na experiência pessoal”.

Hart (1994, p. 337-338) tenta amenizar esta visão ao afirmar que “quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito”, não se curva, porém, à tese da resposta correta, e mantém sua posição de que não se “elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles” e, em assim agindo, decidirá “como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz”.

Em sua árdua defesa da possibilidade do exercício discricionário do juiz, mesmo que o autor reconheça que exista uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que deixam clara a distinção entre o Legislador e

o Juiz e que este não cria ou molda, insiste que “há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, em que o juiz tem uma tarefa inevitável, embora ‘intersticial’, de criação de direito, e que, tanto quanto diz respeito ao direito, muitos casos podem ser decididos num sentido ou outro” (HART, 1994, p. 337).

Imagine-se, então, este exercício aplicado ao contexto constitucional brasileiro, notadamente principiológico e aberto, sem “soluções dadas pelo legislador”, elencando direitos fundamentais e proteção à dignidade humana, os quais necessitam de interpretação, fazendo com que o Poder Judiciário passe a desempenhar não apenas uma atividade interpretativa, mas criativa.

Dworkin, por sua vez, rechaça esta visão e busca “demonstrar como é possível superar o princípio positivista da absoluta separação entre os mundos do direito, da moral e da política” (CITTADINO, 2004, p. 188). Para ele, “se os princípios decorrentes da moralidade política migram para o interior do direito positivo, o ordenamento jurídico nem resulta, como assegura Austin, da vontade política de um legislador soberano, nem, como supõe Hart, de uma regra de reconhecimento” (CITTADINO, 2004, p. 188). Dessa forma, o Direito, para Dworkin, além de não poder ser explicado por um modelo positivista estritamente normativo, que ignora a sua dimensão moral substantiva, não é formado estritamente por regras, mas por normas e princípios.

Assim, com este acréscimo dos princípios, ignorados por Hart, ele estabelece que a diferença lógica entre as normas e os princípios reside no fato de que estes últimos detêm uma dimensão de “peso” ou “importância” de que carecem as normas, ou seja, enquanto a norma possui o status do “tudo ou nada”, o princípio possui o status do “sopesamento”, pois, diante de uma colisão, mesmo que se opte por um, o preterido não deixará de possuir validade (CITTADINO, 2004, p. 189).

Dessa forma, ao atribuir um sentido de validade deontológico aos princípios, Dworkin se volta contra a tese da função discricionária dos juízes formulada pelo positivismo jurídico, pois, ao se deparar com os *hard cases*, o juiz deve aceitar e reconhecer determinados princípios jurídicos obrigatórios, os quais, juntamente com as normas, integram o direito (CITTADINO, 2004, p. 189-190).

Contrapondo Hart, Dworkin defende que os juízes não podem apelar para as suas próprias convicções e crenças, pois “em face de ‘casos difíceis’, devem recorrer a uma interpretação racionalmente construída a partir de princípios, considerando não apenas a Constituição como um todo, mas também a história e as práticas constitucionais” (CITTADINO, 2004, p. 192), ou seja, “os juízes têm o dever de ser filósofos morais” (POSNER, 2012, p. 145), pois os julgadores se dedicam a praticar a filosofia moral aplicada, eis que “sempre que um juiz consciencioso vai além da aplicação das normas, ele efetua necessariamente um raciocínio moral, pois está tomando uma decisão normativa que não se origina do direito” (POSNER, 2012, p. 153).

A noção da “resposta correta” de Dworkin visa a combater a ideia de que, na ausência de previsões, podem os juízes exercer “uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras)” (STRECK, 2009, p. 407). A resposta correta que, para Streck (2009, p. 407-408), não é a única e nem uma entre várias, “será a ‘resposta hermeneuticamente correta’ para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*” e deverá estar justificada no plano de uma argumentação racional.

O autor norte-americano chega a indagar: “quando não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito?” (DWORKIN, 2001, p. 175). Dworkin combate duramente a atitude positivista de que não há uma resposta certa, chegando a afirmar que os casos sem nenhuma resposta certa em um dado sistema jurídico, “se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha” (DWORKIN, 2001, p. 215). Assim, ao buscar a resposta correta em um caso difícil, diante da textura aberta ou da inexistência de uma regra, o juiz não tem poder discricionário para decidir, eis que está vinculado aos princípios (DWORKIN, 2002, p.128-129).

Por derradeiro, é necessário que se leve em consideração que, mesmo que exista, por mais raro que seja, algum caso em que não haveria uma resposta certa, e que o juiz pudesse exercer o poder discricionário, não significa que esteja livre para decidir sem se utilizar de padrões de bom senso e equidade (DWORKIN, 2002, p. 53). Esta discussão cresce de importância diante de questões como a judicialização da política (cenário em que questões até então apreciadas pelo demais Poderes, passam a ser decididas pelo Judiciário, a exemplo do controle jurisdicional de políticas públicas) e do ativismo judicial (fenômeno em constante debate, que discute a atuação proativa do julgador).⁵

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é necessário, antes de tudo, ressaltar que o debate entre positivistas e pós-positivistas permite maior aprofundamento, necessitando-se, sempre, adequá-lo ao respectivo sistema jurídico de cada Estado, além da realidade sociocultural em que se desenvolve. Ao que se propôs este ensaio, porém, foi possível perceber algumas das características próprias das teorias do direito construídas por Hart e por Dworkin que, contemporaneamente, amoldam o exercício jurisdicional, estando presentes na discussão relacionada ao ativismo judicial.

A questão da discricionariedade judicial constitui-se em um dos pontos a ser estudado, principalmente diante da relevância que se tem dado ao estudo do

⁵ A propósito de judicialização e ativismo judicial, ler: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. t. 13. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013. p. 217-246.

denominado processo de judicialização ou, ainda, no tocante ao ativismo judicial, principalmente frente às situações ainda não regulamentadas (ausência de regra expressa) ou de forte indeterminação (textura aberta), os *hard cases*⁶.

Com efeito, há de se afirmar que tanto a teoria de Hart quanto a de Dworkin apresentam suas contribuições para a compreensão do processo de judicialização, caracterizado por uma atuação destacada do Poder Judiciário, notadamente no controle jurisdicional de políticas públicas. A diferença reside no tocante a que, enquanto Hart defende este desempenho com uma forte atuação discricionária, com o juiz figurando como uma espécie de legislador, criando novos direitos, Dworkin defende o exercício jurisdicional baseado na interpretação conjunta entre regras e princípios, estabelecendo a “resposta correta” aos casos difíceis, considerando o direito como integridade.

Há de se reconhecer que o Direito não é formado estritamente por regras, sejam primárias ou secundárias, mas também por princípios, os quais possuem força normativa e passam a balizar a atuação jurisdicional. Do mesmo modo, não há de se admitir que a textura aberta do direito legitima o “poder de escolha” do juiz dentro de sua discricionariedade, sem estar relacionada aos preceitos balizadores do direito, pois quando atingir esta decisão, em observância às regras e aos princípios, levando-se em consideração os vetores morais da sociedade, estará o juiz diante da resposta correta ao *hard case*.

Não há de se admitir um positivismo, por qualquer faceta que se apresente, legitimador de um exercício discricionário, do qual resultarão decisionismos e arbitriedades, que não leve em conta o modo prático que se apresenta, o qual enseja um verdadeiro “estado de natureza hermético”, com cada juiz decidindo do jeito que quer, de acordo com sua subjetividade, o que conduz ao ativismo judicial.

Por outro lado, há de se ter cautela no tocante aos reflexos advindos da institucionalização da moral no direito, que, diga-se de passagem, torna-se uma aproximação necessária, pois é necessário que estabeleça um efetivo controle do “produto final da interpretação do direito”, de sua aplicação pelos juízes e tribunais. Dito de forma sintetizada, o grande desafio à teoria do direito contemporânea é construir caminhos para que “o poder dos juízes” não se sobreponha ao próprio direito em um cenário pós-moderno de judicialização e ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. 2. reimp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁶ A exemplo, pode-se destacar as recentes decisões do STF, como o julgamento da questão da fidelidade partidária, a autorização para pesquisas envolvendo células tronco-embriônicas, o (não)uso de algemas, o direito de greve dos servidores públicos, o fim do nepotismo nos Poderes do Estado, a descriminalização do aborto em caso de fetos anencefálicos, a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol em Roraima, a possibilidade da união estável homoafetiva, as cotas raciais em universidades públicas, dentre outras decisões de relevante impacto, tanto na seara social, quanto política.

CELLA, José Renato Gaziero. *Legalidade e discricionariedade: o debate entre Hart e Dworkin*. In: Anais das XIX jornadas Argentinas y Primeras Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofia Jurídica y Social. San Carlos de Bariloche: AAFD, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACCI, Lucio Picanço. *Discricionariedade Judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação*. In: Revista da EMERJ. v. 14. n. 56. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MALUF, Sérgio Roberto. O “Novo” Positivismo: breves apontamentos históricos e a perspectiva atual. In: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. n. 9. Curitiba: Unibrasil, 2008.

PAULINI, Umberto. *Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin*. In: Revista Eletrônica do CEJUR. v. 1. n. 1. Curitiba: UFPR, 2006.

POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *A Discricionariedade Judicial em Herbert L. Hart e em Hans Kelsen*. In: Revista Humanidades em Diálogo. v. 1. n. 1. São Paulo: USP, 2007.

STOLZ, Sheila. *Um modelo de Positivismo Jurídico: o pensamento de Herbert Hart*. In: Revista Direito GV. v. 3. n. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juizes”*. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da

Opet. 1. ed. v. 1. Curitiba: Opet, 2009. Disponível em: < http://www.animaopet.com.br/anima_1.html>. Acesso em: 27 jul 13.

_____. *O (Pós-)Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários*. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n. 7. Vitória: FDV, 2010.

TASSINARI, Clarissa. *As transformações da Teoria do Direito Contemporânea no contexto do trinômio Moral-Princípios-Discrecionabilidade: uma abordagem no marco de O Conceito de Direito de Herbert Hart*. In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 3. v. 3. n. Franca: FDF, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/100>>. Acesso em: 27 jul 13.

CAPÍTULO 12

POSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O MUNICÍPIO DESAPROPRIAR BENS FEDERAIS

Camila Januário Ferreira Soares¹
Sávio de Aguiar Soares²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise possibilidade de o Ente Federado Municipal desapropriar bens públicos federais.

Com a promulgação do Decreto-Lei 3.365/1941 restou estabelecida uma ordem expropriatória entre os entes federados, de modo que, conforme o art. 2º, §2º do mencionado Decreto-Lei, os bens dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal podem ser desapropriados pela União e os bens do Município pelo Estado, donde o Município não poderia expropriar bens das demais entidades federais.

No entanto, a constitucionalidade deste artigo tem sido bastante discutida, tendo em vista que, *prima facie*, afronta o princípio constitucional do federalismo, especialmente no que tange à autonomia dos entes federados.

O tema é polêmico, pois parte da doutrina entende pela plena aplicabilidade do mencionado texto legal; já outra vertente doutrinária compreende que o artigo implica em cerceamento da autonomia federativa municipal.

O presente trabalho encontra justificativa na relevância da matéria nele tratada, dada a divergência de posicionamentos com relação a sua temática. Fundamenta-se na necessidade de aprofundamento de estudo referente à possibilidade de o Município, ente autônomo integrante da federação brasileira, exercer

¹ Advogada. Graduada pela Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Administrativo.

² Advogado. Procurador do Estado de Minas Gerais. Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG.

plenamente sua autonomia perante as demais pessoas que compõem a República Federativa do Brasil.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FEDERALISMO BRASILEIRO

2.1. Conceito de Federalismo e o Conteúdo Mínimo do Princípio federativo

Para melhor discussão do tema em comento, importa primeiramente tecer breves considerações sobre a conceituação do termo federalismo.

Neste sentido, consoante lição de Letícia Queiroz de Andrade, o termo federação pode ser aplicado para apontar um modelo de organização territorial do poder político, que se caracteriza pela “descentralização do poder político entre entidades de base territorial distintas, dotadas de autonomia recíproca, mas integradas em um território único, correspondente a um só Estado, o Estado federal” (ANDRADE, 2004, p.30). Tais critérios constituem os requisitos mínimos para diferenciar a forma federativa de outras duas formas de organização do território: a Confederação de Estados e o Estado Unitário.

Para o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva (2001), o Estado federal consubstancia a totalidade, dotada de personalidade jurídica de Direito Público Internacional. Em sua linha de entendimento, preleciona que o Estado Federal é constituído pela união de estados autônomos, para a formação de um ente estatal soberano.

O mesmo autor faz importante distinção entre os termos soberania e autonomia e seus respectivos titulares, segundo o qual:

o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular de soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal. (SILVA, 2001, p. 100)

A soberania é, pois, o poder supremo consubstanciado na capacidade de autodeterminação. É ente federado soberano o que possui personalidade de direito público interno (em face dos demais entes federados) e externo (com relação aos demais Estados que formam a conjuntura geopolítica mundial).

Já a autonomia presume a divisão interna de competências para desempenho de sua atividade normativa. Tal distribuição de poderes é marco nuclear da ideia de Estado Federado. A autonomia apóia-se em dois pilares fundamentais, quais sejam a existência de órgãos governamentais independentes dos órgãos federais no que tange ao preenchimento de seus cargos; e o exercício de competências exclusivas.

Letícia Queiroz de Andrade explica que a descentralização constitucional tripartida do poder político, a autonomia recíproca, o equilíbrio federativo, a integração nacional e a cooperação, constituem o conteúdo jurídico do princípio federativo brasileiro.

Ao fim, destaque-se que a federação deverá ser analisada precipuamente à luz da Magna Carta que a viger. Em síntese, na Constituição estarão contidos os princípios sob os quais se erige determinado Estado federado.

2.2. Histórico do Federalismo Brasileiro

O Federalismo surge no Brasil com o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, o qual instituiu também o regime republicano de governo. A ratificação do Brasil como Federação deu-se na primeira Constituição da República (1891), que estabeleceu que a República Federativa seria então formada pela união de suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil.

Todas as Cartas Constitucionais que se seguiram a esta mantiveram o Brasil como um Estado Federal. Ressalve-se que na Constituição de 1937 e na de 1967, assim também na vigência da emenda 1/69, o Brasil teve apenas uma Federação Fechada.

2.3. O Federalismo na Constituição da República de 1988

Na Constituição atual, o princípio federativo é “a linha mestra da tradução normativa de uma opção política referente à forma de organização territorial do poder político no sistema jurídico brasileiro, com relação ao qual desempenha o caráter de princípio fundamental”. (ANDRADE, 2006, p.25).

Tal princípio aparece insculpido já no art. 1º da Constituição da República de 1988 (CR/88), pelo qual a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. O caráter fundamental deste princípio foi erigido à condição de cláusula pétrea (*ex vi* art. 60, § 4º, CR/88), sendo vedada até mesmo a deliberação de propostas tendentes a aboli-lo.

Um marco importante para a caracterização do federalismo brasileiro, opção feita pelo constituinte originário, resta configurado no art. 34 da CR/88, na medida em que se ratifica a autonomia recíproca por meio da regra da não intervenção (devidamente excepcionada conforme delimitadores constitucionalmente estipulados). Neste diapasão, nota-se que a medida tem evidente caráter sancionatório. Evidencia-se, pois o caráter eminentemente político da medida, com esboço constitucional, e, portanto, diferente de um controle meramente administrativo.

No *caput* do art. 18 da CR/88 fica ratificada a opção federativa do Brasil, na medida em que é vaticinado que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal

e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). União, Estados, Distrito Federal e Municípios são, pois, os componentes do Estado Federal Brasileiro.

Em verdade, as normas jurídicas referentes à organização político-administrativa nacional têm em si todos os atributos que permitem a utilização do verbete “Federação” para classificar a forma de Estado adotada pela Carta Magna hoje em vigor, de modo que o poder político é descentralizado entre os entes federados, cada qual com base territorial distinta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), todos eles com autonomia recíproca e vinculados a um macro território único, correspondente a um só Estado soberano, a República Federativa do Brasil.

Desta forma, a CR/88 adota um sistema de divisão de atribuições, que busca concretizar o equilíbrio federativo, “por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30)”. (ANDRADE, 2006, p. 477). Mas, apesar de ter estabelecido estas reservas específicas, o constituinte originário entendeu por bem permitir a delegação de algumas atribuições (art. 22, parágrafo único, CR/88), bem como competências comuns entre as esferas federativas (art. 23 CR/88) e ainda competências concorrentes, mas sendo estas últimas apenas entre União e Estados.

A divisão de competências (privativas/exclusivas, concorrentes e comuns) se deu conforme a matéria a ser tutelada, com esboço na qualificação (ou quantificação) do interesse sobre a qual esta versa. De fato, na CR/88 (MORAES, 1998, p. 259):

o princípio que norteia a repartição de competências entre as entidades federativas é o da predominância do interesse através do qual “[...] à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se às matérias de predominante interesse regional, e aos municípios concernem os assuntos de interesse local

Quanto às competências privativas, as matérias que têm por base o interesse nacional são aquelas que devem ser tratadas do mesmo modo em todo o âmbito nacional, assegurando-se uniformidade em sua aplicação; estas foram atribuídas à União. Aos Estados foram relegadas matérias de interesse regional, e, sob a égide do mesmo raciocínio, aos Municípios restaram as matérias que versem sobre interesses locais. A este respeito, Letícia Queiroz de Andrade (2006, p. 43) detalha que:

Quanto à qualificação jurídica de matérias como de interesse regional e local, embora existam algumas matérias que tenham sido assim qualificadas pela

Constituição (respectivamente, arts. 25, caput e §§ 1º, 2º e 3º; 30 caput; 39; 144, §8º e 182), a especificação das matérias que compõem o campo residual de competências dos estados e das que compõem o campo local dos Municípios será estabelecida nas respectivas leis, já que tanto não fez a Constituição, respeitando-se, é claro, os parâmetros nela estabelecidos

No que tange às matérias de competência concorrente, a ideia é que os Estados não legislem ilimitadamente sobre elas, mas sim o façam conforme prévio entendimento vaticinado na legislação federal. Ou seja, devem seguir as regras gerais esposadas em legislação federal, o que consubstancia consequência da diretriz da integração nacional, a qual determina aos entes federados a obediência de padronização que visa a um caráter homogêneo. Objetiva-se, novamente, o bem comum.

Com relação às disciplinas reservadas à competência comum, não há uma divisão de competências, mas sim uma responsabilidade conjunta da atividade administrativo-legiferante, de modo que vigora a cooperação entre os entes para preservar os interesses tutelados. Caso uma das esferas federativas legisle de forma insuficiente à tutela almejada, outra deve compensar tal insuficiência, porque o que realmente importa é que a proteção seja assegurada, para que se atinja, de fato, o interesse da coletividade.

A divisão de competências, fator limitador da esfera de atuação de cada ente da federação, se presta também a assegurar a autonomia destes entes entre si, na medida em que nenhum pode interferir na seara legislativo-administrativa constitucionalmente estabelecida do outro, ratificando-se, pois, o equilíbrio federativo.

No caso de conflito entre entidades federadas, deve-se primar pela defesa do maior interesse público a ser tutelado, conforme alhures mencionado. Neste sentido, o parágrafo único do art. 1º da CR/88 vaticina que todo poder emana do povo e, desta forma, o Estado atua justamente para viabilizar a concretização dos anseios populares. Em outros termos, a atuação estatal tem por finalidade precípua o interesse público, cujos sujeitos são os próprios cidadãos, na condição de integrantes da sociedade.

Neste particular, é oportuno destacar que o dito interesse público pode ser conceituado como a projeção dos interesses particulares em plano coletivo. Doutrinariamente se divide o interesse público (*lato sensu*) em interesse público primário (da coletividade) e em interesse público secundário (interesse econômico da própria Administração Pública). Adiante-se que a prevalência deve ser do primeiro sobre o segundo (ANDRADE, 2012). No entanto, ressalva Letícia Queiroz de Andrade que:

De acordo com o critério da finalidade do interesse, **mesmo os interesses individuais do Estado também devem ser qualificados como interesses públicos, ainda que secundários**, já que, assim como os primários, visam ao interesse público

e, nessa medida, a eles se relacionam, ainda que de forma indireta ou instrumental. Tal raciocínio decorre do pressuposto de que o Estado só existe, e foi assim concebido, para a realização dos interesses públicos primários, razão pela qual os seus próprios interesses devem estar relacionados, em alguma medida, àqueles em função dos quais foi concebido. Em nossa opinião, **os interesses públicos secundários são sempre instrumentais com relação aos interesses públicos primários, ainda que a intensidade dessa relação possa variar. (grifos nossos).**

Finalmente, oportuno destacar a lição do eminente professor Alexandre Mazza (2012, p. 82), segundo o qual: “todos os princípios do Direito Administrativo são desdobramentos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público”.

2.4. O Município no Federalismo Brasileiro

O Município pode ser conceituado como pessoa jurídica de direito público interno, dotada de autonomia, e integrante da República Federativa do Brasil, consoante entendimento do art. 1º cumulado com art. 18, ambos da CR/88. Ademais, no corpo do texto constitucional, há todo um capítulo reservado aos Municípios.

Como visto no tópico anterior, o poder político na República Brasil é repartido entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Apresenta-se, pois, uma peculiaridade do caráter federativo pátrio, qual seja, a inédita inclusão do Município como ente federativo, entidade autônoma dotada de capacidade de exercício de poder político.

Qualquer possível dúvida doutrinária a respeito de o Município ser uma entidade acertadamente qualificada como federativa no ordenamento jurídico brasileiro se dissipa com análise do texto constitucional, vez que restou configurado que os Municípios detêm poder político próprio.

Os Municípios são entes integrantes da federação, dotados de autonomia, “materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Ainda mais diante do art. 34, VII, “c”, que estabelece a intervenção federal na hipótese de o Estado não respeitar a autonomia municipal.” (LENZA, 2012, p. 620).

Destaque-se que os Municípios são dotados apenas de autonomia, mas não de soberania, uma vez que, conforme o sobredito autor, “a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Internamente, os entes federados são autônomos, na medida de sua competência, constitucionalmente definida, delimitada e assegurada”.

Portanto, ao Município é constitucionalmente garantido o poder de auto-organização, concomitante com a garantia de um governo próprio e de competências que lhe são exclusivas, bem como a ampliação destas, de modo que da CR/88 erigiu uma nova instituição Municipal no país. Não há nenhuma

hipótese, por exemplo, de prefeitos meramente nomeados. É plena, pois, a capacidade autogovernamental municipal.

O fator determinante para a determinação das competências municipais é o interesse local. Este, em síntese, “é o fator determinante da competência do Município e que decorre do critério de repartição de competências pautado na predominância do interesse; portanto, importa bem delinear o interesse local.”. (BRATZ, 2011). Neste sentido, vaticina Hely Lopes Meirelles (2008, p. 111):

Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o “interesse local”, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do estado ou da União”.

Portanto, novamente resta pacificada a ideia da divisão constitucional de competências como forma de preservação do equilíbrio federativo, de modo que ao Município, pessoa jurídica de direito público interno, autônoma com relação aos demais entes federados, foi reservada a competência para tratar de interesses locais como expressão da defesa do interesse público primário que constitucionalmente lhe fora atribuído.

3. A DESAPROPRIAÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1. Conceito e Natureza Jurídica

A desapropriação, também chamada expropriação, é a mais brusca forma de intervenção do Estado na esfera da propriedade privada. Pode ser conceituada como um procedimento administrativo, por meio do qual “o Estado transforma compulsoriamente bem de terceiro em propriedade pública, com fundamento na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagando indenização prévia, justa e, como regra, em dinheiro” (MAZZA, 2012, p. 555). Caso promovida pela própria Administração Pública, é denominada desapropriação administrativa, não podendo, pois, ser confundida com a desapropriação privada, tipificada no §4º do art. 1228 do Código Civil.

É um procedimento excepcional, e consubstancia forma de aquisição originária da propriedade. De tal modo que o bem vem livre e desembaraçado de quaisquer ônus reais para o domínio do ente expropriante.

3.2. Fundamentos Jurídico-Políticos

Os fundamentos jurídico-políticos da desapropriação são, em suma, a) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado (caso não seja possível a compatibilização destes); e b) o domínio eminente estatal.

Com espeque na supremacia do interesse público sobre o privado, que é um supraprincípio basilar do Direito Administrativo, deve sempre prevalecer o bem comum, os interesses que mais atendam aos anseios e às necessidades da coletividade, em detrimento de interesses individuais, egoísticos e particularizados. Ou seja, “toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 631).

Neste diapasão, é cediço que o ordenamento jurídico pátrio resguarda a propriedade privada como um direito fundamental conforme vaticinado no art. 5º, caput e inciso II, CR/88.

Concomitantemente, no art. 5º, XXIII do texto constitucional, preceitua-se que a propriedade atenderá à sua função social. Onde resta ratificada a ideia do interesse público sobre o individual, vez que o direito à propriedade é assegurado, desde que esta atenda à sua função social.

Oportuna a ressalva feita por José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 96):

Como forma coercitiva de transferência da propriedade, não deve a desapropriação por isso mesmo, ser vista como fato corriqueiro e despropositado. Ao contrário, o grande fundamento da desapropriação consiste prevalência do interesse público sobre o interesse privado quando estão em colidência e se afiguram incompatíveis. Não basta, portanto, que o Estado tenha simplesmente a vontade de desapropriar; é preciso que demonstre qual o interesse público perseguido que sirva como justificativa para a desapropriação.

Já por domínio eminente (*dominus eminens*) entende-se que é o domínio exercido pelo Estado sobre todos os bens situados em seu território, podendo deles dispor caso o interesse público assim justifique. O ordenamento jurídico busca compatibilizar os interesses individuais e os sociais, e justamente em razão de sua condição de gestor do interesse público, é a ele atribuído o poder expropriatório, ressalvando-se que tal poder é exercido sempre dentro dos limites legais.

Portanto, os fundamentos jurídico-políticos da desapropriação são a supremacia do interesse público sobre o privado e o domínio eminente estatal sobre todos os bens que se situam em seu território. Assim sendo, a propriedade privada é constitucionalmente assegurada, mas desde que esta obedeça à sua função social.

Ressalte-se, por fim, que os sobreditos fundamentos jurídico-políticos não devem ser confundidos com os fundamentos normativos da desapropriação, os quais serão mais bem estudados no tópico seguinte.

3.3. Fundamentos Normativos da Desapropriação

Com arrimo no art. 5º, XXIV da CR/88, a desapropriação pode se dar com base em três fundamentos normativos, quais sejam: a) a necessidade pública; b) a utilidade pública; e c) interesse social.

A desapropriação por necessidade pública pressupõe situação emergencial, que demande transmissão imediata e indispensável de bens de outrem para o domínio do ente expropriante. No ordenamento jurídico pátrio não há uma legislação que discipline especificamente a desapropriação por necessidade pública. Contudo, algumas das situações previstas no art. 5º do Decreto-Lei 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações) como sendo de utilidade pública, data vênua, enquadram-se mais na situação de necessidade pública. São elas as alíneas a, b e c do mencionado diploma, que versam, respectivamente, sobre a segurança nacional; a defesa do Estado; e o socorro público em caso de calamidade. Portanto, na esteira dos ensinamentos do professor Alexandre Mazza (2012, p. 562) “segundo a unanimidade da doutrina, o Decreto-Lei nº 3.365/41 também se aplica às desapropriações por necessidade pública”.

Já a desapropriação por utilidade pública fundamenta-se em um juízo de conveniência e oportunidade por parte do ente expropriante. Ou seja, dá-se quando a transferência do bem é útil, é interessante à Administração, mas não há necessariamente imprescindibilidade de tal aquisição. Conforme afirmado alhures, as hipóteses de desapropriação por utilidade pública estão elencadas no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Sobre a diferenciação entre o primeiro e o segundo caso de desapropriação, impende destacar que por necessidade pública a desapropriação é única solução possível para a Administração Pública; já nos casos de utilidade pública, é a solução mais vantajosa e oportuna à Administração Pública.

Finalmente, a desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal, conforme a literalidade do art. 1º da Lei nº 4.132/62. A desapropriação que tem esboço no interesse social apresenta caráter eminentemente punitivo ao proprietário do imóvel, visto que ocorre em casos de este não dar à propriedade sua devida função social. As desapropriações insculpidas no art. 182, §4º, III, da CR/88 (desapropriação para política urbana) bem como no art. 184 da CR/88 (desapropriação para reforma agrária) têm por fundamento o interesse social.

3.4. Base Constitucional e Normatização Infraconstitucional

Para além do embasamento principiológico-doutrinário (especialmente no que tange ao sobredito princípio da supremacia do interesse público sobre

o individual) a desapropriação encontra fundamento constitucional em alguns dos artigos da Magna Carta. O art. 5º, XXIV define os três fundamentos normativos basilares do instituto (conforme anteriormente esposado). Há regramentos versando sobre a desapropriação também no art. 22, II; art. 182, §4º, III; art. 184; art. 185; e art. 243, todos da CR/88.

Na seara infraconstitucional, a fundamentação da desapropriação situa-se em diversos diplomas legais que dispõem sobre a matéria em comento. Apenas a título de exemplificação, destaquem-se: Decreto-Lei 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações – apesar de a rigor dispor apenas sobre a desapropriação por utilidade pública, apresenta, por via interpretativa, também a desapropriação por necessidade pública); Lei nº 4.132/62 (Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação); Lei nº 8.629/93 (Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária); Lei complementar nº 76/93 (Dispõe sobre o procedimento administrativo para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária); Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade); e a Lei nº 10.406/02 (Código Civil – trata, em diversos artigos, sobre a desapropriação).

3.5. Síntese das Modalidades de Desapropriação e Respectivas Competências Legislativas dos Entes Federais

De início, e para melhor compreensão do tema sob estudo, importa fazer sucinta diferenciação entre os termos “legislar sobre desapropriação”, “desapropriar” e “promover a desapropriação”.

A competência para legislar sobre desapropriação é privativa da União (*ex vi* art. 22, II, CR/88).

Esta competência não se confunde com a capacidade jurídica para declarar a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social, visto que tal faculdade pode ser exercida por cada um dos entes federados.

Finalmente, há a competência para promover a desapropriação, ou seja, para executar a sequência de atos administrativos concretos e legislativamente estabelecidos com fito de garantir a validade e eficácia do processo expropriatório. Para MAZZA (2012) são competentes para promover a desapropriação todos os entes federados, e ainda autarquias, concessionárias e permissionárias de serviço público.

Em face do exposto, passa-se à breve digressão sobre as modalidades de licitação. Ainda na esteira do professor Alexandre Mazza (2012), há sete modalidades de desapropriação, que variam seja por seus objetos, seja pela competência do ente expropriante (ou seja, daquele que pode declarar a necessidade ou utilidade pública ou ainda o interesse social), ou ainda em pela razão por que se dá a desapropriação.

Assim sendo, são modalidades de desapropriação: a) desapropriação para reforma agrária, cuja competência é exclusiva da União (art. 184 da CR/88); b) desapropriação para política urbana (art. 182, §4º, III, da CR/88), de competência exclusiva dos Municípios; c) desapropriação indireta, que é uma prática vedada pela a legislação e ocorre quando um ente estatal invade área de particular sem realizar o devido processo administrativo expropriatório; d) desapropriação por zona, prevista no art. 4º de Decreto-Lei 3.365/41; e) desapropriação ordinária, que é a desapropriação comum, podendo ser realizada por todos os entes federados, seja por necessidade ou por utilidade pública e cujas diretrizes estão vaticinadas no Decreto-lei 3.365/41; f) desapropriação confiscatória, prescrita no art. 243 da CR/88; g) desapropriação de bens públicos, propugnada no art. 2º, §2º do Decreto-Lei 3.365/41, a qual será discutida com maior detenção mais adiante, ainda no presente trabalho.

Finalmente, ressalve-se que há ainda a desapropriação administrativa, que é aquela em que entes federados desapropriam bens uns dos outros, tema que também será mais bem estudado a seguir.

3.6. Bens Expropriáveis

No entender do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 802) “pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado”.

Alexandre Mazza (2012, p. 566) segue esta mesma linha de raciocínio, ressaltando que há exceções gerais ao poder expropriatório, tais como dinheiro, direitos personalíssimos, subsolo, pessoas, órgãos humanos, e bens móveis livremente encontrados no mercado.

No que tange aos bens públicos, tema cuja análise é essencial ao presente trabalho acadêmico, a literalidade do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41 indubitavelmente permite que sejam desapropriados. No entanto, determina a obediência a uma escala expropriatória entre os entes expropriantes. Em todo caso, é exigida autorização legislativa. A este respeito, o ilustre professor Edmur Ferreira de Faria (2007, p. 569) explica que:

Tratando-se de bens públicos, a lei impôs outras restrições quanto ao poder expropriatório. O §2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 prescreve que a União pode desapropriar bens de domínio dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios. O mesmo dispositivo estatui que os Estados não podem desapropriar bens da União e nem de outros Estados-membros, mas lhe é facultado desapropriar os bens dos Municípios integrantes do seu território. O Município está, naturalmente, impedido de desapropriar bens pertencentes a outro Município. Em qualquer desses casos de desapropriação de bens públicos, é indispensável a prévia autorização legislativa.

Ocorre que não há unicidade doutrinária acerca da validade jurídica desta escala expropriatória. Portanto, é oportuna a análise da constitucionalidade deste dispositivo à luz do princípio federativo.

4. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO DESAPROPRIAR BENS FEDERAIS

4.1 Regra para Desapropriação Administrativa entre Entes Federativos: Impossibilidade de o Município Desapropriar Bens da União

Consoante disposição do art. 2º, §2º do Decreto-Lei 3.365/41, os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

Letícia de Queiroz Andrade (2006) esclarece que o entendimento doutrinário-jurisprudencial antecedente ao Decreto-Lei em comento já concebia a desapropriação entre entes federativos, mas que à época não se examinava a controversa relação entre os entes federados (ou seja, os reflexos que a desapropriação administrativa poderia acarretar em face da independência federativa) com a devida detença.

Hodiernamente, tendo em vista a expressa permissibilidade do dispositivo alhures citado, é plenamente possível a desapropriação administrativa entre os entes federados, desde que sejam respeitadas as duas condições cumulativas, quais sejam, a precedência de autorização legislativa e a obediência da escala expropriatória entre os entes federados. Assim entende Odete Medauar (2004, p. 421), para quem “no tocante a bens públicos, não é admissível que o Estado-Membro desapropriar bem de outro Estado-membro, nem que Município exproprie bem de outro Município”.

Também este é o entendimento jurisprudencial predominante, conforme, a título exemplificativo, depreende-se do seguinte acórdão exarado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal abaixo compilado:

EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO, POR ESTADO, DE BEM DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL QUE EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIVO DA UNIÃO. 1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Decreto-lei

n. 3.365/41, art. 2., par. 2. 2. Pelo mesmo princípio, em relação a bens particulares, a desapropriação pelo Estado prevalece sobre a do Município, e da União sobre a deste e daquele, em se tratando do mesmo bem. [...] (RE 172816, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1994, DJ 13-05-1994 PP-11365 EMENT VOL-01744-07 PP-01374) (**grifo nosso**)

Em verdade, a jurisprudência admite a desapropriação pelo Município de um bem federal, mas desde que haja prévia autorização do Presidente da República, *ex vi* o julgado abaixo esposado, emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - DESAPROPRIAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ - **DESAPROPRIAÇÃO INTENTADA POR MUNICÍPIO - BEM DE PROPRIEDADE DA UNIÃO - IMPOSSIBILIDADE, SALVO AUTORIZAÇÃO, POR DECRETO, DO PRESIDENTE DE REPÚBLICA**.1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da parte recorrente demanda o reexame de provas.3. **É vedado ao Município desapropriar bens de propriedade da União ou de suas autarquias e fundações, sem prévia autorização, por decreto, do Presidente da República**. Precedentes.4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.(REsp 1188700/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 25/05/2010) (**grifos nossos**)

Oportuno rememorar a ideia, já exposta neste trabalho acadêmico, de que, no que concerne à desapropriação (regra que vale não apenas para as desapropriações de bens privados, mas também para a desapropriação administrativa), a competência legislativa é diferente da competência declaratória. A União detém privativamente a competência legislativa. Já a competência declaratória está contida no âmbito de atuação de todos os entes federativos, desde que obedecida a escala expropriatória e que haja lei anterior autorizativa. E, por fim, a competência para executar a desapropriação também é afeta a todos os Entes Federados, desde que obedecida a hierarquia desapropriatória no que tange à antecedente e necessária declaração expropriatória e prévia lei autorizativa.

José dos Santos Carvalho Filho (2006) conclui que, com relação à desapropriação administrativa, os bens da União não são passíveis de expropriação, e aos Municípios é vedada a desapropriação em desrespeito à escala em comento. Para o mesmo autor, o estabelecimento de tal escala acarreta ainda a impossibilidade de um Estado desapropriar bem de outro, o mesmo se passando entre os entes municipais. E, ainda, um Estado não pode desapropriar bens de Municípios localizados em território diverso do seu. Atribui todas essas vedações a partir da análise hermenêutico-axiológica do art. 2º, §2º do Decreto-Lei 3.365/41.

Ocorre que a regra em questão tem constitucionalidade discutível, pois há quem entenda que ela fira o princípio da independência federativa, que propugna a igualdade das searas dos Entes Federados. Nesta toada, cercear a capacidade expropriante do Município feriria letalmente o princípio federativo. Porém, segundo Mazza (2012, p. 571) o entendimento doutrinário majoritário é de que a desapropriação administrativa “está baseada na noção de interesse público predominante, sendo uma providência indispensável por exemplo, para a realização, sem empecilhos políticos regionais, de rodovias federais que atravessam vários Estados”.

Em síntese, o posicionamento majoritário é de que “a União pode desapropriar de todos os entes, além dos particulares. Estados podem desapropriar dos Municípios e dos Particulares, e os Municípios apenas dos particulares.” (ANDRADE, 2012, p. 185).

Desta forma, a corrente doutrinal predominante entende pela constitucionalidade do dispositivo, baseada na ideia de defesa do maior interesse público a ser tutelado. Em outros termos, considera-se que o interesse público defendido pela União é maior que o interesse público titularizado pelos Estados, e, consequentemente, o destes maior que o dos Municípios.

A ordem de expropriação não significaria, pois, uma escala de importância ou de autonomia dos entes federados, mas sim, uma escala de interesses públicos a serem defendidos. Estar-se-ia diante não de uma hierarquia entre as pessoas políticas, mas sim, entre interesses nacionais, regionais e locais. E, com isso, interesses nacionais são significativamente maiores que interesses locais.

Finalmente, apenas a título de completude do tema em estudo no presente tópico, ressalve-se que o art. 2º, §3º do Decreto-Lei 3.365/41 veda a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

4.2 Possibilidade de o Município Desapropriar Bens Federais: Divergência Doutrinária e Inconstitucionalidades do Art. 2º, § 2º, DL3365/41

O art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/41 é bastante polêmico. A cizânia se dá com relação à possível inconstitucionalidade da escala expropriatória nele esposada (na seara da desapropriação administrativa) quando cotejada com o princípio da independência dos entes federativos. Com isto, apesar de ser vertente minoritária, há juriconsultos que entendem pela inconformidade do mencionado dispositivo com o ordenamento jurídico pátrio.

A título de esclarecimento, a partir deste ponto sempre que se utilizar o termo desapropriação, far-se-á referência à desapropriação administrativa, pois é em torno dela que gira a divergência em epígrafe.

Afirma-se que a escala em questão consubstancia, na prática, uma hierarquização dos entes federados. Neste sentido, Marçal Justen Filho (2006, p. 435) entende que tal diferenciação

[...] não é compatível com a Constituição de 1988, que determina que a federação importa igualdade de todos os entes federativos (art. 19, III). Isso não significa a impossibilidade de entes federativos desapropriarem bens públicos alheios, mas tal possibilidade deverá ser reconhecida em igualdade de condições para todos os membros da Federação. Trata-se de hipótese excepcional, que exigirá a edição de leis autorizadoras de todos os entes envolvidos. Não é compatível com a Constituição afirmar que a União é superior ao Estado-membro e ao Município, do que se extrairia o cabimento de expropriar os bens deles. Cada ente federativo tem sua autonomia consagrada, e lhe é assegurado valer-se de seu patrimônio para cumprir seus fins.

Outro argumento desta corrente é que não há determinação constitucional expressa sobre tal hierarquia, tampouco vedação tão hermeticamente absoluta que retire por completo a força expropriatória do Município. É sabido que o Poder Legislativo deve atuar pautado nas diretrizes constantes no texto constitucional, e não pode fazer restrições onde a própria Constituição não o fez. Ademais, no que concerne à desapropriação, é a CR/88 que limita, por exemplo, à competência privativa da União para legislar sobre o tema (art. 22, II), ou mesmo a competência municipal para desapropriação por fins urbanísticos (art. 182 da CR/88) é o texto constitucional. Logo, se houvesse alguma escala expropriatória, a própria Constituição a traria em seu bojo.

Destaque-se ainda a pertinente observação feita por GOMES (2009), o qual ressalta que o Decreto-Lei 3.365/41 foi editado na época em que vigia no Brasil um regime de exceção, donde tal hierarquia não encontra amparo na Carta Política hodierna. O mesmo autor entende que sobredito dispositivo legal não fora recepcionado pela CR/88 por afrontar um de seus princípios basilares da organização governamental federativa.

Para GÓES (2008) a democracia brasileira depois da CR/88 necessita da repartição do poder político no território nacional, com ferramenta contra tendências demasiadamente autoritárias por parte de um estado exageradamente centralizador.

Fiando-se à linha de raciocínio do citado autor, considera-se inviável um federalismo competitivo, em que haja disputa ao invés de cooperação entre os entes da federação. Devem ser defendidos interesses nacionais, regionais e locais de forma coordenada, e não motivada por rivalidades.

4.3. Compatibilização do Art. 2º §2º, do Decreto-Lei 3.365/41 com Princípio Federativo

De fato, é cediço que no Brasil o princípio da independência federativa é constitucionalmente insculpido e não deve ser cerceado, haja vista tratar-se de cláusula pétrea (art. 64, §4º, I, CR/88).

O fato é que a aplicabilidade do dispositivo legal em análise dependerá da análise da pleora principiológica aplicável ao caso concreto.

Para que seja válido do o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41, é necessário que se faça uma flexibilização de sua interpretação, com ganas de se destacar que ela subsiste em razão da supremacia do maior interesse público primário a ser tutelado. Quando entre entes federados houver, por exemplo, um conflito de interesses primários nacionais e interesses primários locais, os primeiros hão de prevalecer sobre os segundos.

Oportuna a diferenciação entre interesses públicos primários, que são pertinentes à coletividade, dos interesses públicos secundários, os quais versam sobre os interesses da própria Administração Pública expropriante.

Nesta senda, Letícia Queiroz de Andrade (2006, p. 138), com extrema pertinência, propõe que o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41 seja aplicado como meio de solução de conflitos entre os entes federados. Neste sentido, afirma que:

A validade deste dispositivo legal e a aplicabilidade da escala expropriatória nele referida dependem de que a ele se dê uma interpretação restritiva, no sentido de que constituem **um mecanismo para resolução de conflitos entre interesses públicos primários atribuídos a essas pessoas**, pelo qual o interesse nacional prevalecerá sobre o interesse regional e o local e, o interesse regional, sobre o local. Assim entendido, esse dispositivo legal representa uma expressão legal da condição finalística acima referida.(grifo nosso)

A título exemplificativo, seria uma inversão de valores e, data máxima vênia, uma interpretação muito infeliz para a coletividade, entender que um prédio público federal que fosse ideal para a construção de um hospital público municipal (atendimento ao interesse público primário municipal), fosse mantido fechado durante anos e anos, definhando, por haver a expectativa – logo, futura e incerta – da sua utilização como um repartição pública federal, apenas por ser mais apazível aos servidores a serem ali lotados (interesse público secundário federal).

Donde, a escala em epígrafe não significaria que haja uma hierarquização dos entes federativos, mas sim dos interesses por eles tutelados considerados de forma recíproca. Deste modo, a hierarquia em tela deve ser aplicada apenas quando as entidades federadas encontrarem-se atuando em prol de interesses públicos primários, haja vista a maior amplitude de beneficiários que cada um deles (nacional, regional ou local) pode alcançar.

Deste modo sim há a compatibilização entre o vaticinado pelo artigo em estudo com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial coma linha hermenêutico-constitucional vigente.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, depois de acurada análise do tema em questão, pode-se concluir que o posicionamento doutrinário majoritário sobre a cizânia em comento entende pela plena constitucionalidade do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41. Donde, os bens públicos podem ser desapropriados também pelos entes federados, mas desde que obedecida a escala expropriatória expressa no dispositivo citado, bem como que tal desapropriação seja precedida de autorização legislativa. E, portanto, para a maioria da doutrina e da jurisprudência hodierna, ao Município não é reservada a competência para realizar a desapropriação administrativa.

Conforme esposado no presente trabalho acadêmico, há entendimento doutrinário divergente, ainda que minoritário, que assevera pela inconstitucionalidade do dispositivo em questão, por afronta ao princípio da independência federativa.

Por outro lado, com escopo de compatibilizar o vaticinado pelo artigo sobredito ao ordenamento jurídico brasileiro, em favor da sua constitucionalidade, conclui-se por ser mais adequada a utilização da escala expropriatória nele constante apenas como forma de solução de conflitos, quando se tratar de interesses públicos primários.

Ou seja, em caso de divergência, interesses públicos primários nacionais devem prevalecer sobre interesses públicos primários regionais e locais, e os regionais sobre os locais. Isso porque se considera a maior amplitude de beneficiários. Saliente-se que a busca pelo interesse comum deve ser feita de forma cooperativa, nunca competitiva, sob pena de se subverter o princípio da autonomia federativa.

Seguindo a mesma linha de inteligência, é sim possível que o Município desapropriar um bem público federal, desde que tal desapropriação se ancore na defesa de um interesse público primário municipal em face de um interesse público secundário federal.

Conclui-se que, em caso de conflito de interesses públicos primários, reciprocamente considerados, o Município não pode desapropriar bens públicos federais, pois o interesse tutelado pela União é nacional, enquanto que o protegido pelo Município é local. Mas no cotejo entre interesse público primário municipal *versus* interesse público secundário federal, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo.

Do contrário, ter-se-ia o interesse secundário (privatístico, econômico) da Administração Pública sobrepondo-se ao interesse público primário, sendo este último de fato que reflete em plano coletivo os anseios da coletividade.

No entanto, em caso de conflito prático entre interesse público primário federal em face do interesse público primário municipal, o interesse da União vige. Tal entendimento se pauta na abrangência dos interesses públicos primários tutelados, e não numa hierarquização dos entes federados entre si, haja vista a prevalência do princípio federativo, segundo o qual União, Estados, Distrito Federal e Municípios são entes autônomos, nos termos da Constituição da República.

Por fim, saliente-se que o estudo da aplicabilidade do §2º do art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41 requer um estudo casuístico, de modo que se consubstancia inviável estabelecer de antemão, em um rol *numerus clausus*, as situações em que ele seja ou não aplicável. É, pois, necessário acurado estudo do caso concreto para se avaliar qual o interesse público preponderante e, assim, analisar a possibilidade principiológico-legal-constitucional de se desapropriar o bem público pretendido (independentemente do ente federativo a que este bem pertença).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cistina Moura de. **Direito Administrativo 2ª fase**. 1ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 14 abr. 2013.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm> Acesso em: 14 abr. 2013.

BRASIL, Superior tribunal de Justiça. Processo: REsp 1188700/MG, Rel.: Min. Eliana Calmon. **Diário de Justiça**, 25 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14333655/recurso-especial-resp-1188700-mg-2010-0061234-7-stj>>. Acesso em 14 abr. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo: RE 172816, Rel.: Min. Paulo Brossard. **Diário de Justiça**, 13 mai. 1994. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706601/recurso-extraordinario-re-172816-rj-stf>> Acesso em 14 abr. 2013.

BRATZ, Jusara Aparecida. Competência do município para legislar em matéria ambiental à luz do princípio da subsidiariedade. **Interesse Público**: revista bimestral de direito público, Belo Horizonte: Fórum, 2011, ano 13, nº 67, maio/jun, p. 251-274

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GÓES, Guilherme Sandoval. **O pacto federativo brasileiro: gênese, óbices e núcleo essencial**. Disponível em <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=162>>. Acesso em: 14 abr. 2013

GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no regime jurídico das desapropriações**. Dissertação de mestrado - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo: 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAPÍTULO 13

RECONHECIMENTO E CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL: UM DESAFIO PARA O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Carolina Diamantino Esser¹
Mhardoqueu G. Lima França²

1. INTRODUÇÃO

Na década de 80, o cancionista brasileiro Gonzaginha, na sua música “É”, já nos revelava o anseio da sociedade em ter os seus direitos reconhecidos e o fato de não haver identificação do indivíduo com o ordenamento constitucional. Os seus versos assim nos relatam: “agente quer viver pleno direito/agente quer todo respeito/agente quer viver uma nação/agente quer é ser um cidadão”.

Estes versos, tão atuais, nos fazem pensar a nossa sociedade e como Direito lida com as relações nela estabelecida. Nossa discussão, nos contornos deste artigo, dar-se-á sobre as relações sociais na sociedade pós-moderna, no tocante à necessidade de se reconhecer os reclamos dos mais diversos grupos sociais, visando despertar nos indivíduos uma consciência constitucional.

Parte-se da teoria baumaniana que configura a sociedade pós-moderna como líquida, aquela caracterizada pelo forte capitalismo e por atitudes individualistas, deixando evidentes alguns desafios do Direito diante de tais novas relações sociais.

A partir da percepção dos desafios a serem enfrentados, a teoria do reconhecimento de Axel Honneth será utilizada como meio para argumentar sobre

¹ Mestranda em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogada. Email: caroldesser@yahoo.com.br.

² Mestrando em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- Capes. Advogado. Email: mhardoqueu@yahoo.com.br.

a necessidade de se reconhecer os diferentes anseios sociais visualizados na sociedade pós-moderna.

O reconhecimento jurídico é o instrumento que permite diluir a tensão constante entre a ampliação do pluralismo e o que Bauman denomina de “comunidades”, que, na maioria das vezes, tem uma concepção de vida diversa do plano de fundo de avaliação social, no qual estes novos modos de ser não são reconhecidos, fazendo com que a sociedade se torne uma arena na qual há uma luta constante por reconhecimento.

O reconhecimento no âmbito constitucional é de extrema importância, pois a partir dele consegue-se o que Lucas Verdú chama de consciência constitucional, ou seja, o cidadão se reconhece na ordem constitucional de seu país, pois ele realiza as suas convicções político-sociais.

Enfim, o presente artigo buscará dar uma resposta ao desafio do Direito em regular o convívio social dentro de uma sociedade pós-moderna e líquida, visando despertar nos indivíduos o sentimento de pertença a uma ordem constitucional, para que participe efetivamente da construção do seu universo jurídico, possibilitando que se torne um cidadão pleno. Para que um dia, ao ouvirmos a canção citada no início desta introdução, ela não faça sentido na nossa realidade social, de modo que lembraremos dela como apenas um registro do passado, de quando os indivíduos não se identificavam com o texto constitucional e lutavam para serem reconhecidos juridicamente.

2. A PÓS-MODERNIDADE COMO MODERNIDADE LÍQUIDA E DE COMUNIDADES

O termo “pós-modernidade” é objeto de críticas por alguns estudiosos que o condenam por não trazer uma identidade autêntica à época a que se refere. Isto é, ao dizermos “pós-modernidade”, estamos na verdade tratando os tempos atuais como uma sequência da modernidade, sem que a denominação realmente identifique o que é essa época em que vivemos. Sobre isso, Bauman afirma,

A primeira aproximação de uma resposta a essa pergunta foi a ideia, bastante popular naquele momento, de “pós-modernidade”. O inconveniente, contudo, era que aquela noção tinha um caráter puramente “negativo”: ela nos dizia profusamente o que a realidade atual já não era, mas oferecia pouca informação sobre o que estava em seu lugar. Tentando entender o caráter da vida contemporânea, ela usava conceitos antigos e há muito mobilizados nas descrições da modernidade, apenas adicionando a cada uma delas um sinal negativo: “isso não está mais presente”, “isso é diferente de como era”, algo mais desaparece depressa”. Em suma, o principal significado da ideia de pós-modernidade é que ela é algo diferente da modernidade. Ele indica, portanto, que a modernidade já não é a nossa forma de vida, que a Era Moderna está encerrada, que ingressamos hoje em outra forma de viver. Mas essa ideia ofereceu pouca orientação sobre a identidade desta “outra

forma”, de suas regras próprias, de sua lógica própria e de suas características definidoras. (BAUMAN, 2010, p.10)

Bauman pretende tratar dessa época em que estamos, a partir de suas características dominantes. Após debruçar-se sobre tais características, ele estipula o termo “modernidade líquida”. É certo que, conforme veremos, a concepção de modernidade líquida é carregada de críticas à nossa contemporaneidade. E é isso o que nos interessa.

Torna-se fundamental, em um primeiro momento, desenvolvermos quais seriam as características de nossa época que Bauman pretende analisar criticamente. Em primeiro lugar, temos a noção de que aquilo que é líquido não traz uma forma definida. Isto é, admite uma alteração, uma troca de espaços e recipientes, tomando a forma daquilo em que for inserido. Não há solidez no que é líquido:

A partir dessa conclusão, só havia um pequeno passo a se dar para definir como “líquido-moderna” aquela forma emergente de vida, aquela forma que era moderna de uma maneira radicalmente diferente daquilo que havíamos testemunhado (e de que havíamos participado) antes. Uma forma de vida digna de nota sobretudo por sua reconciliação com a ideia de que, assim como todas as substâncias líquidas, também as instituições, os fundamentos, os padrões e as rotinas que produzimos são e continuarão a ser como estas, ‘até segunda ordem’; que elas não podem manter e não manterão suas formas por muito tempo. Em outras palavras, que entramos em um modo de viver enraizado no pressuposto de que a contingência, a incerteza e a imprevisibilidade estão aqui para ficar. (BAUMAN, 2010, p.12)

Dessa maneira, são características do Homem pós-moderno o fato de conviver com a contingência, a incerteza e a imprevisibilidade, já que seu momento histórico lhe apresenta um leque de possibilidades de vida, que muitas vezes torna-o mais perdido em escolher qual caminho tomar, por quanto tempo vivenciar determinadas experiências. Assim, “a liberdade parece antes de tudo uma profunda incerteza. Não mitigada pela disponibilidade ao menos temporária de um porto seguro, ela tende a ser vivida como uma maldição e não como uma bênção” (BAUMAN, 1999, p.89).

A modernidade líquida, com tal velocidade, provoca muitas vezes um ciclo de descarte pelo Homem de suas vivências, das pessoas com que se relaciona e das decisões que toma, já que sempre haverá uma nova possibilidade à sua espera. A cultura do descartável se apodera de nós. Ou seja, nos relacionamentos humanos as pessoas passam a se tratar como meros produtos na prateleira. Bauman nos informa que os espaços em que o Homem se vê obrigado a conviver com outros, por ele concebidos como “estranhos”, passam a ser evitados. Sendo assim, a liquidez provoca o distanciamento e a cultura do individualismo,

(...) se tivermos a oportunidade, ocuparemos o assento ao lado do nosso num café com capas e guarda-chuvas, olharemos sem parar cartazes sobre o sarampo numa sala de espera de médico... Qualquer coisa menos mostrar-se convidativo ao encontro; tudo, menos se envolver”. (BAUMAN, 2011, p.68)

Paralelamente, nessa modernidade líquida, são disseminados padrões físicos e morais aos indivíduos, principalmente pelas instituições que apregoam o consumismo. A felicidade – que, conforme Fortes³, é uma das qualidades do Homem pós-moderno – só será alcançada quando a comunidade alcançar os padrões ditados pela moda, pelas grandes lojas e, muitas, vezes, fomentada pela mídia,

Desde que não se esqueça que o que antes era invisível – a parcela de intimidade, a vida interior de cada pessoa – agora deve ser exposto no palco público (principalmente nas telas de TV, mas também na ribalta literária), vai-se compreender que aqueles que zelam por sua invisibilidade tendem a ser rejeitados, colocados de lado ou considerados suspeitos de um crime. A nudez física, social e psíquica está na ordem do dia. (ENRIQUEZ *apud* BAUMAN, 2008, p.9)

Sendo assim, as pessoas crescem em meio a padrões externamente determinados, não construindo sua própria identidade. Aqueles que não se encaixam em referidos padrões, são colocados de fora desse ciclo consumista, sendo, muitas vezes, vítimas de exclusão,

O mercado põe à disposição uma ampla gama de “identidades”, dais quais pode-se escolher uma. Os reclames comerciais se esforçam em mostrar em seu contexto social as mercadorias que tentam vender, isto é, como parte de um estilo de vida especial, de modo que o consumidor em perspectiva possa conscientemente adquirir símbolos da auto-identidade que gostaria de possuir. O mercado também oferece instrumentos para “construir identidade” que podem ser usados diferencialmente, isto é, que produzem resultados algo diferentes uns dos outros e que são assim “personalizados”, feitos “sob medida”, melhor atendendo às exigências da individualidade. (...) A atração das identidades promovidas pelo mercado reside em que os tormentos da autoconstrução e da subsequente busca de aprovação

³ Segundo Fortes (2009), “ (...) o sujeito atual organiza-se a partir do eixo individualista-hedonista, e o sofredor não se encaixa nos moldes atuais de exaltação do eu e exibicionismo. Vemo-nos acossados pela obrigação de ser feliz. (...) Com efeito, a cultura do hedonismo está intrinsecamente associada à sociedade do consumo. Nosso dever é ser feliz e a felicidade implica o consumo. (...) Nesta lógica, há uma redução absoluta da figura da alteridade, pois mesmo outro ser humano pode tornar-se objeto de consumo, servindo assim como mero instrumento para o prazer egoíco do sujeito. Neste contexto, o outro só existe enquanto reforçar a autoexaltação narcísica do sujeito, como meio para alimentar o eu, e não como relação de alteridade. Como um objeto de consumo qualquer, o outro da relação pode ser também rapidamente descartável. Há, assim, uma relação predatória do outro, que só existe de forma “útil”, na medida em que é fonte de prazer para o eu, afirmando-se aqui o utilitarismo nas relações interpessoais, que prega que o outro pode ser reduzido a mero objeto de troca. A partir da constatação da diminuição do campo da alteridade pode ser analisada a fragilidade dos laços sociais na contemporaneidade. O que se apresenta ao sujeito no campo da alteridade é limitado e empobrecido, conduzindo ao recrudescimento do gozo solitário.” (FORTES, Isabel. A psicanálise face ao hedonismo contemporâneo. Revista Mal-Estar e Subjetividade, volume 9, nº 4. Fortaleza: 2009. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482009000400004>, acesso em: 29 de setembro de 2012.)

social para o produto acabado ou semi-acabado são substituídos pelo ao menos afritivo, muitas vezes agradável, de escolher entre padrões prontos. (...) A aceitação social não precisa, portanto ser negociada – desde o início ela é, por assim dizer, “inerente” ao produto posto no mercado. (BAUMAN, 1999, P.216)

A cultura do individualismo é uma das grandes características da pós-modernidade líquida, essa característica vivida de modo tão intenso, que redefine o modo de vida em sociedade. Os indivíduos não conseguem ver os laços humanos como relações afetivas e sociais, mas somente como ocorrências e meros acidentes do processo de socialização, deste modo, definem “(...) novas condições de vida, novas práticas sociais, novas identidades culturais, novas práticas de mercado, gestando e cristalizando novos valores na esfera do convívio humano” (BITTAR, 2007, p.66).

A este cenário social pautado no individualismo, a cultura das comunidades é uma resposta à solidão do indivíduo. As comunidades são como refúgios para os tormentos da solidão, proporcionando a sensação de estar com o outro e de ter tudo o de que se necessita naquele momento e naquelas condições. Neste sentido, afirma Bauman:

Para nós em particular – que vivemos tempos implacáveis, tempos de competição e de desprezo pelos mais fracos, quando as pessoas em volta escondem o jogo e poucos se interessam em ajudar-nos, quando em resposta a nossos pedidos de ajuda ouvimos advertências para que fiquemos por nossa própria conta, quando só os bancos ansiosos por hipotecar nossas poses sorriem desejando dizer ‘sim’, e mesmo eles apenas nos comerciais e nunca em seus escritórios – a palavra comunidade soa como música em nossos ouvidos. O que esta palavra evoca é tudo aquilo de que sentimos falta e de que precisamos para viver seguros e confiantes. (BAUMAN, 2003, p.09).

As comunidades nas sociedades pós-modernas são meios para que o indivíduo se autodefinha perante um determinado grupo, por isso que os vínculos nestas comunidades são extremamente tênues, pertencer a uma comunidade trata-se de um *status*: “Não ter nenhuma comunidade é não ter personalidade; não ter nenhuma comunidade é uma infração paga com o preço de um anonimato social cuja amargura poucos querem provar” (BITTAR, 2007, p.68).

Neste sentido é possível perceber várias comunidades, desde *emo* à *cult*, e indivíduos “camaleões”, que conseguem se moldar a todas as comunidades, para não ter que amargar o preço de se ver sem uma comunidade.

O que define uma comunidade é ser pequena, autossuficiente e diferenciada, pois no mundo de laços frágeis o que importa é a marca da diferença e não da igualdade. Além da comunidade, tudo é um caos da multiplicidade e da diversidade, enquanto que dentro da comunidade há o compensador aconchego do reconhecimento, os indivíduos pós-modernos se refugiam nas comunidades

ante a fúria da mudança dos costumes, das relações sociais, dos padrões de comportamento. “*Esta é a cultura das tribes*” (BITTAR, 2007, p.69).

No mundo de uma sociedade fragmentada em comunidades, ou se tem uma, ou se vive isolado. O mundo fragmentado é formado por identidades fracas que se tornam fortes para excluir o outro, para empenhar a sobrevivência do grupo ante o outro grupo. As comunidades são uma resposta ao vazio humano.

Neste sentido, ao contrário do que se acredita, de que as comunidades fomentam a aproximação e gera solidariedade entre as pessoas, percebe-se que gera é o discurso da diferença, impossibilitando o reconhecimento do outro. Assim, a cultura das comunidades, que nos parecia ser a alternativa para o individualismo, torna-se um individualismo daqueles que compartilham a vontade de não compartilhar (BITTAR, 2007, p.70).

Sobre este prisma, algumas indagações surgem: Como regularemos a relação social entre estas diversas comunidades que se excluem e lutam por interesses sociais diferentes? Como o Direito, que produz normas de caráter geral, lidará como uma sociedade fragmentada em comunidades que possuem características e anseios tão diversos?

São a estas questões que o presente artigo se propõe a discutir, pois a vida social carece de proteção jurídica, “na medida em que a dinâmica da vida social institui a necessidade da preservação de meios racionais para a construção de formas de solidariedade social e instituição dos meios de prevenção normativa e solução concreta de litígios” (BITTAR, 2007, p.70)

Em vista de trazer luz às questões postas, a partir do pensamento de Bauman, entendemos de suma relevância abordar a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, a fim de trazer meios necessários para que estas “comunidades” possam se sentir amparadas pelo Direito, principalmente, pelo texto constitucional, pois como afirma Bauman: “Sejam quais forem os valores ou meios da pós-modernidade que consideremos, todos apontam (pelo menos tacitamente ou por eliminação) para a política, a democracia, e a plena cidadania como únicos veículos de sua realização” (BAUMAN, 1999, p.294).

3. A LUTA POR RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

Nesta proposta de que o mau-reconhecimento ou a falta de reconhecimento é causador de injustiças, sobretudo, quando o indivíduo não se sente reconhecido pelo ordenamento jurídico no qual vive, aumentando deste modo a sensação de injustiça, tornam-se imperiosas as ideias de Axel Honneth⁴, atual representante

⁴ Axel Honneth, em sua visão monista, sustenta que todas as injustiças são fruto de um não reconhecimento. Também como uma visão monista, mas diversamente de Honneth, Dworkin sustenta que as injustiças se reduzem, ao final, a questões de má distribuição. Adotando uma visão multidimensional, Nancy Fraser entende que a injustiça advém da má redistribuição, do

da teoria crítica da Escola de Frankfurt⁵, como início de uma resposta adequada para a problemática enfrentada neste brevírio.

Axel Honneth em sua obra *Kritik der Macht*, procura mostrar que uma teoria crítica da sociedade deve preocupar em interpretar a sociedade a partir do reconhecimento. Posteriormente, em *Kampf um Anerkennung*, trabalha melhor esta conclusão, e desenvolve uma teoria social, de teor normativo, a partir do modelo conceitual hegeliano de uma luta por reconhecimento⁶:

O critério para identificar as patologias sociais não residiria mais nas condições racionais da busca por um entendimento livre de dominação, como ocorre em Habermas, mas seria fornecido pelos pressupostos intersubjetivos da formação bem-sucedida da identidade humana, na luta por reconhecimento e suas configurações sociais e institucionais. (WERLE, 2010, p.55)

Honneth defende que a luta por reconhecimento constitui a gramática dos conflitos sociais, não sendo uma gramática utilitarista, mas sim moral, “A ideia é que a identidade dos indivíduos é formada por meio do processo de socialização, dentro do horizonte de valores, vínculos e obrigações intersubjetivas dados na eticidade” (WERLE, 2010, p.54). Constrói a hipótese fundamental de que a experiência do desrespeito, ou seja, do não reconhecimento, “é a fonte emotiva e cognitiva de resistência social e de levantes coletivos” (HONNETH, 2009, p.227). A luta social, neste aspecto, deve ser entendida como um processo prático, no qual desrespeitos individuais são assimilados como experiência de um grupo inteiro, de modo que influem como motivos para exigências coletivas por relações ampliadas de reconhecimento, “Quando não há esse reconhecimento ou ocorre um falso reconhecimento, desdobra-se uma luta por meio da qual os indivíduos e grupos não-reconhecidos procuram restabelecer ou criar novas condições intersubjetivas de reconhecimento.” (WERLE, 2010, p.50).

O autor alemão desenvolve seus argumentos a partir de padrões de reconhecimento, com características próprias e demandas inerentes. Estes padrões ou

mau-reconhecimento e da falta de representação. Conferir em FRASE, Nancy. Justiça Anormal. Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, ano 12, n. 2, p- 29-64, 2012.

⁵ Em que pese Honneth ser um dos participantes da Escola Crítica, ele traz alguns questionamentos a referida corrente, conforme Werle (2010, p.50) “Honneth identifica um problema que já está presente nas primeiras formulações da Teoria Crítica, a saber, um “déficit sociológico” segundo o qual os diferentes modelos da teoria não teriam levado em consideração a dinâmica dos conflitos sociais. A tese de Honneth é que, embora se tenha estabelecido ao longo dos anos o projeto de entender a filosofia como teoria crítica da sociedade que operaria em cooperação com as demais ciências humanas, sua plena realização fracassou devido à ausência de um conceito apropriado para a análise dos processos societários. Quer dizer, os objetivos filosoficamente formulados pela Teoria Crítica (...) não foram alcançados sociologicamente.

⁶ Nesse sentido, Werle “Para tornar os padrões hegelianos frutíferos em termos de análise social, Honneth pretender dar uma “inflexão empírica” à ideia da luta por reconhecimento recorrendo à psicologia social do pragmatista G.H.Mead – que, assim como o jovem Hegel, parte da ideia de que a formação da identidade pessoal passa pelas experiências de reconhecimento recíproco, pensadas nas dimensões de amor, direito e solidariedade – e da psicologia infantil de Donald Winnicott e Jéssica Benjamin.” (WERLE, 2010, p.56)

esferas de reconhecimento estão envoltos num processo de formação mediado por etapas de luta moral. Ao modo de Hegel, propõe uma tipologia progressiva de formas de reconhecimento compreendida em três grupos: o amor e amizade (esfera emotiva), as relações jurídicas e o direito (esfera jurídico-moral) e a solidariedade social (esfera da estima social). Nesse sentido:

A evolução social é explicada como uma passagem progressiva para etapas mais refinadas de reconhecimento por meio de sucessivas experiências de desrespeito que abrangem desde a luta pela posse e propriedade até a pretensão de o indivíduo ser reconhecido em sua honra, dignidade e personalidade única. (WERLE 2010, p. 55)

A primeira esfera do reconhecimento, o amor, caracteriza a relação de comunidade simbiótica, que se dá logo após o nascimento. Honneth se vale dos estudos de psicologia de Winnicott, precisamente da tese da dependência absoluta. Este prega que os dois parceiros de interação dependem entre si, reciprocamente, para a satisfação de suas carências. Trata-se da primeira fase do desenvolvimento infantil, na qual mãe e filho tem uma relação simbiótica devido à dependência do bebê em relação à mãe, vez que não é capaz de externar, por meios comunicativos, suas carências físicas e emotivas, necessitando da dedicação completa da genitora para suprir as suas deficiências. Isso faz com que entre mãe e filho não haja nenhum tipo de limite de individualidade e ambos se sintam como unidade (HONNETH, 2009, p. 160).

Com o retorno gradativo da mãe aos afazeres diários, o estado de simbiose vai dissolvendo-se por meio de um processo de ampliação da independência de ambos. Esta nova fase é denominada por Winnicott de dependência relativa. Neste momento, a criança reconhece a mãe como um objeto próprio, não pertence mais ao seu mundo subjetivo.

É por meio dessa experiência de reconhecimento recíproco que mãe e filho começam a vivenciar também uma experiência de amor recíproco, sem retornar ao estado simbiótico.

É possível então, a partir da hipótese de que todas as relações amorosas são impelidas pela reminiscência inconsciente da vivência de fusão originária que marcou a mãe e filho nos primeiros meses de vida, que o estado interno do ser simbiótico forma o esquema da experiência de estar completamente satisfeito, de uma maneira tão incisiva, que mantém aceso, às costas dos sujeitos durante toda a sua vida, o desejo de estar fundido com uma outra pessoa.

Todavia, esse desejo de fusão só se tornará o sentimento do amor se ele for desiludido pela experiência inevitável da separação, que daí em diante se inclui nele, de modo constitutivo. É o reconhecimento do outro como uma pessoa independente. Só a quebra da simbiose faz surgir aquela balança produtiva entre delimitação e deslimitação, que, para Winnicott, pertence à estrutura de uma relação amorosa amadurecida pela desilusão mútua (HONNETH, 2009, p. 175).

Com base nos estudos de Winnicott, Honneth esboça os princípios fundamentais do primeiro nível de reconhecimento, partindo da ideia de que quando a criança experimenta a confiança no cuidado paciente e duradouro da mãe, ela desenvolve em si condições suficientes para ter uma relação positiva consigo mesma, isto é, a capacidade da criança de autoconfiança, o que lhe proporciona a capacidade de desenvolver de forma sadia a sua personalidade.

Então, o primeiro nível de reconhecimento possibilita não só o desenvolvimento da autoconfiança, como também é a base necessária para a participação na vida pública, isso porque Honneth acredita que o amor é o núcleo fundamental de toda moralidade.

É de se salientar que Honneth entende por relação amorosa todas as relações primárias “(...) na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes” (HONNETH, 2009, p. 159), coincidindo com o emprego que Hegel faz do conceito de relações primárias - para Hegel, o amor representa a primeira etapa do reconhecimento recíproco, é através da efetivação dessa etapa que os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza de suas carências, reconhecendo-se como seres carentes na experiência recíproca da dedicação amorosa.

A esfera de reconhecimento do amor distingue-se do reconhecimento pela relação jurídica, basicamente, em todos os pontos decisivos. Contudo, ambas se desenvolvem por meio do mesmo recurso: o reconhecimento recíproco. Segundo Honneth, os pensadores Hegel e Mead entendem que, para chegar à compreensão de que se portam direitos, é necessário ao indivíduo saber quais deveres devem ser observados em relação ao outro. Isso ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos. Estes autores concebem a relação jurídica como uma forma de reconhecimento recíproco.

A esfera de reconhecimento jurídico só pôde se constituir na sequência de uma evolução histórica. Para Honneth, o reconhecimento jurídico nas sociedades tradicionais encontrava-se ligado à estima social, ao *status* social que o indivíduo desempenhava nestas sociedades. Deste modo, o indivíduo só conseguia ser reconhecido quando era visto como membro ativo da sociedade, isto é, o reconhecimento jurídico ocorria em função da posição ocupada pelo indivíduo na sociedade.

Com a passagem da sociedade tradicional para a moderna, já é possível verificar uma mudança estrutural na base da sociedade, vez que o sistema jurídico já não admite e combate exceções e privilégios em decorrência do *status* que o indivíduo possui no seio social, devendo o direito ser geral e levar em consideração todos os indivíduos.

Axel Honneth propõe-se a identificar a nova forma de reconhecimento jurídico que insurgiu na modernidade. Num primeiro momento, demonstra que, juntamente à concepção pós-tradicional, houve uma distinção entre estima social e reconhecimento jurídico. Segundo, Honneth, em ambos, o Homem é respeitado em decorrência de determinadas propriedades. Contudo, no caso do direito,

trata-se de uma propriedade universal que faz dele uma pessoa, sendo que no caso da estima social o que se toma de parâmetros são as propriedades particulares que o caracteriza, diferentemente das outras pessoas (HONNETH, 2009, p. 187).

A partir desse resultado interino, Honneth busca definir a capacidade pela qual os sujeitos se respeitam mutuamente e se reconhecem como pessoas de direito. Vale-se da tradição dos direitos fundamentais que indicam o desenvolvimento histórico de referidos direitos partindo do pressuposto de que acumulação de pretensões jurídicas individuais, como a que existe em sociedades modernas, pode ser entendida como um processo de extensão das propriedades universais de uma pessoa que foram sendo aumentadas passo a passo, “visto que, sob a pressão de uma luta por reconhecimento, devem ser adicionados novos pressupostos para a participação na formação racional da vontade” (HONNETH, 2009, p.189).

Honneth, influenciado pelos escritos de Marshall, principalmente pela situação de ruptura⁷, mede a distinção elementar entre as constituições jurídicas tradicionais e modernas e utiliza a tese da reconstrução histórica dos direitos fundamentais, que se divide em três classes: a constituição dos direitos liberais, no século XVIII; o estabelecimento dos direitos políticos de participação no século XIX; e, por fim, a criação de direitos sociais de bem estar, no século XX. Entende Honneth que a imposição de cada nova classe se deu sempre de forma forçada sob o argumento implícito da exigência de ser membro de igual valor na coletividade política (HONNETH, 2009, p. 191). Com isso, procurou mostrar que a história do direito moderno deve ser reconstruída como um processo de ampliação dos direitos fundamentais, obtida por meio da luta social. A partir disso, conclui que os sujeitos sociais só conseguem desenvolver e agir como pessoas de direito no momento em que surge historicamente uma forma de proteção jurídica contra a invasão na esfera da liberdade.

Só com a formação de direitos básicos universais é possível a construção de uma forma de autorrespeito, considerando-se a imputabilidade moral como o cerne, digno de respeito, de uma pessoa. Somente quando os direitos universais não são mais adjudicados de maneira dispar aos membros de grupos sociais definidos por *status*, a pessoa de direito individual poderá vislumbrar nestes um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento (HONNETH, 2009, p.195).

Possuir direitos individuais significa dotar o sujeito universal de uma atividade legítima, pela qual consegue constatar que goza do respeito dos demais. O reconhecimento, na esfera do direito, cria condições de desenvolver o autorrespeito, a partir do momento em que é concedido aos atores sociais algum tipo de proteção jurídica, que limita a invasão do campo da liberdade, oportuniza a

⁷ O desacoplamento entre as pretensões jurídicas individuais e as atribuições sociais ligadas ao status originou o princípio da igualdade universal, impondo à ordem jurídica o postulado de não admitir mais, em princípio, exceções e privilégios.

participação na formação da vontade pública, garante o mínimo de bens materiais. Assim, o sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com sua coletividade propriedades que o capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade. A capacidade de se referir positivamente a si mesmo é o que se chama autorrespeito. Quando é produzido o autorrespeito na intersubjetividade do indivíduo, este se reconhece e se sente igual ao seu parceiro social.

Se no reconhecimento jurídico o que é colocado em destaque são as propriedades gerais do Homem, no caso da valoração social o que é posto em relevo são as características do indivíduo, o que o colocam diferente dos demais, isto é, as propriedades de sua singularidade. Assim, visando permitir que os indivíduos possam se referir positivamente à suas propriedades e capacidades concretas, Honneth traça a terceira esfera de reconhecimento: a solidariedade.

Essa forma de reconhecimento visa um *medium social* que expressa as diferenças de propriedade entre os indivíduos de maneira universal, ou seja, que os vincule intersubjetivamente. Do mesmo modo que o reconhecimento jurídico, a estima social só pôde assumir a forma atual depois da transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna. Em decorrência dessa mudança estrutural, não se deve mais estabelecer de antemão quais formas de conduta são eticamente admissíveis, vez que, já não são mais propriedades coletivas, mas sim capacidades biograficamente desenvolvidas pelo indivíduo (HONNETH, 2009, p.205).

Com isso, uma tensão permanente se instala na organização moderna da estima “porque nessa nova forma de organização social há de um lado, uma busca individual por diversas formas de auto-realização e, de outro, a busca de um sistema de avaliação social” (SAAVEDRA, SOBOTTKA, 2008, p. 13). Essa tensão se forma na sociedade moderna entre a ampliação de um pluralismo que permite o desenvolvimento da concepção individual de uma vida boa e o plano de fundo moral que serve de referência para a avaliação social da modernidade, fazendo com que esta se torne uma arena na qual há uma luta por reconhecimento ininterruptamente (SAAVEDRA, SOBOTTKA, 2008, p. 13). Isso porque os diversos grupos sociais precisam influenciar a vida pública para que a sua concepção de vida boa seja reconhecida e passe a fazer parte da referência moral e cultural da sociedade em que vivem.

Honneth delinea, portanto, a terceira esfera de reconhecimento como a solidariedade, que permite ao indivíduo alcançar a autoestima, por meio de uma primeira aproximação, uma espécie de relação interativa em que os atores sociais passam a ter interesses dentro de seus modos distintos de vida.

Pela transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna, não se alcança mais a autoestima através de propriedades coletivas, mas pelas capacidades biograficamente desenvolvidas pelo indivíduo. O indivíduo não precisa mais atribuir a um grupo inteiro o respeito que goza socialmente por suas realizações.

Sob estas novas condições da estima social, as realizações e a capacidade são reconhecidas individualmente pelos demais membros da sociedade. Assim, há o reconhecimento do próprio valor, isto é, o que se denomina autoestima.

Sob as perspectivas das sociedades modernas, a solidariedade está ligada aos pressupostos de relações sociais simétricas entre os indivíduos individualizados. Estas relações podem ser chamadas de solidárias, por não despertar somente a tolerância para com a particularidade do outro, mas também pelo interesse afetivo pelo outro. Esta forma de reconhecimento liga-se à condição de relações sociais simétricas de estima entre os sujeitos humanos e à possibilidade deles desenvolverem a autorrealização.

Estimar-se simetricamente significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do outro aparecerem como significativas para a práxis comum. Isso é a possibilidade de todo sujeito receber a chance, sem gradações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, ou seja, ser considerado valioso para a sociedade.

Axel Honneth, visando à plausibilidade de sua teoria, buscou encontrar na história social uma tipologia tripartite negativa da estrutura das relações de reconhecimento. Assim, atribuiu a cada esfera de reconhecimento uma forma equivalente de desrespeito. Isto é, qualquer violação a uma das esferas culmina no desrespeito.

A primeira esfera de reconhecimento, o amor, possui como formas de desrespeitos os maus-tratos e a violação. Aqui o desrespeito viola a integridade física, fere duramente a confiança aprendida através do amor. Daí, temos por consequência a perda de confiança em si mesmo e no mundo. Portanto, o que é aqui subtraído da pessoa é o respeito natural por aquela disposição autônoma sobre o próprio corpo, adquirida primeiramente na socialização mediante a experiência da dedicação emotiva (HONNETH, 2009, p.215).

A forma de desrespeito na esfera de reconhecimento do Direito se dá pela privação de direitos e pela exclusão. A componente ameaçada da personalidade é a integridade social. Honneth entende que a privação de direitos ou a exclusão social não representam somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também produzem no indivíduo que foi violentado o sentimento de que não se encontra em igualdade com o seu parceiro de relação. Salienta que, ao se negar a um indivíduo pretensões jurídicas socialmente vigentes, lesa-se referido sujeito na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como capaz de formar o seu juízo moral, o indivíduo perde a capacidade de referir-se a si mesmo como igual ante o parceiro na interação social.

Na terceira esfera de reconhecimento, a solidariedade, a forma de desrespeito estabelece-se na degradação e a ofensa, que ameaçam a dignidade. Esta forma de desrespeito ocorre ao passo que a autoestima é degradada, quando o indivíduo é impedido de se autorrealizar. Honneth explica que a degradação

valorativa de determinados padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de que eles não podem se referir à condução de suas vidas como algo a que caberia um significado positivo no interior de uma sociedade. O indivíduo degradado perde autoestima pessoal, perde a capacidade de entender a si próprio como um ser estimado por suas próprias capacidades e características (HONNETH, 2009, p. 218).

Pelo mencionado anteriormente, Honneth mostra que são as experiências do desrespeito a quaisquer níveis de reconhecimento que motivam a luta por reconhecimento, e consequentemente, geram os conflitos sociais. A luta por reconhecimento é concretizada mediante uma mobilização política, quando o sentimento de desrespeito, em alguma ou todas as esferas aqui apresentadas, é generalizado em determinada comunidade,

Os sentimentos de desrespeito, por sua vez, só podem se tornar a base (a motivação psicológico-moral) de uma mobilização política se forem capazes de expressar um ponto de vista generalizável, dentro do horizonte normativo de um grupo ou comunidade. (...) A ideia básica é a de que sentimentos morais, quando articulados numa linguagem comum, podem motivar as lutas sociais. (WERLE, 2010, p.56)

Referidos conflitos só são superados quando o ator social se vê reconhecido novamente em todas as esferas intersubjetivas de reconhecimento, o que o põe em condições de voltar a ter uma participação ativa e sadia em sociedade. Bauman (1999, p.88), ao tratar sobre os nativos e os estrangeiros (denominados de estranhos), questiona se uma eventual inserção dos estranhos em uma comunidade de nativos realmente representa uma plena inclusão. O sociólogo chama a atenção para o fato de que, ainda que haja uma luta por reconhecimento e uma entrada do estranho ao corpo social, ele sempre será o estranho, indigno de lealdade:

Só se pode bater na porta quando se está do lado de fora; e é o ato de bater na porta que alerta os moradores para o fato de que alguém que bate está realmente fora. “Estar do lado de fora” lança o estranho à posição de objetividade (...). A própria consciência desse ponto de vista (um ponto de vista resumido pelo status do estranho) faz os nativos se sentirem desconfortáveis, inseguros nas suas maneiras e verdades domésticas. Além disso, a entrada é sempre uma passagem, uma mudança de status – e esse misterioso evento de avatar mais do que tudo coloca o “estranho de ontem e nativo em perspectiva” em conflito com o mundo onde deseja entrar, um mundo que baseia a sua confiança (...) na suposição de que ninguém jamais é transformado, de que ninguém jamais sai nem se encontra fora. O episódio da entrada marca o “ex-estranho” para sempre – como uma criança trocada ao nascer, uma pessoa que pode optar e escolher, que tem a liberdade que os “apenas nativos” não possuem, cujo status não pode jamais ter o mesmo grau de solidez, finalidade e irreversibilidade que o dos nativos. (BAUMAN, 1999, P.88)

Nesse contexto, segundo Honneth, o sentimento de injustiça é o fator detonador da luta por reconhecimento. Ele nos mostra que a experiência do desrespeito é uma forma de paralisar a sociedade, o indivíduo, o grupo social. Isto é, o sujeito humano depende do reconhecimento social, inclusive “Os sentimentos individuais de vergonha, raiva, ressentimento, desprezo, indignação ou remorso são os ‘efeitos’, na dimensão da consciência individual, advindos da não observância desse acordo muitas vezes silencioso e tácito.” (MATTOS, 2010, p.61).

Em *Das Recht der Freiheit* (O Direito da Liberdade), Honneth visa organizar sistematicamente a sua teoria do reconhecimento. Comungando com Hegel, defende que uma teoria social que pretende incorporar intenções normativas de uma teoria da justiça deve ter como fio condutor os acontecimentos históricos e a interpretação deles na reconstrução normativa. Neste prisma, ao longo do livro o autor descreve fenômenos históricos, que lhe servem como fundamento para a sua reconstrução normativa.

Neste labor, afirma que os valores legítimos característicos das sociedades liberais modernas se fundiram na liberdade individual, nos seus sentidos mais diversos, isso porque a própria sociedade moderna ocidental lhe atribuiu este valor:

Nestas [sociedades modernas], as dimensões do reconhecimento jurídico, expressas nos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais) e do reconhecimento social, expresso na estima social das realizações individuais decorrente do desenvolvimento da divisão do trabalho e da economia capitalista, tornam-se as categorias centrais pelas quais podemos desvelar, por um lado, os processos de aprendizagem moral que marcam a passagem das sociedades tradicionais, baseadas na honra e no status (...), para as sociedades modernas, nas quais a liberdade e a igualdade são pensadas em toda a sua extensão, e por outro, apontar os fenômenos de reificação que impedem a evolução social para novos patamares de reconhecimento recíproco entre pessoas livres e iguais. (WERLE, 2010, p.57)

Assim, todas as lutas por reconhecimento social escreveram em seus estandartes o lema da liberdade individual, mais do que isso, na modernidade “a exigência de justiça pode ser legitimada publicamente somente se fizer referência, de uma maneira ou de outra, à liberdade individual” (HONNETH *apud* PINZANI, 2012, p. 209).

Na segunda parte dessa obra, Honneth estrutura outra forma tripartida das diferentes esferas que formam a sociedade: a esfera das relações íntimas; a esfera do mercado e a esfera do Estado Democrático - tendo em vista a finalidade deste brevírio abordaremos somente a esfera do Estado Democrático.

Na última parte do livro, Honneth trata da esfera do Estado Democrático, dedicando-se à reconstrução normativa do processo do Estado liberal de direito ao atual Estado Constitucional e Social. Ponto em que analisa a instituição pública democrática, na qual os cidadãos formam concepções passíveis da formação

de um consenso geral que deve ser respeitado pelos processos de legislação parlamentar. Na reconstrução normativa da formação da esfera pública, Honneth destaca a importância do Estado-Nação neste processo e menciona sobre a necessidade do desenvolvimento de um patriotismo, que deve ser entendido como um “patriotismo constitucional”, que estabelece meios de comunicação entre população e governo.

Ao falar dos desenvolvimentos errôneos dessa esfera e objetivando um melhor exercício da liberdade social, o autor apresenta cinco condições que permitem um melhor exercício dessa liberdade.

Antes de tecer alguns comentários sobre estas condições é necessário esclarecer que Honneth identifica ainda três tipos de liberdades: liberdade negativa ou jurídica; liberdade reflexiva ou moral; e liberdade social. Sobre esta última forma de liberdade, são reservados quase dois terços do livro, vez que o autor considera que é neste aspecto da liberdade que o indivíduo cria uma realidade intersubjetivamente compartilhada no interior do mundo social, já que só experimenta-se a liberdade individual quando de fato desempenha-se certos papéis sociais, ou seja, na interação com outros indivíduos, ao contrário das liberdades jurídicas e moral que permitem que o indivíduo se feche ou distancie das relações sociais preexistentes, não sendo capazes de criar uma realidade intersubjetiva.

Retomando as condições para o exercício da liberdade, sucintamente elas são: existência de garantia jurídica para a participação política dos indivíduos; a presença de um espaço comunicativo comum, um sistema de mídia diferenciado; a disponibilidade dos cidadãos se engajarem nas discussões públicas; e o desenvolvimento de um sentimento de solidariedade cívica, mantido por uma correspondente cultural e política da solidariedade.

A partir dessas condições, as conclusões elaboradas nos debates públicos devem se transformar em ações concretas ou em normas jurídicas por meio da atividade legislativa, pois Honneth concebe o Estado com um “órgão reflexivo” que conta com a ajuda dos indivíduos que se comunicam entre si e deliberam, buscando soluções de problemas sociais (PINZANI, 2012, p.214).

Como vimos, Honneth, ao acreditar que a falta de reconhecimento é o fator principal para a causa de injustiças, busca uma resposta para o problema traçando três formas de reconhecimento e três modos negativos para cada uma das formas delineadas, sendo maneiras de desrespeito. Com isso, percebe-se a importância do reconhecimento nas relações sociais e, de modo significativo, para esta discussão. O reconhecimento na esfera jurídica possibilita ao indivíduo uma maior autonomia para participar da formação da vontade pública, a garantia de um mínimo de bens materiais, de se considerar respeitado pelos outros, ter direitos resguardados e, o mais importante, sentir-se igual ao outro, pois a experiência contrária, a da privação de direitos, produz exclusão social e desigualdade.

Ao sistematizar a teoria do reconhecimento honnetiana, com as categorias de liberdades, é possível visualizar a necessidade de um reconhecimento nas esferas anteriormente citadas, para que se alcance uma verdadeira liberdade individual, e se busque o melhor exercício desta liberdade em sociedade.

Para tanto, o se sentir reconhecido juridicamente é imprescindível, e, sobretudo, no texto constitucional, é preciso que o cidadão se identifique com o conteúdo da ordem constitucional, pois só assim alcançará maior autonomia e terá a liberdade necessária para a construção de uma sociedade melhor, que consiga estabelecer relações intersubjetivas plenas.

4. RECONHECIMENTO JURÍDICO E A CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL

Hodiernamente, quando se fala de lutas por direitos percebemos que todos reivindicam de alguma forma um reconhecimento constitucional, as comunidades quilombolas e indígenas pleiteiam o reconhecimento constitucional de suas terras, os homoafetivos buscam o reconhecimento do matrimônio e direitos hereditários, os negros um tratamento isonômico. No mesmo sentido, vemos jovens, idosos, “sem terra”, reivindicando algum tipo de pretensão jurídica.

Isso é reflexo da fragmentação da sociedade, como nos mostra Bauman, que no cenário pós-moderno é formada por diversos modos de pensar, agir, de se vestir, que influi diretamente nos modos de como o Direito deve regulamentar estas novas condutas, as comunidades. Como a própria sociologia já mostrou, o Homem não é propriamente Homem por suas escolhas, a sua formação também é fruto do meio, trata-se de uma interferência externa.

O Direito tem de responder às necessidades da sociedade pós-moderna, que a partir do marco teórico bauminiano, tem como características o consumismo desenfreado, que invade as relações humanas, causando o tratamento entre os indivíduos como mercadorias descartáveis, em meio ao individualismo que redefine as relações sociais, alcançando a cultura das comunidades, como demonstrado anteriormente.

A resposta do Direito, a nosso ver, parte da perspectiva do reconhecimento jurídico das novas relações sociais advindas com a pós-modernidade, permitindo que os indivíduos criem em si um sentimento constitucional, o que permite por consequência uma expansão da cidadania.

Pode-se argumentar que estes direitos já se encontram postos na Constituição, que o que falta é efetividade. Ou ainda, que se fôssemos reconhecer no texto constitucional todos estes direitos, a Constituição seria demasiadamente prolixa. A nosso ver a questão não é essa, não é o simples positivar ou efetivar estes direitos, é algo a mais, é necessário que em uma sociedade multifacetada, para usar o termo de Bauman, fragmentada, exista algo que a una, possibilitando

um sentimento de pertença. Isso se dá através do reconhecimento jurídico, que permite que estas comunidades se reconheçam na Constituição, identificando-se com a ordem constitucional, ou seja, com a finalidade deste texto. Honneth, em obra derradeira, fala sobre a necessidade de um patriotismo constitucional, ligando a população ao governo estatal.

O reconhecimento, sob a perspectiva de Axel Honneth, permite que o indivíduo desenvolva condições de autorrespeito, sendo que, quando se concede a estes indivíduos algum tipo de proteção jurídica, limita-se a invasão à sua liberdade, fazendo com que se oportunize maior participação na formação da vontade pública e se garanta o mínimo de bens materiais. Assim, o indivíduo é capaz de se considerar como uma pessoa que partilha com sua coletividade, sendo-lhe permitido participar de uma formação discursiva da vontade.

De modo contrário ao reconhecimento jurídico, há o desrespeito, a privação de direitos e exclusão. Este não reconhecimento é uma limitação da autonomia pessoal e desperta no indivíduo não reconhecido o sentimento de que não se encontra em igualdade com o seu parceiro de relação. Esse negar de pretensões jurídicas faz com que o indivíduo, em sua expectativa intersubjetiva de ser reconhecido, não seja capaz de formar o seu juízo moral, perdendo a capacidade de referir-se a si mesmo como igual ante o parceiro na interação social. Esta é exatamente a experiência de desrespeito que motiva a luta por reconhecimento e gera os conflitos sociais.

Neste cenário pós-moderno, apresentado a partir de Bauman e confrontado com a teoria do reconhecimento de Honneth, torna-se imperioso o reconhecimento jurídico destes novos modos de ser advindos da pós-modernidade. É preciso que se alerte para os reclamos das diversas “comunidades” que reivindicam o reconhecimento constitucional, para que se possa despertar nesta parcela da sociedade um sentimento constitucional, permitindo que se tornem realmente cidadãos e se reconheçam na Constituição de seu país.

O despertar deste sentimento constitucional no indivíduo pode ser possibilitado por meio do reconhecimento de seus valores fundamentais – que o indivíduo considera fundamental – frente a uma ordem jurídica, permitindo que este sujeito se envolva com o ordenamento jurídico:

Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional (VERDÚ, 2004, p. 53).

Este envolver com o ordenamento jurídico, principalmente com a ordem constitucional, é de extrema importância por permitir e incentivar estes

indivíduos a participarem de modo discursivo na formação do ordenamento constitucional que se encontra submetido.

O sentimento constitucional encontra-se totalmente ligado à questão do reconhecimento. De acordo com Pablo Lucas Verdú, o sentimento constitucional surge por meio do prazer ou do desgosto. O primeiro pelo fato do indivíduo, de modo racional, se aderir ou harmonizar com a Constituição, haja vista que se sente reconhecido naquele texto. O segundo se dá por meio de um distanciamento com o texto Constitucional, por considerá-lo injusto frente ao seu ordenamento ideal, ou seja, o indivíduo não se reconhece na Constituição. Deste modo, podemos falar em sentimento constitucional positivo e negativo:

Por conseguinte, o sentimento jurídico brota de uma comoção da alma que normalmente contém momentos de prazer e de desgosto. No primeiro caso, após racionalizar-se, tende a aderir ou a harmonizar-se com o ordenamento vigente e, portanto, a respeitá-lo; no segundo, incentiva o distanciamento em relação a este último em virtude do desgosto por ele proporcionado, seja pela injúria que lança sobre o afetado ou sobre os seus próximos (efeito de simpatia), seja porque se considera – e aqui reaparece o elemento intelectual – que ele é injusto se comparado ao ordenamento jurídico ideal imaginado ou querido (VERDÚ, 2004 p. 56).

O sentimento constitucional negativo marca a sociedade pós-moderna, na qual várias “comunidades” lutam por reconhecimento constitucional, por se sentirem injustiçados ante ao anseio de ter certos direitos – que entendem por direito – resguardados.

Este sentimento constitucional negativo se dá em razão do distanciamento entre a realidade e o texto constitucional. Como afirma Smend (*apud* VERDÚ, 1985, p. 130): “A fenda entre o direito constitucional e a realidade não só implica um abismo entre a normatividade e a normalidade, também supõe uma defeituosa interiorização do desenvolvimento constitucional pelos cidadãos”⁸ (*tradução livre*).

Isso acarreta a não aceitação da ordem estabelecida, uma negação tácita e descrédito dos cidadãos pela ordem constitucional, pois os cidadãos não se vêem no texto constitucional, não despertando o sentimento constitucional positivo.

A partir do momento em que o indivíduo tem direitos reconhecidos no âmbito constitucional, desperta nele um sentimento constitucional positivo, pois se harmoniza com a ordem jurídica vigente, permitido que participe ativamente da formação jurídica de seu país atingindo a concepção de cidadania,

⁸ “La hendidura entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional no sólo implica un abismo entre la normatividad y la normalidad, además supone una defectuosa interiorización del desarrollo constitucional por los ciudadanos”. (VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985. p. 130.)

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. (CITTADINO, 2003, p.38)

Despertar, na conjuntura pós-moderna, esse sentimento constitucional positivo nos indivíduos é muito importante, trata-se da “(...) cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos” (BARROSO, 2003, p.41). Atingindo o que VERDÚ (1997, p. 62) denomina de consciência constitucional, “(...) é uma faculdade do homem, enquanto cidadão, que permite identificar-se com a ordem constitucional de seu país na medida em que satisfaz suas convicções político-sociais”⁹ (*tradução livre*).

Na sociedade pós-moderna, o Direito tem de buscar meios para regular este convívio social, que tem características diferentes de outros momentos da sociedade. A forma mais adequada é por meio do reconhecimento jurídico, voltado para despertar nos indivíduos uma consciência constitucional, aproximando a norma regente do Estado dos seus cidadãos, permitindo que participem de modo ativo e se sintam parte dela, pois como VERDÚ (2004, p.59) afirma: “(...) Direito não só é mera e/ou mais ou menos artificiosa interpretação normativas. É também luta pelo Direito (Ihering), e, definitivamente interiorização emocional do Direito próprio e alheio na própria consciência”.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo iniciou com a proposta de pensar a pós-modernidade e o reconhecimento, concluindo pela necessidade do cidadão ter uma consciência constitucional, ou seja, de se identificar com a Constituição como forma de solucionar a relação Direito e pós-modernidade.

Partimos da perspectiva de Bauman sobre o que seria uma sociedade pós-moderna, buscando identificar quais são os desafios a serem enfrentados pelo Direito. A pós-modernidade é caracterizada pela invasão do capitalismo nas relações humanas, pelo individualismo que redefine as relações sociais e criando a cultura de “comunidades”, na qual os indivíduos se refugiam buscando preencher o vazio proporcionado pelo individualismo.

⁹ “(...) es una facultad del hombre, en cuanto ciudadano, que le permite identificarse con el orden constitucional de su país en la medida que satisface sus convicciones político-sociales” (VERDÚ, Pablo Lucas. Consciencia y sentimiento constitucionales [examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política]. Anuario de Derecho Constitucional Y Parlamentario, Universidad de Murcia, n. 9, p. 62, 1997.)

Tal realidade faz com que a sociedade pós-moderna torne-se fragmentada, verifica-se diversos modos de pensar, agir, de se vestir, o que influi diretamente nos modos do Direito regulamentar estas novas condutas.

A resposta do Direito a nosso ver é possível a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, principalmente da perspectiva do reconhecimento jurídico das novas relações sociais advindas com a pós-modernidade. Contudo, busca-se algo mais do que simplesmente reconhecer. É preciso um reconhecimento que permita que os indivíduos criem em si um sentimento constitucional, de maneira que os membros destas diversas “comunidades” possam se unir em torno da Constituição.

Como o reconhecimento procura diluir a tensão constante entre a diversidade produzida por estas “comunidades” na sociedade fragmentada pós-moderna, estes novos modos de ser não são reconhecidos juridicamente, fazendo com que a sociedade se torne uma arena de luta constante por reconhecimento.

Por isso é importante o reconhecimento jurídico destes novos modos de ser advindos com a pós-modernidade. A partir do momento em que se reconhecem direitos, o indivíduo torna-se capaz de participar da formação da vontade pública.

Quando o reconhecimento ocorre no âmbito constitucional, desperta no indivíduo um sentimento constitucional positivo, que se harmoniza com a ordem jurídica vigente, permitindo que participe ativamente da formação jurídica de seu país, chegando à concepção de cidadania. Quando se atinge esse grau de integração entre cidadão e o ordenamento jurídico constitucional verifica-se a consciência constitucional, pois o indivíduo se identifica com a ordem constitucional.

Assim, na pós-modernidade, que muitas vezes afasta os indivíduos e lhes provoca uma dificuldade de definirem sua própria identidade, é preciso pensar de modo diferente como o Direito lida com regulação do convívio social. Deve-se ter em mente que se trata de uma sociedade fragmentada e que o Direito deve ser universal. Como resolver este paradoxo? Há uma possível solução para este problema. Reconhecer juridicamente as diferentes formas de relação social, despertando no indivíduo uma consciência constitucional, para que possa unir a sociedade fragmentada em torno da Constituição. Será este documento jurídico que todos os indivíduos terão em comum em uma pós-modernidade líquida, legitimados pela luta pelo reconhecimento de Honneth, vez que se identificaram nele e passaram a atuar positivamente na formação da vontade pública.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITTAR, Eduardo C.B. Individualismo e Direito: um ensaio sobre a cultura social na pós-modernidade. **Revista jurídica**, Capinas, n. 1, v. 23, p. 65-72. 2007

CITTADINO Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

FORTES, Isabel. A psicanálise face ao hedonismo contemporâneo. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**, volume 9, nº 4. Fortaleza: 2009. Disponível em <http://pep-sic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482009000400004>, acesso em: 29 de setembro de 2012.

GONZAGUINHA. É. Interprete: Gonzaguinha. In: Gonzaguinha. **Corações Marginais**. São Paulo, 1988. CD (40 min.). Faixa 4.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2009.

MATTOS, Patrícia. Axel Honneth: formas de desrespeito social. In **Mente, cérebro e filosofia**. Ed. nº 08. Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização. [2010]

MELO, Rúrion Soares. Honneth e a reificação. In **Mente, cérebro e filosofia**. Ed. nº 08. Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização. [2010]

PINZANI, Alessandro. O valor da liberdade na sociedade contemporânea. **Revista Novos Estudos** – CEBRAP, São Paulo, n. 94, nov., p. 207-215, 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Civitas Revista de Ciências Sociais**, Rio Grande do Sul, v.8, n.1, p. 9-18 jan./abr. 2008.

WERLE, Denilson Luis. Reconhecimento e Emancipação: a teoria crítica de Axel Honneth. In **Mente, cérebro e filosofia**. Ed. nº 08. Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização. [2010]

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Madrid: Reus, 1985.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. Consciencia y sentimiento constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política). **Anuario de Derecho Constitucional Y Parlamentario**, Universiad de Murcia, n. 9, 1997.

CAPÍTULO 14

REFORMA CONSTITUCIONAL E PODER CONSTITUINTE PERMANENTE: CONTROLE POPULAR COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE POLÍTICA

Mariano Henrique Maurício de Campos¹

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o país tem visto que o Poder Legislativo passa por uma crise de legitimidade sem precedentes na história política brasileira. Esta afirmação é possível a partir de inúmeros protestos realizados em várias cidades Brasil afora no mês de junho de 2013², os quais surgiram de protestos de movimentos sociais organizados na cidade de São Paulo visando enfrentar o aumento das passagens de transporte coletivo.

Corroboram a afirmação relatos de FAORO (1976) e HOLANDA (2003) que descrevem as formas de patrimonialismo, personalismo, clientelismo e coronelismo presentes na cultura política brasileira³, fatos que somados ao julgamento recente da Ação Penal (AP) 470 (BRASIL, 2007b) no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu de forma inédita a existência de corrupção no âmbito do Legislativo, e as seguidas denúncias de corrupção noticiadas na imprensa, seja o chamado “mensalão mineiro”⁴, o “mensalão do Democratas (DEM) de Brasília”, o esquema de corrupção de agentes públicos no caso dos trens e metrô de São Paulo ou ainda os relatos envolvendo a chamada “máfia do ISS” também na cidade de São Paulo.

¹ Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Servidor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor do Centro de Ensino Superior de São Gotardo-MG (CESG). Pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP/OPUR/PUC Minas).

² O jornal Folha de São Paulo mantém uma página na internet destacando os protestos ocorridos no Brasil, disponível em www1.folha.uol.com.br/especial/2013/paisemprotesto.

³ Sobre estas características, recomendo o artigo de SOARES; ARAUJO (2008a). Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/07_762.pdf.

⁴ Investigado perante o Supremo Tribunal Federal no Inquérito (INQ) 2280 (BRASIL, 2006a).

ROCHA (1997:18) também sinaliza o início da cultura política do país quando a República foi tão somente o meio de enfrentamento da dependência relativamente à metrópole monárquica, sendo que a discussão sobre uma escolha política de tal natureza (a opção pelo republicanismo) entronizada somente por meio legal, se privou do debate, mas materializou-se num compromisso de governo e de administração, conquanto sua proclamação é considerada virtual dada a ausência de preocupação com os reflexos e consequências de sua adoção. Basta lembrarmos que a queda da monarquia ocorreu em 1889, mas sua confirmação somente ocorreu em 1992, após a revisão constitucional.

É possível concluir com as ideias de ROCHA (1997:19) que não basta a formalização de leis para sua realização e certamente este fenômeno não garante as condições mínimas de transformação das necessidades políticas e jurídicas de um povo.

Tudo isso para dizer que, como as opções políticas foram tomadas, embora com todas as vicissitudes elencadas e mais algumas que poderiam ser observadas em trabalho específico, a correção da legitimidade política pode ser alcançada por instrumentos que a democracia participativa nos possibilita atualmente e que os legisladores constitucionais, como também o próprio Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, não têm aplicado.

Além disso, para emprestar às normas constitucionais aquela normatividade que a Constituição outorgou e que em razão da cultura política ou quaisquer motivos não tem sido aplicada, a releitura desempenhada pela mutação constitucional constitui alternativa bastante viável para se ter de volta a normatividade desejada.

De acordo com NEVES (2007:100), a constitucionalização simbólica ocorre quando as instituições básicas (direitos civis, políticos e sociais, a separação de poderes e a eleição democrática) não encontram ressonância generalizada na prática dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. Contrapõe-se ao texto constitucional includente, uma realidade constitucional excludente.

Não restam dúvidas que uns dos problemas a ser enfrentado na pós-modernidade é a dicotomia entre o texto constitucional e a prática política que exclui grande parte da população do debate em relação à sociedade que queremos construir desde a promulgação da Constituição Federal em 1988.

Neste sentido, reafirmando trabalhos anteriores, pensamos no controle popular da reforma constitucional como forma de emprestar efetiva legitimidade aos atos políticos de alteração da constituição, especialmente quando notamos o quadro de reformismo⁵ em 25 anos da promulgação da atual Constituição da República.

A compreensão do novo paradigma instituído a partir da Constituição de 1988 traz à tona a necessidade de mudar, sem qualquer processo formal, o sentido,

⁵ Com efeito, a suposta via de “mão dupla” entre a supressão de direitos e ampliação destes nas reformas constitucionais, conforme concluem alguns autores, não se apresentou simétrica. Pelo contrário, mostrou-se muito desfavorável ao cidadão brasileiro e, contrária ao ideal de 1988. (SILVEIRA, 2006:151)

o alcance e o significado das cláusulas pétreas e do processo de reforma da constituição. Para isso, serão tratados a partir de agora o constitucionalismo, o poder constituinte, as mutações constitucionais e as cláusulas pétreas.

1.1. Cláusulas Pétreas e Constitucionalismo

Segundo BARROSO (1996:03), a interpretação espelha nível de conhecimento e a realidade de cada época, além de representar a crença e valores do intérprete, no aspecto social e na sua individualidade.

CERQUEIRA (1993:390) anota que a primeira constituição escrita foi a dos Estados Unidos, logo, o poder de emenda ali configurado tornou-se o marco inicial de estudo do tema relativo à reforma constitucional, teórica e cronologicamente. Ainda na fase pré-constitucional dos Estados Unidos, entre 1776 e 1787 a diferença entre poder de reforma e poder legislativo ordinário vai se construindo nas Constituições estaduais. Além do *amending power*, o *judicial review of legislation* se encarregou de compatibilizar a adaptação do texto constitucional à vida americana, uma vez que após a consolidação do pacto constitucional, o poder de reforma não foi capaz de adaptá-lo às necessidades políticas reclamadas pela história daquele povo. (CERQUEIRA, 1993:391).

É nítida a influência norte-americana na Constituição brasileira de 1891 através da rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade, tanto que a Constituição Republicana amplia o rol das cláusulas pétreas para assegurar a intangibilidade da República ao assegurar a igualdade de representação dos Estados no Senado Federal (art.90,§4º). Portanto, seja através do controle judicial das leis ou através do sistema de emendas, a pretensão é manter a supremacia da constituição como ordem jurídica fundamental, iniciando importante trabalho teórico sobre as cláusulas pétreas, o qual está longe da uniformidade.

O tema cláusulas pétreas representa uma questão controvertida entre os constitucionalistas há muito tempo e segundo NETO (1993:37/38) existem duas categorias distintas que tratam dos limites materiais expressos de reforma constitucional: a *compreensão dogmático-formal de Constituição*, que representa um conjunto de instrumentos formais, alheios à legitimidade política; e a *compreensão material da Constituição*, que aceita a dimensão política conciliando a ideia jurídica da legalidade com a ideia política da legitimidade.

Acreditamos que o processo político deve representar a legitimidade da manifestação da sociedade que se regula através da Constituição. Verificamos ainda que os Estados Constitucionais não são estudados pela doutrina constitucional clássica de acordo com a tese de um *Poder Constituinte Permanente* associada a um processo participativo, de plena concretização constitucional.

No dizer de HABERLE (1997:23), o processo de interpretação constitucional não está mais adstrito ao Estado, como detentor do monopólio sobre a

Constituição. Ele pode ser acessado por todos aqueles que fazem parte da comunidade política ou os que sequer fazem parte do processo político, em grupo ou individualmente. Esta abertura demonstra que *A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.*

O Estado Constitucional ou Estado de Direito tem por pressuposto os movimentos revolucionários que se erigiram contra os Governos Absolutos da Idade Média, nos quais prevalecia a soberania do rei, detentor de todo o poder. São recorrentemente usadas como exemplo a Revolução Inglesa em 1688, a Revolução Americana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789. Não obstante, MAGALHAES (2008b:48) diz que a Magna Carta da Inglaterra, em 1215, já possuía elementos do Constitucionalismo Moderno, quais sejam: a limitação do Poder do Estado e a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais.

Através da democracia representativa o poder de fazer leis compete a um corpo restrito de representantes eleitos pelos cidadãos detentores de direitos políticos. Tais direitos são externados através do voto universal e periódico. Mas aqui reside, a nosso ver, um dos problemas da democracia liberal, pois os direitos políticos não se restringem ao processo eleitoral, como pretende a corrente teórica herdeira do pensamento político clássico do Estado Moderno, denominada “elitismo competitivo”⁶.

Contrariamente ao “elitismo competitivo”, a corrente denominada “pluralismo democrático” defende a ideia segundo a qual as democracias contemporâneas devem incentivar a participação e criar condições de contestação das decisões políticas e governamentais. No contexto do Estado Democrático de Direito surge a chamada democracia participativa, que requer mais do que voto universal e decisão da maioria. Nas democracias participativas *a comunidade é vista como intérprete da Constituição e co-autora das próprias leis.* (VILANI, 2008:234).

Uma interpretação constitucional condizente com o atual paradigma nos leva a concluir que deve existir a limitação ao poder de reforma do constituinte derivado, representado pelo Congresso Nacional, mas a limitação à soberania popular significa repreender o próprio fundamento do poder político no Brasil: a vontade do povo. Autores como SILVA (2005:64) e HORTA (2003:107) consideram a reforma ou emenda à Constituição atividades constituintes de segundo grau, visto que a limitação advém do próprio texto constitucional e o seu sentido é manter incólumes os princípios básicos eleitos pela Assembleia Constituinte.

HORTA (2003:100) defende a ideia segundo a qual a Constituição deve sofrer modificações para acompanhar o desenvolvimento da sociedade a fim de que o sentimento de pertença e o respeito a ela perdurem, sob pena de instabilidade constitucional. Atualmente as limitações ao poder reformador estão previstas no

⁶ Sobre o tema “elitismo competitivo” ver VILANI (2008).

artigo 60, §4º, incisos I a IV da CF/88, sendo improponíveis as matérias que visem abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto, direto, secreto e periódico; III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

O fato de o artigo 60 da CF/88 prever a alteração, extinção ou acréscimo de norma constitucional demonstra que o Constituinte Originário estava aberto à mudança de valores que a evolução histórica de uma sociedade pode proporcionar. Engessar a Constituição no seu momento de promulgação é impedir a evolução do próprio Direito. A Constituição Francesa de 1793, por exemplo, previa no artigo 30: *um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar a suas leis as gerações futura.*

Entretanto, ao passo que as mudanças da Constituição para o acompanhamento da evolução social são importantes e evitam que determinada sociedade exista por um curto período de tempo, aumentam a chance de perenidade e estabilidade institucional, por outro lado deve-se evitar que ela seja alterada por disabores momentâneos ou interesses de uma determinada época. CANOTILHO (1993:172) argumenta que as normas intangíveis da Constituição são *princípios políticos constitucionalmente conformadores* que sinalizam a ideologia inspiradora da Constituição, são reconhecidos como limites do poder de revisão e por isso são os mais visados no caso de mudança do regime político.

Segundo HESSE (1991:15), a força normativa da Constituição não pode ser determinada simplesmente por sua pura normatividade ou pela eficácia das condições sóciopolíticas. Normatividade e realidade podem ser diferenciadas, mas não separadas ou confundidas.

Em razão disto, o texto constitucional contém as chamadas cláusulas pétreas ou limites materiais ao poder de reforma. São temas eleitos pelo Constituinte Originário como cruciais para aquela sociedade e por esta razão são imutáveis. É necessário propor uma nova interpretação do artigo 60, §4º da Constituição de 1988, alterando o sentido das limitações ao Poder Constituinte Derivado, por força dos pressupostos do Estado Democrático de Direito que o Legislador Constituinte pretendeu constituir no Brasil.

As características do Estado Democrático de Direito representam maior participação direta do povo no Poder Político. A soberania popular, conquanto não cuide da supressão de conquistas sociais, não pode ser limitada pelas cláusulas pétreas, por conseguinte, os limites materiais de reforma constitucional não devem ser aplicados aos casos de formulação de Emenda Constitucional oriunda de projetos decorrentes da manifestação direta da população, obedecendo ao próprio artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

Dizendo de outra maneira, as cláusulas pétreas devem representar limite ao poder de reforma da Constituição quando a alteração decorre do poder político representativo e disso não há dúvida. Também não há dúvida sobre a

proibição do retrocesso, ou seja, todos os direitos e conquistas sociais devem ser preservados. A questão central, modificada pela interpretação ora proposta, é autorizar a modificação de qualquer norma constitucional, inclusive as hoje imutáveis, (art. 60, §4º) através da manifestação direta do povo, pois a legitimidade do poder político é uma característica essencial da democracia participativa, sem que isso represente ameaça ao Poder Político instituído, já que a pretensão não é de golpe ou fraude, como por exemplo, as teses que defendem a chamada dupla revisão. A proposta de instituir o poder popular no processo de reforma à constituição não exclui a possibilidade de limitações quanto às conquistas históricas e sociais já presentes no texto constitucional, mas é fundamental incluir a participação direta da população neste processo para acabarmos com a onda de reformismo que promoveu, desde a sua promulgação, 76 emendas à Constituição Federal de 1988.

1.2. As Cláusulas Pétreas e o Poder Constituinte

As cláusulas pétreas representam temas eleitos pelo Constituinte Originário como o suporte básico de determinada sociedade. No caso do Brasil, a forma federativa, o voto universal, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais foram escolhidos como intransponíveis no caso de reforma da Constituição. Isto representa que, qualquer alteração que vise abolir tais cláusulas, elencadas no artigo 60, §4º da Constituição de 1988, direta ou indiretamente, sequer pode ser apreciada pelo Congresso Nacional.

O Congresso Nacional usando o poder conferido pela própria Constituição, no artigo 60, pode lhe fazer emendas e garantir que o texto legal, estrutura do Estado, acompanhe a evolução da sociedade, principalmente na contemporaneidade, em que os processos de industrialização e mecanização possibilitam o surgimento de tecnologias cada vez mais avançadas ou até mesmo nunca vistas. Mas não só o avanço tecnológico importa para a Constituição.

As relações sociais são fundamentais para a conservação do Estado e de suas instituições. Por isso, a Constituição deve acompanhar primordialmente o surgimento de novos conceitos e a evolução das relações interpessoais. Um bom exemplo a ser dado, apenas para citar e não fugir ao tema central é o conceito de família. A entidade familiar recebeu um tratamento inédito na Constituição de 1988 e passou a agrupar as uniões estáveis entre homens e mulheres. O conceito abarca ainda a família monoparental, formada apenas por um dos pais e os descendentes, conforme redação do artigo 226, §§3º e 4º. Recentemente o Poder Judiciário reconheceu que o conceito de famílias também é aplicado para as relações entre pessoas do mesmo sexo.

Este simples exemplo demonstra que o Estado tem seus valores e estes estão elencados e protegidos pela Constituição Federal. Tradicionalmente, qualquer

mudança deve obedecer a limitação existente no artigo 60, §4º porque os valores imutáveis da atual Constituição estão neste rol fechado, mas pode haver interpretações variadas.

O Poder Constituinte Originário age de forma livre e soberana e sua origem, classicamente, está vinculada a atos revolucionários, no sentido de que a ordem constitucional anterior já não atende os anseios daquela sociedade e as manifestações populares provocam o abalo do Poder Político, que tem a única alternativa de elaborar outro texto constitucional. Uma metáfora utilizada para explicar o Poder Constituinte Originário é a que explica o evento como se fosse um raio, que surge, cumpre o seu papel natural e depois desaparece.

Creio que tal explicação já não atende mais a conceituação do Poder Constituinte Originário e deve ser repensado de acordo com a evolução do Estado Democrático de Direito, que a Constituição consagra.

Com base nesse conceito do Poder Constituinte Originário como algo efêmero que surge, cumpre seu papel e logo se dissolve, é que nasce o Poder Constituinte Derivado. O Constituinte Originário, atento à necessidade de alterações na Constituição para que esta acompanhe a evolução do Estado e das relações sociais, cria, por meio de disposições no próprio texto constitucional, mecanismos de reforma. O termo reforma pode designar tanto as emendas constitucionais como a revisão constitucional. As emendas, apesar de conterem um processo legislativo mais rigoroso do que as Leis Ordinárias, é mais flexível do que a revisão. Esta exige processo mais lento e formal do que a emenda, visando a suprema estabilidade da Constituição, enquanto que a emenda constitucional visa a modificação de pontos que o legislador constituinte não considerou tão importantes (SILVA, 2005:62).

No caso brasileiro, o Poder Constituinte Derivado foi atribuído ao Congresso Nacional, que por meio de um processo legislativo mais rigoroso, pode propor emendas à constituição. A revisão constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi realizada em 1993 e não há previsão de outra, logo, resta apenas o mecanismo das emendas constitucionais, previstas no artigo 60 da Constituição Federal, para realização de reforma do texto.

O Poder Constituinte Derivado está limitado pelo artigo 60, §4º, uma vez que o Constituinte Originário considerou que as cláusulas enumeradas no citado dispositivo, nos incisos I a IV, são essenciais para formação da República Federativa do Brasil.

CRUZ (2006:49) sintetiza a teorização do Poder Constituinte em três fases históricas: a visão clássica, a visão moderna e a visão contemporânea.

No pensamento clássico, segundo o autor, o Poder Constituinte Originário era entendido como poder revolucionário, uma força extrajurídica que não derivava de qualquer norma jurídica, portanto, incabível o questionamento de sua

legitimidade. A titularidade do Poder Constituinte era atribuída à Nação, por força dos laços culturais, de língua, território, tradições, etnia etc.

O Poder Constituinte Derivado de Reforma era visto como poder jurídico condicionado pelo Constituinte Originário. A sua origem constava da própria Constituição, o que impedia a mudança total do texto porque seria considerada usurpação do Poder Constituinte Originário, razão pela qual a teoria clássica admitia condicionantes temporais, circunstanciais, formais e materiais às limitações do Poder Constituinte Derivado de Reforma, como já disse anteriormente.

O pensamento moderno trouxe novidades no século XX sobre a teoria do Poder Constituinte. A titularidade passou ao povo, compreendido como dimensão subjetiva do Estado. Foi apresentada nova justificativa para a titularidade do povo e o pluralismo assume seu papel no Constitucionalismo. Dessa forma, entendia-se que não poderia haver predominância de um projeto de vida boa e as questões de identidade de tradições, etnia e língua foram superadas pela perspectiva da tolerância e o direito à diferença.

A concepção do Poder Constituinte como uma Assembleia é superada pela ideia de exercício do poder através dos costumes, tradições ou até mesmo tratados internacionais, a exemplo das cartas consuetudinárias e do artigo 5º, §3º da Constituição de 1988, que teve a redação alterada pela Emenda Constitucional 45/2004, que tratou da incorporação ao texto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos. (CRUZ, 2006:56).

Segundo ACKEMAN (*apud* CRUZ, 2006:56) o Poder Constituinte Originário poderia se manifestar em oportunidades distintas e o controle de constitucionalidade deveria ser afastado quando houvesse a manifestação soberana do povo, no exercício desse poder.

A Assembleia Constituinte pode assumir duas feições: democrática e não-democrática. A primeira implica respeito à vontade do povo, seja por meio de representantes, como o caso do Brasil ou pela manifestação direta, cujo trabalho constituinte é precedido de um plebiscito ou referendo. A segunda implica um modelo imposto, sem discussão ou participação do povo e a Constituição é apresentada pelo titular do Poder do Estado, apresentando similaridade com o Estado Absoluto.

Portanto, se o Constitucionalismo moderno entende o Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado de Reforma como poderes de direito, isto implica a possibilidade de limitações.

De acordo com CRUZ (2006:60) a visão clássica, do Poder Constituinte como processo revolucionário, foi rechaçada pela continuidade formal e material do novo texto em relação ao que se revoga pela ação constituinte. No caso do Brasil, tal superação é perceptível através da convocação da Assembleia Constituinte, responsável pela Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda nº 26 de 1985 à Constituição de 1967. Além disso, o ordenamento jurídico foi recepcionado em

grande parte e a previsão de Atos de Disposições Constitucionais Transitórias executam a função de acomodação normativa entre uma Constituição e outra.

No que se refere ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, o Constitucionalismo moderno passou a admitir a evolução semântica e pragmática do texto. A mutação constitucional, que consagra o uso que se sobrepõe à norma escrita, a separação entre o preceito constitucional e a realidade informal passa a ser realizada pela via da interpretação constitucional, ou seja, percebe-se a evolução da Constituição sem a alteração do texto (HORTA, 2002:104/105).

Por fim, CRUZ (2006:63) apresenta sua leitura do pensamento contemporâneo, que toma o conceito de povo como inerente à titularidade do Poder Constituinte porque é indispensável à configuração do Estado. A proposta tem por base a noção de patriotismo constitucional, a qual requer consenso sobre democracia, governo limitado, Estado de Direito e aplicação dos Direitos Fundamentais. A Constituição teria os princípios da igualdade e liberdade como norteadores do sistema jurídico e a legitimidade discursiva e a democracia participativa como parâmetro do sistema político. Logo, o conceito de povo seria uma construção social em favor da convivência de distintos projetos de vida boa.

O Poder Constituinte não está ligado a valores culturais porque ao longo da vida cada sujeito pode repensar os próprios valores e isso também é permitido ao Constituinte, o que supera a concepção moderna. O Poder Constituinte Originário ou de Reforma são constituídos pela racionalidade discursivo-procedimental, permitindo a formação de uma identidade do sujeito constitucional de conteúdo semântico em aberto e incompleto, mas que preserva a democracia e o pluralismo.

Salienta o autor que não é possível conceber uma identidade constitucional fechada a qualquer interpretação discursiva. A aproximação do processo político deliberativo de uma interpretação deontológica das normas jurídicas leva à reconstrução das teorias clássicas no sentido de um Poder Constituinte Permanente, mas CRUZ (2006:87) entende que as limitações formais e temporais devem ser cumpridas.

A compreensão do indivíduo como, simultaneamente, autor e destinatário da norma e o processo aberto de interpretação da Constituição, torna o controle de constitucionalidade difuso um mecanismo de exercício da democracia participativa e de patriotismo constitucional.

A visão contemporânea formulada por CRUZ (2006) apresenta os aspectos de controle das reformas constitucionais via mecanismos de jurisdição constitucional. A pretensão deste trabalho é o controle popular da reforma, o que significa a análise dos pressupostos do Poder Constituinte “Permanente” no processo legislativo, no discurso de justificação das normas. Mas não se trata de revisão, como por exemplo, prevê a Proposta de Emenda à Constituição nº 157⁷, muito bem criticada, entre outros, por OLIVEIRA (2007:08/10).

⁷ A proposta pode ser lida na íntegra no site <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/327420.pdf>

1.3. As Mutações Constitucionais

Todas as questões colocadas até o momento se referem ao processo formal de alteração da Constituição. Mas é inquestionável que a Constituição pode passar por processos informais de alteração e estes não ocorrem por emenda ou revisão. Este processo informal de mudança na Constituição denomina-se mutação constitucional.

Nas mutações constitucionais não há alteração da letra do texto constitucional, mas há modificação da substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos (BULOS, 1997:57). Uma modalidade de mutação constitucional que se destaca das demais é interpretação constitucional. De fato, a exteriorização do pensamento acerca de determinada norma jurídica constitui, de plano, uma interpretação daquele dispositivo. A interpretação pode ser gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórica e judicial. Não existe univocidade sobre a classificação das formas de interpretação, mas o que importa aqui é a possibilidade de alteração do sentido das normas constitucionais pela via da interpretação, ou seja, a mutação constitucional por interpretação⁸.

A interpretação constitucional deve levar em conta, além dos requisitos de interpretação da lei em geral, questões específicas como a supremacia, rigidez da Constituição, a matéria, a forma e a estrutura hierárquica das normas (BULOS, 1997:65)

Sendo assim, os temas que permeiam o trabalho, como cláusulas pétreas, poder constituinte e democracia, podem sofrer mutação constitucional, ou seja, podem ser lidos a partir de outro sentido, de acordo com os preceitos do Estado Democrático de Direito, sem necessariamente proceder uma reforma do texto da Constituição.

Partindo da premissa de que a função da mutação constitucional é atribuir à norma constitucional a normatividade outorgada pela Constituição, mas que por qualquer motivo necessita de uma releitura, é importante destacar aqui que as cláusulas pétreas e o processo de reforma da constituição necessitam abarcar a mencionada normatividade com o escopo de conferir à interpretação destes parâmetros participativos e de legitimidade política, consoante os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de admitir o controle de constitucionalidade material das reformas, não exerce um controle político, ou seja, acerca da legitimidade das Emendas à Constituição. O controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal cinge-se a legalidade, subdividida em requisitos formais e materiais, ou seja, analisa apenas se a Emenda Constitucional obedeceu ao processo estabelecido na Constituição e se a matéria não ofende o artigo 60, §4º da CF/88.

⁸ Sobre o tema mutação constitucional e interpretação confira BULOS (1997).

Não há precedente quanto ao controle de legitimidade das reformas à Constituição, muito embora seja reconhecido o papel político do Supremo Tribunal Federal, conforme as palavras de CITTADINO (2000:65)

A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da constituição que o direito e a política se encontram. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo “comunitário”, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política.

Assim, surge a questão: nos casos de participação direta do povo em processos de reforma da Constituição, afetando os limites materiais consagrados no artigo 60, §4º da CF/88, pode se falar em casuísmo e/ou falta de estabilidade? Não. A democracia participativa busca justamente a adequação do texto aos anseios do povo, via poder político direto e tem como instrumento o procedimento racional-discursivo. Daí a proposta de repensar o conceito de Poder Constituinte, a fim de interpretá-lo como exercício permanente de alteração da Constituição, desde que haja um processo legislativo participativo.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido, por ocasião da ADPF nº45 (BRASIL, 2004), a possibilidade de concretização de políticas públicas envolvendo direitos sociais, culturais e econômicos (os chamados direitos de segunda geração) a partir de instrumentos judiciais e através do comportamento ativo dos órgãos jurisdicionais competentes em face da omissão do Poder responsável pela implementação daquela política pública, é evidente que o entendimento da Corte sobre o assunto apenas autoriza a intervenção quando verificada a falta de comprometimento governamental com a concretização dos preceitos constitucionais, ou seja, mais uma vez se nega a possibilidade do controle político da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal e rechaçada a oportunidade de rever e reinterpretar a cláusula pétrea da separação dos poderes.

2. PLURALISMO DA SOCIEDADE BRASILEIRA: A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

É fundamental perceber que a marca das democracias contemporâneas é o pluralismo, sob o argumento de que uma ideia de bem já não pode ser compartilhada por todos.

Cabem pelo menos duas significações acerca do pluralismo: a primeira, descreve a diversidade de concepções individuais de vida boa. A segunda concepção assinala a multiplicidade de identidades sociais. Para CITTADINO (2000:01/02), de acordo com a teoria habermasiana, existem diversas concepções de vida sem afastar a multiplicidade de formas específicas de compartilhamento de valores,

costumes e tradições. Ou seja, para ela Habermas acredita que não é possível optar por uma em detrimento da outra. Concluindo, quando se trata do pluralismo da sociedade contemporânea deve-se sempre ter em mente os dois aspectos, ou seja, a diversidade de concepções individuais de vida boa e a multiplicidade de identidades sociais.

O reconhecimento do pluralismo da sociedade contemporânea é essencial para projetar a ideia de um controle popular da reforma constitucional tendo em vista a interpretação das normas para constituir um sistema constitucional aberto e amplo, que observa não só a vontade da maioria como também os anseios de minorias políticas, projetando um Estado Democrático cada vez mais incluyente.

Aliás, em relação a democracia, é a partir do pensamento de Rousseau que a vontade do povo é incorporada nos Estados, mesmo que apenas formalmente, substituindo o soberano absoluto. Passou-se a acreditar que o sistema representativo seria o único processo de poder possível de realizar a democracia. Não obstante, novas formas de participação popular no governo foram almejadas em face da restrita participação política no modelo representativo. (TAVARES, 2004:364)

A participação no poder ocorre em três níveis: na escolha dos detentores do poder, que produz legitimidade originária; no exercício do poder, que garante legitimidade corrente; e na destinação e controle dos resultados do poder, que assegura a legitimidade finalística. Não há prevalência de uma sobre a outra, porque ambas as fases são importantes para configuração de um governo legítimo. (TAVARES, 2004:365).

Sobre a legitimidade, Schmitt já falava na identidade entre governantes e governados que deve designar a democracia. Para o autor, a democracia e o liberalismo, articulados no século XIX, constituía um regime inviável por unir dois princípios heterogêneos: a identidade com a representação (MOUFFE, 1994).

É possível extrair deste ponto que a democracia nas sociedades plurais deve privilegiar a instituição de regras que permitam a participação popular nas deliberações e na formação da vontade do poder político, consagrando o poder institucionalizado.

Mas a soberania do povo, expressão da luta contra o fator monárquico, não representou a manifestação da burguesia em prol de uma sociedade nova no conteúdo, que superasse o sistema feudal. Pelo contrário, a soberania nacional deu lugar à soberania popular para justificar a pretensão burguesa de Estado (MULLER, 2004:24) instituindo o Poder Constituinte como uma força extrajurídica criadora da Constituição, que regula a vida em sociedade, não tendo muita importância a proximidade entre as decisões públicas e a vontade real da população.

O poder do capital se fez mais forte do que a necessidade do bem comum para os indivíduos, visto que *o capitalismo concentrou riquezas, privatizou os bens, mas socializou o desejo*, ao contrário do socialismo, *que socializou os bens, os direitos sociais e econômicos, mas privatizou o sonho* (MAGALHAES, 2006:173).

Ambos os modelos não conseguem atender as necessidades da sociedade plural contemporânea, em especial quanto ao poder político institucionalizado.

Sobretudo as prerrogativas que o poder econômico tem assumido em face do ordenamento jurídico, especialmente a Constituição⁹, fazem perceber que há a necessidade de se enfrentar o problema da legitimidade sobre as reformas constitucionais. A Constituição deve ser soberana, não pode ceder à crise da democracia representativa, porque a política vai perdendo a credibilidade aos poucos, o que é inadmissível num sistema em que a Constituição existe com dois fins essenciais: a limitação do poder e a proteção aos direitos humanos como garantia de dignidade (MAGALHAES, 2006:176).

Perder a credibilidade na política representa o fim do Constitucionalismo, que opera para manter as pessoas em torno de valores comuns, com finalidades importantes dentro de determinada tradição política, visando o projeto de bem comum promulgado pelo texto constitucional (GALUPPO, 2006:168)

O Estado Democrático de Direito, ao tornar efetivas as suas normas fundamentais, tanto de autonomia pública quanto privada, leva à criação de canais de participação popular permanentes, logo, o Poder Constituinte deve ser permanente. As frustrações decorrentes da compatibilização entre a constituição social e a constituição jurídico-normativa só podem ser superadas com a manutenção do Poder Constituinte no povo, uma vez que as emendas fluem do direito positivo e não possuem a característica principal de manifestação e expressão popular. (FAORO, 1985:95)

Cuida-se então de rechaçar a tese da vontade da maioria, porque muitas das vezes pode reproduzir uma concordância sem legitimidade material, devido a campanhas eleitorais estruturadas nos meios de comunicação em massa e no abuso do poder econômico. Desta forma, a manipulação sobre o sistema eleitoral pelos detentores do poder pode viciar o processo político. Em consequência, a vontade da maioria manifestada através de eleições não possui a legitimidade que tenta transparecer, porque há vício na origem. (Loewenstein *apud* TAVARES, 2004:366).

A redução da democracia ao processo eleitoral, segundo SANTOS (2002:46) leva ao questionamento: as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos? Procedimentos de representação esgotam a representação da diferença de uma sociedade pluralista? Respondendo, de acordo com o próprio Boaventura de Sousa Santos, os processos de libertação e democratização possuem um elemento comum: a participação ampliada de atores sociais de diversos tipos em processos de tomada de decisão. Isto significa a inclusão de temas ignorados pelo sistema político, a redefinição de identidades, vínculos e o aumento da participação, especialmente no âmbito local (SANTOS, 2002:59).

⁹ Como é o caso da Emenda Constitucional nº 42 que revogou o artigo 192 da Constituição que limitava os juros em 12% ao ano, fruto do lobby das instituições financeiras.

Ainda, de acordo com SANTOS (2002:69), as mudanças mais significativas na forma da democracia originaram dos movimentos sociais. Conclui o citado autor questionando a pretensão de universalidade e exclusividade da democracia liberal, abrindo espaço para concepções contra-hegêmônicas, sugerindo que a democracia participativa e a democracia representativa coexistam e se complementem. Portanto, abre-se o espaço para questionar intervenções pontuais no processo de constitucionalização de normas, vez que o debate político-eleitoral deve sopesar propostas de reconhecimento cultural e inclusão social (SANTOS, 2002:76).

Neste sentido, é fundamental manter a consistência da Constituição aprovada pela Assembleia Constituinte, afastando mudanças e reformas que não sigam o procedimento de debate popular. Segundo MULLER (2004:38), o Poder Constituinte não deve ter instituições intermediárias e deve poder preservar alterar, revogar e substituir a Constituição. Para ele, as normas procedimentais para instituição, revogação, alteração e complementação da Constituição negam o Poder Constituinte direto e fático do povo. A vigência da Constituição determina-se pela sua eficácia, o que importa dizer, os procedimentos não são decisivos para a legitimidade, a qual surge da práxis constitucional.

Entretanto, a instituição de procedimentos que consagram a participação popular no âmbito do processo legislativo de emenda constitucional vão fortalecer a legitimidade e a tendência é aumentar a práxis constitucional porque aproxima o sistema normativo da realidade social.

Conclui MULLER (2004:36/37) que o Poder Constituinte não pode ser um ato isolado. Deve ter capacidade permanente de regular-se no tempo, já que o ato de instituir não determina concretização. De acordo com o autor, a eficácia social só é conseguida através da vigência e da capacidade de solucionar o caso concreto. A concretização do Poder Constituinte deve passar pela eleição do constituinte pelo povo ou plebiscito do projeto de Constituição, mas no caso do Estado Democrático de Direito, segundo o autor, deve acontecer das duas maneiras.

É possível notar aqui um ponto divergente entre a teoria concretista de Muller e a teoria discursiva de Habermas. Enquanto que para o primeiro, o procedimento é um fator secundário na determinação da legitimidade, para o segundo a razão procedimental-discursiva é essencial para conferir legitimidade às decisões, seja no discurso de aplicação ou de justificação¹⁰. Porém, eventuais pontos divergentes não são suficientes para afastar uma teoria da outra. A nosso juízo, procedimentalismo e concretização normativa, especialmente a constitucional, são temas que estão umbilicalmente relacionados e qualquer tese que os sujeite à concorrência deve ser rechaçada de plano.

O processo político republicano emerge da práxis de autolegislação com a proteção de liberdades públicas, a fim de propiciar o diálogo em torno de

¹⁰ Para melhor compreensão dos autores, recomendo a leitura de HABERMAS (1993) e MULLER, (2004).

valores compartilhados pela comunidade política. A democracia é encarada como um processo discursivo que tem no consenso a respeito de valores ético-políticos da comunidade a chave para a formação da vontade e opinião (OLIVEIRA, 2007:34).

Conclui o autor citado:

Tanto a tradição liberal quanto a republicana pressupõem uma visão de sociedade centrada no Estado. Mas enquanto para a primeira o Estado é o guardião de uma sociedade de mercado, para a segunda o Estado é a institucionalização autoconsciente de uma comunidade ético-política. OLIVEIRA (2007:35):

A constituição tem o papel de equilibrar a relação entre o poder político e os interesses sociais diversos. De acordo com republicanos, ela representa os valores políticos eleitos pelo povo signatário, é a expressão da autonomia política. Para os liberais a democracia é tão somente um processo no qual se estabelece um governo legitimado por decisões majoritárias, decorrentes da autonomia privada sob a forma de autonomia moral e escolha racional. (OLIVEIRA, 2007: 37)

A crítica às tradições liberal e republicana reside no fato de não compreenderem a complexidade da sociedade contemporânea porque não articulam processos políticos concretos, tendo em vista a preservação da sociedade individualista e centrada no Estado. Segundo OLIVEIRA (2007, 37/38) o modelo republicano tem a vantagem de preservar o significado de democracia no sentido de institucionalização do uso público da razão, exercido conjuntamente pelos cidadãos, pela via da autodeterminação política.

Já Gisele Cittadino conclui:

Para os liberais, o pluralismo está associado às diversas concepções individuais de vida digna, logo, é feita a opção pelos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular, já que inexistência de acordo sobre as concepções de vida, decorrente do pluralismo, impede a interferência do Estado em relação às visões dos indivíduos. O Estado neutro é garantido por direitos fundamentais, sem comprometimento cultural além da liberdade individual e bem estar dos cidadãos. (CITTADINO, 2000:129)

E complementa:

Por outro lado, comunitários priorizam a participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos (soberania popular) em face da individualidade liberal. A defesa da atuação e participação dos cidadãos caracteriza a opção comunitária pela autonomia pública. O pluralismo de identidades sociais impede que o Estado trate a todos igualmente. (CITTADINO, 2000:132)

Trata-se aqui privilegiar a autonomia política em face das liberdades negativas dos cidadãos, pois o modelo liberal e a regra que consagra a vontade da

maioria não guardam estreita relação com o sentido democracia que privilegia o uso público da razão por sujeitos que compartilham valores ético-políticos.

A democracia representativa não atende os anseios do povo como outra se pensou por ocasião da ascensão Constitucionalismo moderno. MULLER (2003:125) denuncia o problema do governo representativo, porque para o autor a chance de um governo do povo é reduzida pela realidade de um Estado partidário, que transforma os deputados em delegados do seu corpo político e das bancadas parlamentares, em vez de delegados do povo.

A coatuação do povo deveria tornar-se obrigatória, como nos casos de proteção ambiental, do consumidor, legislação sobre condições dos negócios bancários, principalmente em emendas constitucionais, funcionando como limite ao poder constituinte derivado. Tudo deveria ter o respaldo constitucional e ainda a organização por meio de leis procedimentais do Legislativo. Os Direitos Fundamentais garantem a participação popular, mesmo que não prevista formalmente, conforme se extrai da liberdade de opinião e discussão, de associação, demonstração, greve etc (MULLER, 2004).

A busca de legitimidade para as reformas à Constituição se justifica pelo fato dos brasileiros terem demonstrado que possuem condições de exercer a cidadania, intervindo em questões políticas fundamentais. Exemplo disso pode ser o fato dos movimentos de defesa dos direitos humanos terem emergido nos anos 70; ou a luta pelos direitos de participação política nos anos 80; além da organização da sociedade civil no processo constituinte que culminou com a Constituição de 1988 (CITTADINO, 2000:11), além dos episódios do mês de Junho de 2013. Para tanto, é essencial repensar como a participação popular deve interagir com o processo de reforma da Constituição, buscando maior legitimidade para as alterações.

A usurpação da legitimidade é a forma mais grave de falseamento da soberania do povo, que faz desaparecer o consentimento, que se reduz ao medo à força. A legalidade sofre uma trava autocrática que suprime a participação e as possibilidades que dela decorrem, pois *a lei está num sujeito, não só com quem regula, mas também, participativamente, como em quem é regulado* (TOMÁS DE AQUINO *apud* FAORO, 1985:81).

Para entender a questão da legitimidade é bom lembrar com FARIA (1985) as preocupações com a manutenção da tradição liberal por ocasião das discussões sobre a redemocratização do Brasil na década de 80. Segundo o autor, o Brasil *construiu uma ordem inspirada em modelos dos países avançados, mas com a finalidade de regular uma sociedade estratificada e desigualmente desenvolvida* (FARIA, 1985:21).

O problema da legitimidade apontado neste trabalho foi visualizado por FARIA (1985:48) bem antes da promulgação da nova Constituição, pois o autor confirma as tensões decorrentes da tradição patrimonialista e do corporativismo

brasileiro em face da emergência de movimentos políticos novos, por ocasião daquele momento histórico para o país.

Esta tensão redundou, mesmo que modestamente, em novas formas de participação popular previstas na Constituição Federal. No entanto, vejo que persistiu o problema da legitimidade porque é possível perceber, de acordo com FARIA (1985:48), que os responsáveis pelo discurso neorrepblicano da época deram continuidade àquela tradição patrimonialista e de cooptação, mencionada ainda por FAORO (1976), não sendo capazes de oferecer formas legítimas de convivência entre as forças sociais, associadas às regras e condições normativas de exercício do poder.

De acordo com OLIVEIRA (2007:28) a legitimidade do direito e política pode ser justificada de duas formas: sob a perspectiva liberal, o legislador político está limitado pelos direitos humanos, sustentando a legitimidade. Sob a perspectiva republicana a cidadania ativa é que vai sustentar a legitimidade do direito e política. Passo, então a analisar a legitimidade nos instrumentos de democracia direta.

3. CONCLUSÃO

A melhor resposta a ser dada à crise vivida no Poder Legislativo Federal, veiculada todos os dias nos meios de comunicação, é a participação popular como instrumento de controle. O desafio para a democracia reside na *institucionalização de novas formas de participação política que venham acoplar-se aos mecanismos clássicos da representação e não substituí-los*. (ANASTASIA, 2002:36).

A manutenção da ordem política é prejudicada pela instabilidade decorrente do mecanismo exclusivo de agregação de preferências contida no sistema da regra majoritária. Logo, o desafio da democracia contemporânea é o controle dos governantes pelos governados, sobretudo nos intervalos eleitorais. (ANASTASIA, 2002:38/43).

A prática política clientelista, o patrimonialismo e outras formas de particularização dos interesses na esfera pública de formação da opinião e da vontade representativa do pacto constitucional demonstra como é preciso avançar em relação à cultura política. Para tanto, não basta a aproximação das construções dogmáticas e da teoria do direito à realidade constitucional, é preciso implementar mecanismos alternativos de participação popular no processo de formação discursivo-racional da vontade popular em sede de reforma constitucional a fim de realizar audiências públicas, seminários, fóruns temáticos entre outros, institucionalizar mecanismos de participação e oitiva dos movimentos sociais neste processo, além da criação de instrumentos de contestação das decisões legislativas tomadas no âmbito da reforma constitucional.

Como salienta NEVES (2007:186), o modelo constitucional baseado na falta de concretização normativo-jurídica do texto se torna álibi para justificar a

realidade social discrepante, cuja culpa é transferida para a sociedade, retirando a responsabilidade do Estado e do Governo Constitucional, transferindo a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. E é no mesmo sentido que vemos as emendas constitucionais no caso brasileiro, tornando-se álibi de um modelo que é governista e não político, de princípios liberais, individualista e patrimonialista

As emendas e revisões não são suficientes para resolver os problemas sociais e políticos que são atribuídos à Constituição. Os Programas de Governo são reduzidos a programas de reforma da Constituição (NEVES, 2007:187). É através do controle popular da reforma constitucional que será possível mitigar essa retórica das emendas, consequentemente garantir legitimidade material, porque não se trata de problema com o texto e sim de como o discurso político que pretende apenas a manutenção da tradição cultural brasileira do clientelismo, a fim de que governantes e políticos permaneçam à frente deste sistema de dominação e das relações de poder, fugindo da responsabilidade pelas mazelas sociais e atribuindo à Constituição total culpa pela ineficiência de seus instrumentos, como se isso justificasse a omissão dos Governos.

De tudo, resta apenas buscar amparo social para a pretensão de controlar as emendas à constituição para que em breve não sejamos, novamente, vítimas do reformismo e porque não, de uma nova constituinte que apenas vai buscar a manutenção do *status quo*, imprimindo um texto que possa até ser inovador, mas reiterando práticas políticas já conhecidas sem que haja solução para as demandas sociais que pautam a realidade brasileira.

Neste sentido, é preciso enfrentarmos as tentativas de mudança do projeto brasileiro de sociedade, diga-se, a Constituição Federal de 1988, através de medidas de controle popular. É hora de fundamentarmos a reforma constitucional no princípio da soberania popular e com isso as alterações formais do texto se tornariam cada vez mais difíceis, obrigando o Estado Brasileiro a promover maior legitimidade no processo de tomada de decisões.

A pós-modernidade deverá assumir maiores reflexões em torno de um poder constituinte que é permanente, todavia, cada vez mais inclusivo, a despeito das atuais e precárias formas de atuação do poder político na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANASTASIA, Fátima. Teoria democrática e o novo institucionalismo. Cadernos de Ciências Sociais: [Belo Horizonte], Belo Horizonte, v. 8, n. 11, p. 31-46, dez. 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º Ed., revista. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.97/148.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ, 10/05/1991. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939-7/DF. Rel. Sydney Sanches. DJ 18/03/1994. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%20939.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%20939.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF. Rel. Min. Moreira Alves. DJ, 10/05/1996. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental Medida Cautelar. n 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJe, 04/05/2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(45.NUME.%20OU%2045.DMS.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((45.NUME.%20OU%2045.DMS.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas). Expressão de busca: 45 decisão monocrática. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n.º 2280/MG. Distribuição DJ 06/02/2006. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>

portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2344091. Acesso em 20 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685-8/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ, 10/08/2006. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203685.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203685.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203685.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203685.ACMS.)&base=baseAcordaos) Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2024/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 22/06/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Distribuição DJ 20/11/2007. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>. Acesso em 20 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3895/SP. Rel. Min. Menezes Direito. DJe, 28/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544035&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 29 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Medida Cautelar n. 4076/DF. Rel. Ricardo Lewandowski. DJe, 11/09/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Expressão de busca:4076. Acesso em 08 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4097/DF. Rel. Min. César Peluzo. DJe, 07/11/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559799&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 25 de janeiro de 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. Fortaleza: EUFC, 1985.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *Historia constitucional do Brasil*. 3.ed. Brasília: [Paz e Terra], 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros: São Paulo, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais, vl. 1, n.º, Belo Horizonte, jan./1999, p. 473-486

CERQUEIRA, Marcello. A constituição na historia: origem & reforma. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DIAS, Maria Tereza Fonseca, GUSTIN, Miracy B. S. Repensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. Porto Alegre: Globo Comunicações e Participações, 1976.

FAORO, Raymundo. Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada. 4a ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1985.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo positivo. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 12. ed. 1ª reimp., São Paulo: Edusp, 2006.

FERRAZ, Luciano. Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FRANÇA, Phillip Gil. O Controle da administração pública e sua efetividade no estado contemporâneo. Interesse Público, Sapucaia do Sul, RS, v.9, nº43, p167-197, maio 2007.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. Poder constituinte: uma reconstrução teórica com base na teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen

Habermas. 2006. 156f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A Constituição pode fundar uma República?* IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GUNTHER, Karl. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Moiz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos Normativos de Democracia*. Caderno Escola Legislativa. Belo Horizonte, 3 (3): Jan./Jun. 95, p. 105-122..

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 17ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. A Democracia. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e Educação Política. IN: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Pacto federativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional (v1). 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional (v2). Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O futuro do Direito Constitucional: em busca de novos paradigmas, ou, a necessidade da construção de um conhecimento transdisciplinar que promova a ligação de saberes. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e ideologia. IN: GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). Outros olhares – debates contemporâneos – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leidenthi, 2008a.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões livres sobre a interpretação constitucional. Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais: Belo Horizonte, nº 11, jul/dez 2008b, p.46/68.

MARINHO, Josaphat. Limites ao Poder de Revisão Constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Revista Eletrônica disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de março de 2008.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: S. A. Fabris, [Florianópolis]: CPGD-UFSC, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2009.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

MOREIRA, Luiz. Direito e política. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.149/157.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. In: Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, jul./dez. 1994, p.87-107.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. Trad. Peter Naumann. Rev. Georghio Alessandro Tomelin e Menelick de Carvalho Netto. In: Cadernos da Escola do Legislativo, Assembléia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, jul./dez. 1999, p.7-37.

MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência : elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

MULLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Editora Max Limonad. São Paulo: 2003.

MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Carla Dumont. Limites e apontamentos acerca do poder constituinte originário. 2006. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Poder Constituinte e patriotismo constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro. V.40, nº04, p.523-543, jul./ago. 2006.

PASCAL, Georges. O pensamento de Kant. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 43, nº 172. out./dez. 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*. Ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*; trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso em 20 de março de 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitucion*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 52 São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O poder reformador na Constituição brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006.

SOARES, L.L.; ARAUJO, M.M. A Força Normativa da Constituição de 1988 e a cultura política brasileira: como enfrentar o problema da força simbólica dos Direitos Fundamentais? IN: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília -DF, 2008. Disponível em http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/brasil/07_762.pdf. Acesso em 30 de outubro de 2009.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização. 3ª Ed. São Paulo:Atlas,2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício de poder: apontamentos sobre a participação política. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo , n.3 , p. 351-378, jan. 2004.

VILANI, Maria Cristina Seixas; MARQUES, Maria Elizabeth. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Corporativismo e centrais sindicais: um desafio da construção da ordem democrática no Brasil. 1992.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Origens medievais da democracia moderna. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Olhares sobre a democracia contemporânea. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte , v.11, n.21 , p.229-237, jan. 2008.

CAPÍTULO 15

O TRÁFICO DE PESSOAS PARA TRABALHO FORÇADO E OS DESAFIOS PARA A SUA ERRADICAÇÃO NO BRASIL¹

Mércia Cardoso de Souza²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em pleno século XXI, quando se imaginava que a escravidão havia findado, os casos de tráfico de pessoas têm aumentado, tratando-se de uma forma de escravidão moderna.

O tráfico de pessoas remonta às épocas antigas, na medida em que na Idade Antiga já existia, porém, nas últimas décadas, tem ganho destaque no cenário internacional por envolver a violação da dignidade da pessoa humana, vez que transforma o ser humano em mercadoria, coisificando-o. O tráfico de pessoas é um crime dotado de extrema complexidade, além de envolver interesses variados, tais como o comércio das pessoas, e também as diversas formas de exploração, como a do tipo sexual, o trabalho forçado, a servidão por dívida, dentre outras tantas finalidades não previstas no Protocolo Anti-Tráfico (Protocolo de Palermo), mas que são detectadas no cotidiano e com a evolução da sociedade em escala mundial.

Com a globalização, que tem impulsionado o movimento migratório, essa modalidade criminosa tem aumentado, atingindo diversos grupos, a exemplo de homens, mulheres, crianças, travestis e etc.

¹ A versão original deste trabalho foi apresentada no IV Seminário Latino-Americano de Direitos Humanos – *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos* –, promovido pelo Consórcio Latino-Americano de Direitos Humanos, no período de 18 a 21 de agosto de 2013, na Universidade de Fortaleza – UNIFOR. O trabalho apresenta resultados parciais de pesquisa desenvolvida para a elaboração da tese de doutoramento em Direito Constitucional intitulada “*O tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado a partir das Cortes Internacionais de Direitos Humanos e do STF*”.

² Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. (merciacardosodesouza@gmail.com)

Mário Lúcio Quintão Soares leciona que o processo de globalização culminou em um “[...] mundo peculiar de fabulações, que se aproveitou do alargamento dos espaços sociais e econômicos, para consagrar um discurso único [...]”, fundado na informação e economia de mercado (SOARES, 2008, p. 364). “Assim, a tendência é que haja uma difusão muito veloz de notícias, assim como uma transformação de todas as coisas em mercadoria, inclusive de pessoas.” (SOARES; SOUZA, 2011, p. 186)

O tráfico de seres humanos, sua repressão e responsabilização dos aliciadores, remonta ao século XVIII.

Esse longo caminho é constituído de quatro fases. A primeira abarca a abolição da escravidão. A segunda corresponde à luta contra o tráfico de escravas brancas, que vai desde a instituição da Sociedade das Nações até a criação da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1945. A terceira, que vai da guerra fria até a queda do muro de Berlim. E por fim, a quarta fase, que vai desde o desenvolvimento do fenômeno da globalização, passando pela crise financeira internacional, chegando ao modelo de globalização sem regras. (ZAPATERO, 2009)

Ao longo dessas décadas ou até séculos, a sociedade evoluiu, o que fez com que os Estados atentassem para a necessidade de mudanças e, foi nesse sentido que a ONU aprovou vários tratados internacionais sobre os mais diversos temas, todavia tudo teve início com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sendo seguida pela aprovação dos dois Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 1966. Desse modo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é encabeçado pela DUDH seguida dos dois Pactos de 1966. (SOUZA, 2009)

Seguindo a evolução das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, em dezembro de 1998, a Assembleia Geral da ONU estabeleceu um Comitê Intergovernamental³ para a elaboração de um regime internacional para combater o crime organizado transnacional. Seu trabalho levou à adoção da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que é essencialmente um instrumento de cooperação internacional para promover a cooperação interestatal na luta contra este tipo de crime. Este instrumento representa a primeira tentativa séria e comprometida por parte da sociedade internacional, para inserir no direito internacional a luta contra o crime organizado transnacional.

A Convenção é complementada por três protocolos: o Protocolo contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar (Protocolo contra o Contrabando de Migrantes), o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças (Protocolo Anti-Tráfico ou Protocolo de Palermo) e do Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo. O

³ Resolução n. 53/1998 da Assembleia Geral da ONU, de 9 de dezembro de 1998.

Protocolo contra o Contrabando de Migrantes e o Protocolo Anti-Tráfico foram ambos desenvolvidos na 11ª sessão do Comitê *Ad Hoc* e adotada pela Assembleia Geral em 15 de novembro de 2000, tendo o segundo trazido em seu texto a primeira definição internacionalmente aceita da expressão “tráfico de pessoas”.

Os dados revelados pela ONU evidenciam o aumento da percentagem referente ao tráfico de pessoas para exploração sexual e trabalho forçado entre os anos 2006 e 2010. Identificou, ainda que 57% a 62% referem-se ao tráfico para exploração sexual e 36% à finalidade do trabalho forçado. (UNODC. GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS, 2012)

Diante desses dados preocupantes, o presente trabalho tem por objetivo abordar o tráfico de pessoas para trabalho forçado, tendo por foco principal o estudo de como esse crime é tratado pela legislação penal do Brasil e que medidas o Governo tem adotado para enfrentá-lo. Para tanto, utilizou-se das pesquisas de cunho bibliográfico e documental, a partir de artigos de periódicos, livros, relatórios, páginas oficiais (OIT, UNODC, SDH-PR e etc.), todos nacionais e internacionais, bem como das normas de Direito Internacional e da legislação brasileira.

2. O TRÁFICO DE PESSOAS NA HISTÓRIA

O tráfico de pessoas é um problema complexo, que pode ser investigado e examinado sob várias perspectivas, quais sejam, a dos direitos humanos, da luta contra o crime organizado, da justiça penal, das migrações, da exploração sexual e do trabalho.

Esse problema complexo e multifacetado, com o passar das décadas e séculos, fez com que os Estados se preocupassem, o que os levou a dar uma especial atenção à temática. Consequentemente, isso impulsionou o aumento do número de tratados internacionais sobre o tema.

No caso da maioria dos tratados relativos ao tráfico de pessoas, os Estados, ao ratificarem, se comprometem a assegurar que sua legislação, políticas públicas e outras práticas nacionais cumpram o texto integral do instrumento.

Tais obrigações podem ser aplicadas pelas cortes internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ou as cortes regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No tocante à legislação internacional sobre o tráfico de pessoas, cabe recordar que não é algo recente, pois no ano 1885 já se tinha consciência sobre o tráfico, hoje conhecido pela expressão “tráfico de pessoas”, que naquela época era denominado “tráfico internacional de mulheres”, abarcando tão somente a finalidade da exploração sexual de mulheres, que era denominada prostituição nos vários instrumentos.

Em 1902, a Convenção de Paris outorgou à Sociedade das Nações a responsabilidade de reprimir o tráfico de escravas brancas, o que culminou em 1904, na

aprovação do Acordo Internacional para assegurar uma proteção eficaz contra o tráfico de escravas brancas.

O conceito de escravidão branca (*white slavery*) foi originalmente desenvolvido por ativistas que buscavam a abolição dos sistemas de prostituição regulados na Europa. (GALLAGHER, 2010, p. 55)

O instrumento primeiro - Convenção contra a Escravidão Branca -, adotado em 1904, buscava suprimir o tráfico de mulheres e meninas para os fins ditos “imorais”. (GALLAGHER, 2010). Essa finalidade traduzia os fins de exploração sexual ou de prostituição, assim conhecidos na contemporaneidade.

Em 1910 foi aprovado o Convênio Internacional para assegurar uma proteção eficaz contra o tráfico criminal conhecido tráfico de escravas brancas, que determinava a obrigação de que os Estados passassem a punir esse crime. (GALLAGHER, 2010)

Foi somente nessa época que os tratados internacionais adotaram os conceitos de tráfico e de exploração da prostituição como infrações penais. As penas para quem cometesse esse tipo de crime ia desde a privação da liberdade à de extradição, em alguns casos.

O conceito de proteção, que era restrito às mulheres, foi sendo modificado para proteger também crianças e adolescentes (àquela época, denominadas “menores”).

A Convenção de 1910 assim definiu o tráfico:

Article 1 - Whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed, or led away, even with her consent, a woman or girl under age, for immoral purposes, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries. (International Convention for the Suppression of the “White Slave Traffic,” May 4, 1910, 211 Consol. T.S. 45, 1912 GR. Brit. T.S. No. 20, as amended by Protocol Amending the International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, and Amending the International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, May 4, 1949, 2 U.S.T. 1999, 30 U.N.T.S. 23, entered into force June 21, 1951.)

Infere-se que esse instrumento definia, mesmo que indiretamente, o tráfico e o favorecimento à prostituição como aliciamento, induzimento ou descaminho, ainda que o consentimento de mulher casada ou solteira menor, para a prostituição.

Se se tratasse de mulher casada ou solteira maior, a conduta do agente deveria ser punida se as outras condutas tivessem sido praticadas com alguns vícios como “fraude ou por meio de violências, ameaças, abuso de autoridade, ou qualquer outro meio de constrangimento.”

Em 1921 a Sociedade das Nações adotou a Convenção Internacional para a repressão de tráfico de mulheres e crianças e em 1933, a de Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores de Idade.

A partir da segunda metade década dos 20 do século XX, as referências às escravas brancas sofreram mudanças de entendimento.

Em 1947 e 1948 a Assembleia Geral da ONU aprovou os Protocolos⁴ de Emenda ao Acordo de 1904 e às Convenções de 1910, 1921 e 1933, porém não modificaram as definições constantes nos instrumentos antecedentes.

O entendimento internacional até a década de 40 do século XX, mais precisamente, até a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU em 1948, era de que a prostituição seria um atentado à moral e aos bons costumes.

Esses tratados mencionados todos tinham como foco o tráfico de mulheres para prostituição no exterior.

For present purposes, it is sufficient to note that the raft of international agreements on slavery, which were concluded in the latter part of the nineteenth century and the first decades of the twentieth century, did not purport and were never considered to cover the practices that are now associated with trafficking, including sexual exploitation, forced labor, debt bondage, and child labor. (GALLAGHER, 2010, p. 55)

Foi somente com a aprovação do Protocolo que modificou o Acordo Internacional para assegurar uma proteção eficaz contra o tráfico criminal denominado de brancas e a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Escravas Brancas, em fins dos anos 40 do século XX, que o discurso internacional sobre o tema do tráfico de pessoas, bem como os instrumentos internacionais relativos ao assunto passaram a valorizar a dignidade e o valor da pessoa humana, enquanto bens que seriam violados por meio desse crime. A vítima poderia ser qualquer pessoa, independente de sexo ou idade.

Esse Protocolo de 1949 seria considerado o principal acordo internacional em matéria de tráfico de pessoas nos 50 anos seguintes. (NACIONES UNIDAS. PRINCÍPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS, 2010)

Por sua vez, a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem⁵, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1949, traduziu a ideia de que o tráfico de pessoas seria o mal que acompanhava a prostituição, declarando que essas práticas seriam incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e que colocaria em perigo o bem estar do indivíduo, da família e da comunidade.⁶

⁴ Adotado em Lake Success, Nova Iorque, em 12 de novembro de 1947. Entrada em vigor na ordem jurídica internacional: 12 de novembro de 1947 (as emendas consagradas no anexo ao Protocolo entraram em vigor relativamente a ambas as Convenções a 24 de abril de 1950, em conformidade com o parágrafo 2 do artigo V do Protocolo).

⁵ Aberta à assinatura em Lake Success, Nova Iorque em 21 de março de 1950. Entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 25 de julho de 1951.

⁶ Cf. Preâmbulo da Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem.

Em seu art. 6º, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres⁷ reconheceu que o objetivo da Convenção de 1949 não foi atingido, pelo que assim se manifestou: “Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher.”

O Pacto de *San Jose* da Costa Rica, de 1969, trouxe em seu texto a reafirmação do compromisso dos países americanos com a defesa dos direitos humanos e repressão ao tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual, bem como da escravidão e servidão. (art. 6º, 1)

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994,⁸ expressou compromisso dos Estados com a repressão a essa modalidade de tráfico de mulheres, assim como a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela ONU, em 1979, bem como reconheceu o tráfico de mulheres como uma das formas de violência contra as mulheres. A Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1990 prevê obrigações dos Estados para enfrentar o tráfico de crianças. Em 1994, a IV Conferência Internacional da Mulher em Pequim, China, apresentou perante a ONU os primeiros casos de tráfico de mulheres para fins sexuais. Como resultado da Conferência foi incluído na Declaração de Beijing o tema do tráfico de pessoas. Para a violência contra a mulher, um dos três objetivos estratégicos fixados consiste em eliminar o tráfico de mulheres e prestar assistência às vítimas da violência derivada da prostituição e do tráfico. Ademais, foi acolhido o conceito de prostituição forçada como uma forma de violência, permitindo entender que a prostituição livremente exercida não representa violação aos direitos humanos. Isso altera o paradigma da Convenção de 1949.

Em 1995, a Resolução n. 49/166, da Assembleia Geral da ONU definiu o tráfico como o movimento ilícito ou clandestino de pessoas por meio das fronteiras nacionais e internacionais, especialmente de países em desenvolvimento e de alguns países com economias em transição, com o objetivo de forçar mulheres e crianças a situações de opressão e exploração sexual ou econômica, em benefício de traficantes e organizações criminosas, bem como outras atividades ilícitas relacionadas com o tráfico de mulheres.⁹

Em 1996, por iniciativa da Relatora da ONU, Radica Coomasasway, se realizou um diagnóstico mundial sobre o tráfico de pessoas, tendo compilado

⁷ Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, CEDAW ou Convenção da Mulher, como é conhecida no Brasil, é o tratado mais amplo que aborda os direitos das mulheres. Foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979.

⁸ Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

⁹ Cf. RESOLUTION 49/166 ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY [on the report of the Third Committee. Traffic in women and girls. (A/49/607).

informações dos Estados e autoridades, organizações internacionais e organizações não governamentais.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998), define os crimes internacionais de escravidão sexual e de prostituição forçada contra a humanidade e de guerra. O conceito de escravidão sexual tem como elementos específicos: exercer um dos atributos do direito de propriedade sobre uma pessoa, tal como comprar, vender, dar em troca ou impor alguma privação ou qualquer outra forma de reduzir alguém a condição análoga à escravidão.

A Convenção Interamericana de 1998 sobre o Tráfico Internacional de Menores, conceituou como tráfico internacional de pessoas com menos de 18 anos a “subtração, transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos”.

A Assembleia Geral da ONU, nessa mesma época, criou um comitê intergovernamental para elaborar uma convenção internacional contra a criminalidade organizada transnacional e examinar a possibilidade de elaborar um instrumento para tratar de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças. O comitê apresentou uma proposta intensamente discutida durante o ano de 1999, que foi aprovada como Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

O Protocolo, no artigo 3º, traz a definição da expressão tráfico de pessoas, além de cinco modalidades de exploração e o conceito de consentimento.

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O Protocolo de Palermo foi o primeiro documento internacional a trazer consigo a definição de “tráfico de pessoas” em dezembro de 2000. (OBOKATA, 2006, p. 3).

Este Protocolo inicia uma nova fase do entendimento internacional sobre o tráfico de pessoas e a prostituição.

Na fase anterior se buscava a proteção das pessoas, pois as vítimas *a priori* eram as mulheres brancas (europeias), depois mulheres (todas) e crianças. Agora, são todas as pessoas de ambos os sexos, sendo mantida a preocupação especial com mulheres e crianças.

Outrora, as vítimas ficavam numa situação ambígua, na medida em que eram até consideradas estigmatizadas como criminosas.

O Protocolo Anti-Tráfico busca a garantia de que sejam tratadas como pessoas que sofreram graves abusos, tendo os Estados a obrigação de criar serviços de assistência e mecanismos de denúncia.

O terceiro corresponde à finalidade do tráfico.

Nas Convenções até 1949 a preocupação era reprimir o tráfico para a prostituição. O Protocolo Anti-Tráfico acolheu a preocupação da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores para combater o tráfico de pessoas com *propósitos ilícitos*, neles compreendidos, entre outros, a prostituição, a exploração sexual nas suas variadas formas, além da servidão.

Existem, ainda outros instrumentos e/ou eventos que tratam/trataram direta ou indiretamente o tráfico de pessoas para trabalho forçado, escravidão e etc, como: a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre as piores formas de trabalho infantil de 2000; o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil¹⁰, de 2001; a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos¹¹, ocorrida em Viena, em 1993; as 29^a, 39^a e 51^a Sessões do Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - Comitê da CEDAW, ocorridas, respectivamente, em 2003, 2007 e 2012, quando o Estado brasileiro apresentou seis Relatórios Nacionais Periódicos que informaram a condição de suas nacionais, pelo que o país recebeu recomendações nessas Sessões.¹²

A preocupação dos Estados em adotar normas para minimizar o problema do tráfico de pessoas não foi à toa. O Relatório da ONU sobre o Tráfico de Pessoas de 2012 revelou números preocupantes. Conforme o documento essa modalidade criminosa atingiu em 2009 17% de garotas, 59% de mulheres adultas, 10% de garotos e 14% de homens adultos. (UNODC. GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS, 2012)

Os dados contidos no Relatório sobre o Tráfico de Pessoas em 2012 evidenciam o aumento da percentagem referente ao tráfico de pessoas para exploração sexual e trabalho forçado entre os anos 2006 e 2010. Identifica que 57% a 62% referem-se ao tráfico para exploração sexual e 36% à finalidade do trabalho forçado. (UNODC. GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS, 2012)

¹⁰ Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado em Nova York em 25 de maio de 2000;

¹¹ Na Conferência de Viena os direitos das mulheres foram declarados como direitos humanos.

¹² Nas Sessões do Comitê Supervisor elaborou-se uma Recomendação Especial para que o Estado brasileiro desenvolvesse ações para prevenir, reprimir e punir os criminosos envolvidos, além de prestar assistência às vítimas: "O Comitê recomenda a formulação de uma ampla estratégia para combater o tráfico de mulheres e meninas, o qual deveria incluir a investigação e punição dos ofensores e a proteção e suporte para as vítimas. Recomenda a introdução de medidas voltadas a eliminar a vulnerabilidade das mulheres aos traficantes, particularmente das mulheres jovens e meninas. Recomenda que o Estado Parte edite uma legislação anti-tráfico e faça da luta contra o tráfico de mulheres e meninas uma alta prioridade." (CEDAW/ONU, *on line*)

3. O TRABALHO FORÇADO

A definição da expressão trabalho forçado ou obrigatório se encontra prevista na Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sendo “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido voluntariamente”.¹³

O conceito de trabalho, nesse caso, deve ser entendido em sentido amplo, ou seja, obra ou serviço compreendido como “qualquer trabalho legal ou ilegal, com ou sem contrato, incluindo as atividades que nem sempre são consideradas na condição de econômicas, como por exemplo a prostituição, o trabalho doméstico”, conforme explica Aurélie Hauchère, gerente de projetos do Programa de Ação Especial de Combate ao Trabalho Forçado.

Pode-se adicionar a essa lista o fato de se utilizar um menor em conflitos armados, como é o caso das crianças-soldado. É o que explica Rodríguez Pizarro (2008, p. 217)

In countries of Latin American with internal armed conflict, especially Colombia, we see how armed groups on the margin of the law recruit children and adolescents in order to turn them into soldiers. Many are deceived with false promises, and single parents are even offered money. This is a crime of trafficking in persons. There are few if any formal mechanisms specifically designed to aid these child victims of trafficking. One can only see the actual results of success on average and in the long run. In Colombia the phenomenon of internal trafficking is manifested by minors working as forced sex workers, child soldiers in forced warfare or paramilitary groups and women in armed groups.

Por outro lado, o instrumento enumera os casos que não devem ser considerados trabalho forçado ou obrigatório, como: todo serviço que esteja legalmente autorizado, como o serviço militar obrigatório e com caráter puramente militar; todo trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais de um país; todo trabalho ou serviço que se exija de um indivíduo em virtude de uma condenação judicial, na condição de que esse serviço seja fiscalizado por autoridades públicas; todo trabalho ou serviço que se exija em casos de força maior; os pequenos trabalhos comunais, que podem ser considerados como obrigações cívicas normais dos membros de uma determinada comunidade.¹⁴

A pessoa submetida ao trabalho forçado deve ser exposta a uma sanção, isto é, deve a uma sanção iminente, mesmo que de maneira indireta.

Essa sanção, isto é, a pena, pode ser a privação de um direito ou benefício e, portanto, não necessariamente uma sanção penal.

¹³ Cf. Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho, adotada em 28 de junho de 1930, pela Conferência Geral da OIT, em sua 14ª Reunião. Entrada em vigor em 1º de maio de 1932, conforme o art. 28.

¹⁴ Cf. Art. 2º da Convenção n. 29 da OIT.

O ponto-chave da definição do trabalho forçado é a noção de coerção, empregados de modo direto por uma pessoa. Ademais, a violência pode ser física ou psicológica, bem como outras formas sutis de coerção, como a manipulação da dívida, retenção de documentos de identidade, a ameaça de denúncia as autoridades ou alguma outra forma de chantagem emocional.

O segundo instrumento internacional a tratar o trabalho forçado foi a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, de 1957, ratificada pelo Estado brasileiro em 1965, que foi aprovada com o fim de complementar a Convenção n. 29, bem como proibir o trabalho forçado em cinco casos específicos, ligados a situações econômicas e políticas vigentes no período em que foi adotada, na conjuntura pós Segunda Guerra Mundial.

Esta Convenção estabelece que o trabalho forçado deve ser abolido especialmente nestas cinco circunstâncias: como forma de coerção ou educação política, castigo por expressar determinadas opiniões políticas ou por manifestar oposição ideológica a ordem social, política ou econômica vigente; para fins de desenvolvimento econômico; como meio de disciplina no trabalho; como castigo por haver participado de greve; e como forma de discriminação racial, social, nacional ou religiosa. (OIT. TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL, 2010)

Os dados mensurados no Relatório Global sobre o trabalho forçado de 2005, permitem a conclusão de que essa forma de exploração constitui-se em grave violação dos direitos humanos e direitos fundamentais.¹⁵

Conforme o Relatório citado, existem 12,3 milhões de vítimas de trabalho forçado, sendo que dessas, 9,8 milhões eram exploradas por agentes privados e se dividiam entre 1,4 milhões vítimas de exploração sexual e 7,8 milhões vítimas de exploração econômica não sexual. Os 2,5 milhões restantes seriam compostas de pessoas que eram forçadas também pelo fato de que, entre as vítimas, se encontravam os trabalhadores migrantes.

A Ásia seria o continente com maior incidência de trabalho forçado, o que correspondia, a época, a 9.490.000 vítimas.

Na América Latina e Caribe o número de pessoas foi estimado em 1.320.000, sendo que dessas, 75% seriam vítimas da exploração econômica de agentes privados, 16% de trabalho forçado imposto pelo Estado e 9% de exploração sexual comercial. Dos 660 mil trabalhadores nessas condições, existentes na África Subsaariana, 80% seriam sujeitos a exploração econômica, 11% ao trabalho forçado imposto pelo Estado e 8% a exploração sexual comercial. Já no Oriente Médio e Norte da África, os atingidos seriam 260 mil trabalhadores dos sexos masculino

¹⁵ Cf. Ana Maria D'Ávila Lopes, "os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal." (2001, p. 35) Já os direitos humanos são os princípios que "resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente". (2001, p. 41)

e feminino, dos quais 88% seriam objeto de exploração econômica privada e 10% de exploração sexual comercial.

Os dados envolvendo mulheres e adolescentes permitem identificá-las como um dos grupos vulneráveis a esse tipo de exploração, bem como ao tráfico de pessoas. E, ainda, conforme o Relatório sobre tráfico de pessoas, publicado pela ONU em dezembro de 2012, outros grupos estão sendo atingidos, a exemplo de homens e travestis.

4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O TRABALHO FORÇADO

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 determina que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, que não haverá pena de trabalhos forçados no país (art. 5º, incisos III e XLVII). A Lei Maior dedica, ainda um Capítulo aos direitos sociais (Capítulo II, arts. 6º ao 11).

A alteração do art. 149 do CP, por meio da Lei n. 10.803/2003, foi um avanço no sentido de identificar a caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo.

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.¹⁶

A redação anterior a essa apresentava óbices à caracterização do crime, na medida em que a norma não descrevia a conduta tipificada.

156. Outras abordagens legislativas associam os conceitos de coerção e das condições degradantes. Um exemplo dessa abordagem pode ser encontrado no Brasil, onde uma alteração efetuada em 2003 no Código Penal estabeleceu como crime a “imposição de condições semelhantes às da escravidão”, o que inclui ações como sujeitar uma pessoa ao trabalho forçado, ou a condições do trabalho ár-

¹⁶ Cf. Código Penal. *Redução à condição análoga à de escravo*.

duas e degradantes, ou a restrição de mobilidade por motivo de contração de dívida perante os seus empregadores ou representantes. Quaisquer pessoas que retenham os trabalhadores no local de trabalho, quer para os impedir de utilizar meios de transporte, retendo os seus documentos ou bens, ou mantendo controle manifesto, estão também sujeitas a sentença de prisão. (OIT. O CUSTO DA COERÇÃO, 2009, p. 38)

Outro fato relevante é que o trabalho escravo, via de regra, é concretizado pelos empregadores com o uso da violência, o que já intimida os trabalhadores e, em caso de resgate das vítimas, raras são as que levam o caso à polícia e justiça, temendo por sua vida.

O panorama gera grande temor por parte dos ex-escravizados em ajuizar ações trabalhistas individuais contra seus ex-empregadores, pois muitos correm o risco de perderem a vida, principalmente em comunidades remotas. E para complicar ainda mais, tal situação dificulta sobremaneira a produção de prova das condições de trabalho por parte da vítima, com destaque para a obtenção de provas testemunhais. (LIMA, 2011, p. 200)

Ademais, além dessas dificuldades apontadas, *a redução à condição análoga à de escravo* é crime previsto no art. 149 do CP, porém o tráfico de pessoas para essa finalidade não o é. Mesmo sendo uma das finalidades de exploração previstas no Protocolo de Palermo, o legislador brasileiro ignorou tanto essa como outras finalidades, criminalizando tão somente a prostituição ou outras formas de exploração sexual, como ocorreu ao longo da História.¹⁷

Além do art. 149 do CP, já citado anteriormente, existem dispositivos ligados direta ou indiretamente ao tema ora estudado.

O art. 198 dispõe que será punido aquele que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contratos de trabalho.

O art. 204 trata da frustração, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho.

Obrigar ou coagir alguém a usar mercadorias ou determinado estabelecimento para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude da dívida. (art. 203, §1º, I e II)

¹⁷ **Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual**

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

(...)

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

(...)

Impedir alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio de retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. (art. 206)

Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional ou recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador ou, ainda, não assegurar-lhe condições de retorno ao local de origem. (art. 207, *caput* e §1º)

O art. 207 pode ser considerado tráfico de pessoas para o trabalho, embora não esteja previsto nos arts. 231 e 231-A, porém, lamentavelmente, o Estado brasileiro tem ignorado algumas de suas obrigações internacionais, a exemplo do Protocolo de Palermo, que não é cumprido na íntegra.¹⁸

Dessa maneira, é imperioso que o Estado brasileiro passe a criminalizar o tráfico de pessoas para as várias finalidades previstas no Protocolo de Palermo, assim como de outras formas de exploração existentes no mundo contemporâneo.

5. O TRÁFICO DE PESSOAS PARA TRABALHO FORÇADO NO BRASIL E OS MECANISMOS PARA O SEU ENFRENTAMENTO

A exploração dos seres humanos com a escravatura no Brasil não é algo novo. Historicamente, a sociedade brasileira teve por base esse tipo de exploração com a escravatura, na medida em que, em 1530, teve início o processo de colonização das terras brasileiras, com a exploração da mão de obra indígena e, posteriormente, a negra, para a extração de riquezas. (BRASIL. ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS: RELATÓRIO DO PLANO NACIONAL, 2010)

O tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado não é criminalizado pelo Código Penal no Estado brasileiro, na medida em que, como ocorreu ao longo da história, apenas o tráfico internacional para a prostituição (sujeito passivo era apenas a mulher), hoje denominado tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outras formas de exploração sexual (sujeito passivo pode ser qualquer pessoa) foi criminalizado, como consta nos arts. 231 e 231-A do CP.

O problema se deve ao fato de que o Estado brasileiro assinou e ratificou o Protocolo de Palermo, respectivamente, em 2000 e 2004 e não vem cumprindo na íntegra todas as formas de exploração das pessoas. Eis a contradição de um Estado que se autoproclama Democrático de Direito, porém materialmente não trata o tráfico de pessoas para trabalho forçado com a seriedade que deveria.

¹⁸ Existe um Projeto de Lei n. 766/2011 para modificar a legislação penal no tocante ao tráfico de pessoas, no sentido de incluir o trabalho forçado e a remoção de órgãos no dispositivo que criminaliza o tráfico de pessoas, nas modalidades internacional e interna. O PL foi apresentado em 21 de novembro de 2011 e desde 8 de março de 2013 está na Secretaria de Arquivo. Para mais informações ver: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103898>

O trabalho forçado, que no Brasil é denominado “trabalho escravo” ou “trabalho em condições análogas à de escravo” está previsto no art. 149 do CP.¹⁹

Há um interesse em combater e erradicar o trabalho escravo desde os séculos XIX e XX, o que não tem sido fácil no mundo e, no Brasil é uma realidade. Conforme dados divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, entre 1995 e 2006 foram libertadas aproximadamente 22 mil pessoas pelos grupos móveis de fiscalização, porém tudo leva a crer que o número de trabalhadores escravizados seja muito superior ao mensurado em libertações. (OIT. TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL DO SÉCULO XXI, 2006).

Atualmente, o trabalho forçado no Brasil afeta, em especial, os trabalhadores do meio rural, nas várias atividades ligadas à pecuária, às lavouras de algodão, milho, soja, arroz, feijão, café, à extração de látex (matéria-prima da borracha) e de madeira, à criação de porcos e à produção de carvão.²⁰

Assim como o tráfico de pessoas, o trabalho escravo não é novidade no Brasil nem no mundo, porém, nesse país, só foi reconhecido de maneira oficial em 1995 pelo Governo Federal. É notório que desde os anos 70 do século XX o trabalho escravo é identificado, especialmente nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil, notadamente nas denominadas *fronteiras agrícolas*.²¹

Esse reconhecimento da existência do trabalho forçado pelo Brasil impulsionou a criação de mecanismos institucionais, a exemplo de planos, programas e políticas públicas para a realização de um enfrentamento sistematizado.

Em junho de 1995 foi instituído o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, na esfera do Ministério do Trabalho e Emprego e o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado – GERTRAF, por meio do Decreto n. 1.538, de 27 de junho de 1995, tendo sido substituído em 2003, pela Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE.

Entre 1995 e setembro de 2010, 1009 operações de fiscalização para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo haviam sido realizadas, resultando no resgate de 38.031 trabalhadores e no pagamento de 58.876.132,43 reais em direitos trabalhistas. (OIT. AS BOAS PRÁTICAS DA INSPEÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL, 2010)

Uma peculiaridade dessa prática do Governo brasileiro é a articulação das várias instituições e esferas de governo. Ademais, Poder Público, organizações de empregadores e de trabalhadores e sociedade civil têm demonstrado compromisso, apesar das inúmeras dificuldades enfrentadas. “Muitas das medidas tomadas são criativas e únicas, mostrando a necessidade de dar passos ousados para lidar

¹⁹ O art. 2º da Convenção n. 29 da OIT, de 1930, utiliza a expressão “trabalho forçado ou obrigatório”. A autora deste trabalho optou por utilizar “trabalho forçado ou obrigatório”, haja vista seguir a denominação adotada pelo Direito Internacional.

²⁰ Relatórios dos Grupos Especiais Móveis de Fiscalização da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT/MTE).

²¹ O maior número de trabalhadores libertados ocorreu no Pará, Tocantins, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Bahia. O trabalho escravo está presente em todo o Brasil, já tendo sido identificado em São Paulo, em empresas de grande porte.

com esse grave crime, que pode ser difícil de identificar e ainda mais difícil de punir em áreas tão remotas.” (ABRAMO; MACHADO, 2011, p. 70)

Em 2003 foi lançado o I Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, que estabeleceu 76 metas a serem efetivadas a curto, médio e longo prazo. O I PNETE foi operacionalizado no período 2003-2007. (OIT. COMBATENDO O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO, 2010a)

Ainda naquele ano, a Presidência da República criou a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE, órgão colegiado que tem por objetivo principal monitorar o Plano Nacional.²²

Mais dois mecanismos foram criados pelo Governo brasileiro: o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM e o Cadastro de Empregadores Flagrados Explorando Trabalhadores na Condição Análoga à de Escravos (a chamada “lista suja do trabalho escravo”). Esse Cadastro foi criado por meio da Portaria n. 540 do MTE em 5 de dezembro de 2004, sendo atualizado a cada seis meses; tem funcionado como uma forma de sanção aos escravizadores, tendo destaque a não concessão de créditos pelas instituições públicas de financiamento. (ABRAMO; MACHADO, 2011)

Conforme a OIT, 68,4% das metas estabelecidas no I Plano foram efetivadas total ou parcialmente. (OIT, 2007, *on line*)

O II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, lançado em 10 de setembro de 2008, representa um aperfeiçoamento do I Plano, na medida em que tem por fim preencher as lacunas deixadas pelo primeiro documento. As 66 ações estabelecidas pelo II Plano vieram para reforçar as temáticas da prevenção e reinserção dos trabalhadores, dando relevância à reforma agrária, à articulação de ações do Governo no combate ao trabalho escravo por meio da ampliação das políticas sociais. Esse documento inseriu nas prioridades os trabalhadores estrangeiros vítimas do trabalho forçado.

No período 1995-2010, foram executadas 1.083 operações de fiscalização para a erradicação do trabalho escravo pela Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, tendo sido inspecionados 2.844 estabelecimentos. Quase 37 mil trabalhadores tiveram seus contratos formalizados, quase 40 mil foram resgatados. No tocante aos pagamentos de indenização, somaram R\$ 62.247.947,36. Foram lavrados 31.589 autos infracionais. (BRASIL. ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL – 2004-2011)

Atualmente existe um Projeto de Lei tramitando para que outras formas de exploração sejam incluídas nos dispositivos referentes ao tráfico de pessoas. Tal Projeto foi proposto com base nos trabalhos realizados pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, cujo Relatório foi concluído em dezembro de 2012, tendo

²² A CONATRAE é constituída por vários ministérios, representantes de organizações de empregadores, de trabalhadores e de entidades não governamentais que executam atividades importantes relativas ao trabalho forçado.

ratificado as críticas feitas no presente trabalho no tocante à desarmonização que existe no Brasil atualmente.

A CPI, em seu relatório parcial, apresentou o Projeto de Lei do Senado no 766, de 2011, com o fim de harmonizar o Código Penal brasileiro com o Protocolo Adicional da Convenção de Palermo da ONU sobre tráfico de pessoas e com a realidade social brasileira.

Como mencionado, constatou-se que o Código Penal brasileiro não está apenas em descompasso, no que se refere a tráfico de pessoas, com as preocupações da comunidade internacional. Está em descompasso com a própria realidade social do País, com os fatos graves que silenciosamente ocorrem nas cidades brasileiras e nos mais distantes e recônditos lugares de nosso vasto território.

Em rigor, a figura do tráfico de pessoas só existe em nosso ordenamento quando o fim é a exploração sexual. A própria Convenção de Palermo prevê outros fins, como o trabalho forçado ou escravo e a remoção de órgãos. E a CPI, no decorrer dos seus trabalhos, testemunhando a realidade nua e crua em várias regiões do País, percebeu a necessidade de incorporar essas outras modalidades ao nosso ordenamento jurídico. Não obstante, tomamos o cuidado de não deixar os tipos penais ora propostos fechados (exploração sexual, trabalho, remoção de órgãos). Se, em um caso concreto, as características do tráfico estiverem presentes e o fim for outro, incidirá o crime sempre que houver ofensa concreta e relevante à dignidade da pessoa ou à sua integridade física. Julgamos tratar-se de um grande avanço para a nossa legislação. O foco são bens jurídicos de importante valor constitucional: a ofensa à dignidade da pessoa humana e à integridade física.

Os casos concretos investigados em várias regiões do País, assim como as vítimas, parentes de vítimas, indiciados pela polícia e autoridades ouvidas pela Comissão serviram de matéria-prima para a construção do texto apresentado, o qual busca a essência, a especificidade da conduta criminosa que é o tráfico de pessoas, evitando confusões com outros fenômenos, como a prostituição ou o turismo sexual; ou, ainda, com o trabalho escravo etc. (BRASIL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO “destinada a investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo.” RELATÓRIO FINAL. 2012, p. 194-196)

Evidencia-se, portanto o conhecimento do problema da desarmonização legislativa no tocante à temática ora estudada por parte dos parlamentares, que são os responsáveis por fazer tramitar com a brevidade que o caso necessita, que o Brasil precisa, já que seus nacionais estão em “apuros”.

6. CONCLUSÃO

O tráfico de pessoas para trabalho forçado é uma realidade presente no Estado brasileiro. Este país, assinou e ratificou o Protocolo Anti-Tráfico, em 2000 e 2004, respectivamente, mas existem vários problemas para a efetivação desse

instrumento, que é de extrema relevância. O Brasil reconhece e criminaliza tão somente o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, ignorando as demais formas de exploração trazidas no texto do Protocolo.

Nesse diapasão, torna-se difícil efetivar o Protocolo na íntegra, elaborar políticas públicas, punir os culpados e etc, vez que a legislação é equivocada.

O CP brasileiro criminaliza o trabalho forçado ou em condições análogas à de escravo em seu art. 149, porém não faz a articulação, isto é, não o relaciona ao tráfico de pessoas como prevê o Protocolo de Palermo, sendo essa uma das dificuldades para que o Governo enfrente o problema de maneira adequada.

Acredita-se que, caso o Estado brasileiro passe a cumprir com seriedade o Protocolo de Palermo, os desafios apontados neste trabalho possam ser resolvidos, por meio da reforma da legislação, o que levaria à elaboração de mecanismos, de políticas públicas e, enfim, de um enfrentamento sistematizado, adequado e comprometido com as pessoas que são vitimizadas com o problema ora estudado.

Um Estado que se autoproclame Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, deve preservar, respeitar, proteger e promover a concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, independente de qualquer reivindicação de seus nacionais, devendo, ainda, ao ratificar os tratados internacionais, cumpri-los de maneira séria, de modo que não comprometa o respeito aos direitos humanos e fundamentais de todos os seres humanos que vivem sob sua jurisdição.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. *O combate ao trabalho forçado: um desafio global. Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2. Ed. NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coordenadores). São Paulo: LTr75, 2011.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 9 ago.2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO** “destinada a investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo.” **RELATÓRIO FINAL**. Brasília: Dezembro/2012.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Combate ao trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combate-ao-trabalho-escravo>> Acesso em: 9 ago.2013.

CLOGG, Clifford C.; ELIASON, Scott R.; LEICHT, Kevin T. **Analyzing the labor force: concepts, measures, and trends.** New York: Plenum studies in work and industry, 2001.

GALLAGHER, Anne T. **The international law of human trafficking.** New York: Cambridge University Press, 2012.

LIMA, Firmino Alves. *A jurisprudência sobre a caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil.* Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. 2. Ed. NOCCHI, Andrea Saint Pastous et al (Coordenadores). São Paulo: LTr75, 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

NACIONES UNIDAS. **Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas:** Informe del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, E/2002/68/Add.1, 20 Mayo 2002. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.2002.68.Add.1.Sp?Opendocument>> Acesso em: 6 jun.2013.

OBOKATA, Tom. **Trafficking of human beings from a human rights perspective** – Towards a holistic approach. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção (29) sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório.** Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf Acesso em: 14 out.2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção (105) relativa à Abolição do Trabalho Forçado.** Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf Acesso em: 14 out.2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo.** Brasília: OIT, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma aliança global contra o trabalho forçado.** Genebra: OIT, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil.** Brasília: OIT, 2010a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo/Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Organização Internacional do Trabalho** – Brasília: OIT, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil**: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo. Brasília: OIT, 2010. V. 1.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil (2004-2011)**: avaliações e sugestões de aprimoramento de legislações e políticas públicas. Brasília: OIT, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea**. Brasília: OIT, 2007. 136p. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/escravidaao_contemporanea_313.pdf Acesso em: 11 nov.2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combate ao tráfico de seres humanos e trabalho forçado**: estudo de casos e respostas de Portugal. Genebra: ILO, 2007. 212p.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho escravo no Brasil no século XXI**. Brasília: OIT, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho doméstico no Brasil** – rumo ao reconhecimento institucional. Brasília: OIT, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O custo da coerção**. Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/custo_da_coercao_308.pdf> Acesso em: 22 maio 2013.

PIZARRO, Gabriela Rodríguez. *Human trafficking in Latin America in the context of international migration*. In: CAMERON, Sally; NEWMAN, Edward (Org.). **Trafficking in human\$**: social, cultural and political dimensions. Tokyo/New York/Paris: United Nations University Press, 2008. p. 206-223.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado** – Novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de. *O enfrentamento ao tráfico de pessoas no âmbito do MERCOSUL*. **Sequência**. Ano XXXII, V. 32, n. 63, Florianópolis: Fundação Boiteux, dez 2011. p. 185-212.

SOUZA, Mércia Cardoso de. *A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e suas implicações para o direito brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**. Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 346-386, out. 2009. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume5/arquivos_pdf/sumario/mercia_cardoso.pdf> Acesso em 16 mar. 2010. p. 346-386.

ZAPATERO, Luis Arroyo. *De la lucha contra la esclavitud y la trata de blancas a la proscripción del tráfico de seres humanos. Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Teoría, 2009.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Brasil)**. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone/noticias/2013/04/2013-04-08_Folder_IIPNETP_Final.pdf> Acesso em: 13 maio 2013.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global Report on Trafficking in Persons**. New York: UNODC, 2012. 99p.

UNITED NATIONS. **Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime**. Disponível em: < http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en> Acesso em: 30 nov.2011.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global Report on Trafficking in Persons**. Vienna: UNODC, 2009. 292p. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12467275/UN-Global-Report-on-TIP>> Acesso em:14 jan.2012.

UNIVERSITY OF MINESOTA (Human Rights Library). **International Convention for the Suppression of the “White Slave Traffic,”** May 4, 1910, 211 Consol. T.S. 45, 1912 GR. Brit. T.S. No. 20, *as amended by* Protocol Amending the International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, and Amending the International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, May 4, 1949, 2 U.S.T. 1999, 30 U.N.T.S. 23, *entered into force* June 21, 1951. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/whiteslavetraffic1910.html>> Acesso em: 10 abr.2013

CAPÍTULO 16

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO E AS PRINCIPAIS CONCEPÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

Denise Tatiane Girardon dos Santos¹

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, os seres humanos procuraram a afirmação de seus direitos, estando em evidência um ou outro, dependendo do momento político e social; contudo, a característica comum dessas lutas sempre foram questões basilares, precípuas, como o direito à dignidade, à liberdade, à igualdade, à paz, à autodeterminação, dentre outros. Inicialmente, nas democracias gregas, romanas e atenienses, ainda que não houvesse o instituto do indivíduo como detentor de direitos, muitas expressões podem ser apontadas como práticas que vão ao encontro dos direitos humanos, como a participação das pessoas na vida pública.

Na Idade Média, considerada a Idade das Trevas, ante o controle, quase que absoluto, da Igreja sobre os indivíduos – dado que não havia a separação entre o Estado e a Igreja –, é possível, também, a identificação de situações importantes para a conquista dos direitos humanos, pois, justamente, pela tirania dos governantes e dos senhores feudais, além dos colonizadores sobre as regiões colonizadas, as vítimas das violações insurgiam-se contra seus algozes, podendo ser mencionada a Reforma Protestante, de cunho religioso, que acabou por minar o poderio da Igreja e contestar seus dogmas, tidos como sagrados.

A Revolução Americana, por sua vez, ao expressar o desejo de um povo colonizado em obter liberdade, sob a afirmação de direitos essenciais do indivíduo e

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Mestranda no Curso de Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); vinculação à Linha de Pesquisa “Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade”; bolsista integral do Programa de Apoio à Pós-Graduação (PROAP) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especializanda no Curso de Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: dtgsjno@hotmail.com.

anteriores ao Estado, inspirou a própria Revolução Francesa e a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No século XX, contudo, a expressão de retrocesso em relação a essas lutas pode ser ilustrada com a Segunda Guerra Mundial, destacando-se as atrocidades cometidas pelo nazismo.

Esse evento deixou evidente que os seres humanos não podem ser valorados de acordo com a etnia a qual pertencem, culminando com a revisão da soberania máxima das nações em troca de um compromisso internacional de cooperação e fraternidade, com a finalidade de evitar a repetição dos atos de violação de direitos e garantias das pessoas e assegurá-los de forma efetiva. Logo, a criação da Organização das Nações Unidas e a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que elencou tais direitos como basilares, imprescritíveis e inalienáveis, pertencentes a todas as pessoas por conta de sua essência de seres humanos, podem ser apontados como os principais acontecimentos da contemporaneidade na busca pela afirmação da dignidade e dos direitos humanos.

Portanto, o presente trabalho procura pautar os principais acontecimentos sob a óptica da busca e do reconhecimento dos direitos humanos, além de, com base na análise histórica, apontar as principais concepções a respeito do tema, afirmando a sua importância e essencialidade para que as pessoas possam ser protegidas, tendo a possibilidade de exercerem a sua dignidade e buscarem a felicidade, com a observância dos valores de todos, na ânsia por um mundo mais fraterno.

2. AS LUTAS HISTÓRICAS PELO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DO INDIVÍDUO

Compreender o arcabouço histórico dos direitos humanos é uma questão preliminar, de relevância incomensurável, para a melhor interpretação sobre seus vieses – concepção, conceituação, aplicação – e os rumos que poderão assumir para o futuro, pois, nas palavras de Cícero (1988, p. 36), a História é a “vida da memória”. Nesse ponto, O’Neill (1994) pondera a necessidade de ser promovida uma análise histórica a ser aplicada às problemáticas contemporâneas, na busca por soluções. Com essa prática, a verificação de repetições de situações não desejáveis é, consideravelmente, reduzida.

Nesse sentido, a importância da preservação histórica dos direitos humanos se destaca, pois esse processo foi construído após a humanidade ter enfrentado situações de extrema violência e violação dos mais basilares direitos, podendo ser citada, como exemplo, a Segunda Grande Guerra. Consoante pontua Piovesan, (1999, p. 196) “se a segunda guerra significou a ruptura dos direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”, demonstrando como é importante essa memória latente para a busca da superação das atrocidades e da internacionalização dos direitos humanos, a fim de evitar a repetição de tais atos e assegurar as conquistas já atingidas.

Contudo, a contextualização do momento das conquistas desses direitos é fundamental para o entendimento de como se deu esse processo, sob uma óptica teórica e prática, haja vista que os direitos humanos são inseridos, histórica e culturalmente, nas sociedades, com ênfase nos problemas enfrentados e nas formas como foram solucionados (BARRETO, 2004). Costas Douzinas (2009, p. 19) destaca a interdisciplinariedade do tema quando afirma que tais direitos vinculam a todos, pois unem “[...] a esquerda e a direita, o púlpito e o Estado, o ministro e o rebelde, os países em desenvolvimento e os liberais de Hampstead e Manhattan”.

Assim, refletir e ponderar sobre o tema engloba a análise de fatos históricos importantes, onde houve conquistas significativas, estendidas há várias gerações e perceptíveis na atualidade. Com isso, pode-se destacar a democracia com uma vinculação direta com a proteção dos direitos humanos (SORJ, 2004), pois a partir do seu exercício é que o indivíduo passou a existir como ser perceptivo e crítico da realidade, e, por conta dessa característica, impulsionou o próprio regime democrático, isso, a partir do período axial, entre 600 e 480 a.C. Nas palavras de Comparato (2010, p. 21):

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida, em vigor até hoje. No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade. Nesse mesmo século, em Atenas, surgem concomitantemente à tragédia e à democracia, e essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual. (COMPARATO, 2010, p. 21).

Entretanto, necessário pontuar que a Antiguidade Clássica, representada por gregos e romanos, mesmo significando um período de contribuições filosóficas a respeito do reconhecimento da dignidade e dos direitos humanos, faticamente, não viabilizou a efetividade dessas premissas (FUNARI, 2001). A liberdade individual não era possível de ser exercida, pois o homem não se julgava como um indivíduo dotado de direitos, uma vez que a ele se sobrepunham a cidade e os deuses; ou seja, as questões e o direito público (ARAÚJO, 2000). Logo, os direitos, inclusive, os humanos, eram exercidos na polis e com a função social comunitária, sendo a legislação reconhecida pela religião (HELD, 2001); mas, ainda assim, referenciavam alguns direitos humanos, estes que eram dados pelos deuses, e, portanto, não poderiam ser desrespeitados.

Sófocles (1997), com *Antígona*, delineia o nascimento da ideia de direitos humanos ao elencar a justiça e a ética como princípios estabelecidos sob uma lei universal ao descrever o confronto existente entre *Antígona*, que pretendia sepultar seu irmão, e o rei Creonte, que havia editado um decreto proibindo o ato. Ao contrariar a norma e ser, por isso, interrogada pelo rei, *Antígona* expôs que as

leis estatais não poderiam se opor à lei não escrita, à dignidade humana, justa e universal. Tal exemplo reflete que os direitos humanos, desde os primórdios, são insuflados e devem ser respeitados, independentemente, da previsão legal vigente, sendo algo intrínseco à essência da pessoa.

Como já mencionado, a contribuição grega sobre os direitos humanos limitou-se às ideias, dentre elas, a liberdade política, a razão, a moral universal, a dignidade, pois que, na realidade, muitas práticas desumanas eram utilizadas, como a tortura, refletida por Aristóteles (2005). Ainda assim, os sofistas destacaram-se como defensores da igualdade natural, da ideia de humanidade e da relativização das leis – relativismo universal e utilitarista; já os opositores, como Sócrates, Platão e Aristóteles, contribuíram com a ideia de alocação de leis, hierarquicamente, apresentadas (CANOTILHO, 2003).

Nesse ínterim, a afirmação dos direitos humanos é concomitante à evolução humana, expressando-se no decorrer da História, em regiões e épocas distintas (SARLET, 2007). Assim, além da análise da liberdade na Grécia, destaca-se a implantação das instituições democráticas em Atenas, propiciando a participação popular nas funções governamentais (DAHL, 2001). Logo, a oposição à autoridade governamental proporcionou o surgimento da democracia - direta ou indireta -, onde o interesse público predominou em detrimento aos interesses de classes, sucumbindo, com isso, os ideais gregos de superioridade da tradição em prejuízo da razão, nascendo, dessa forma, o direito natural (DOUZINAS, 2009).

Em Roma, a Lei das Doze Tábuas apresentou normas de cunho comercial, vinculada à estrutura militarizada; um exemplo é a Tábua Quinta, que determinava que “As disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens ou a tutela dos filhos terão a força de lei” (FUNARI, 2001). Ainda, práticas como o escravagismo, a tortura, as penas cruéis, eram aceitas, e o *pater familias*, estatuto familiar mais elevado, detinha o poder sobre a vida dos entes. Contudo, houve o reconhecimento da igualdade entre os homens, mesmo com a diferenciação de classes, pois, foram reconhecidos traços comuns a todos os seres humanos, criando o *jus naturalis*, que era o conjunto de valores essenciais ao ser humano, e que, por isso, não poderia ser violado (ROLIM, 2000).

Cícero, nesse ínterim, se destacou por afirmar a condição humana universal a partir da não aceitação da ideia de que a dignidade estaria vinculada a um cargo, classe ou posição social (LAFER, 1972), mas o reconhecimento da proteção individual foi alcançada, paulatinamente, entre os romanos, principalmente, por conta da tradição bélica e pela exigência de submissão dos povos conquistados, além da incisiva atuação da Igreja, que conservou as ideias gregas e estoicas do direito natural, fatores que dificultaram a implantação da nova concepção sobre a essência humana de modo mais ativo (DOUZINAS, 2009).

O ponto de destaque do reconhecimento dos direitos humanos se deu na estruturação jurídica, ante a reunião da aristocracia, do senado e das práticas

democráticas romanas, onde os cônsules propuseram leis novas, que, se aprovadas, pelo senado, eram votadas pelo povo, com participação em todas as fases do processo (BARBOSA, 2007); contudo, essa estrutura governamental teve fim com a ascensão do Cristianismo, que retirou a ideia de razão e individual para a inserção de poderes espirituais e terrenos, universalizantes, marcando o início do Período Medieval, ou, Idade das Trevas, que se estendeu do século V ao XV (RICHARDS, 1993).

Ainda que a dimensão humana fosse negada, importantes avanços podem ser identificados nesse período. A primeira parte da Idade Média caracterizou-se pelas Invasões Bárbaras e pela queda do Império Romano, onde houve a protrusão do pensamento político e filosófico dos direitos humanos e da organização estatal. As propriedades foram distribuídas entre os conquistadores, com consequências sobre o direito aos habitantes, culminando no completo desrespeito aos direitos individuais, organizações sociais e classes (SANTOS; PAULISTA 2009).

O Cristianismo tornou-se a religião oficial do período e em toda a extensão, mas, por assegurar alguns direitos basais ao ser humano, como o do descanso aos sábados e o direito à vida, a aplicação dessas premissas bíblicas favoreceram o respeito a alguns dos direitos humanos (LOBATO, 1995). Apesar de a dignidade humana ser afirmada pelo Cristianismo, outros elementos apresentaram-se como mais proeminentes, o que fez com que as previsões que se dedicavam a assegurar os direitos humanos não fossem efetivadas, considerando-se que a religião e o Estado gozavam de poder supremo em detrimento ao individual (FERNÁNDEZ-LARGO, 2001).

Assim, em pleno Medievo e feudalismo, as pessoas eram submissas ao senhor feudal, tendo em vista que este detinha o poder político e econômico regional; quanto à nação, tais poderes se concentravam no soberano. Todavia, a Igreja, ao buscar o poder absoluto, desmedido, passa a colidir com os interesses da nobreza, o que ensejou na declaração das Cortes de Leão, de 1188, e da Carta Magna da Inglaterra, em 21 de junho de 1215, quando eclodiram rebeliões em face dos governantes, durante a vigência do governo de João Sem Terra, visando, mormente, ao reconhecimento da liberdade e dos direitos fundamentais (TEIXEIRA, 1991).

A alteração do comportamento humano prosseguiu por conta do desenvolvimento do comércio e dos centros urbanos, nascendo uma nova classe social: a burguesa. Inicia-se a descentralização política e o poder absoluto da Igreja passa a ser questionado, exigindo-se fundamentações científicas. Na França, o rei Henrique IV proclamou a liberdade religiosa por meio do Editto de Nantes, garantindo o direito de crença e participação, ou não, em uma religião. Necessário ponderar, contudo, que tais deliberações eram meras concessões, capazes de revogação, não significando a conquista concreta de um direito ou garantia – tanto que o Editto de Nantes foi revogado por Luís XIV (MENDONÇA, 2004).

A Reforma Protestante, promovida por Martinho Lutero, igualmente, pode ser considerada com um avanço na busca da tutela dos direitos humanos, pois contestou dogmas católicos, afirmando a possibilidade de o homem interpretar as sagradas escrituras sem a intervenção da Igreja (LEWANDOWSKI, 2003). A Reforma foi movida, em muito, pela corrupção na Igreja, o sentimento nacional, o desenvolvimento da imprensa, dentre outros, fazendo com que a instituição religiosa promovesse a Contra-Reforma (ANDERSON, 2007), movimento que suscitou a necessidade buscar membros para a Igreja Católica (MARCÍLIO, 2004).

Em 27 de maio de 1679, os direitos humanos foram aclamados com o Ato de *Habeas Corpus*, na Inglaterra, “quando ocorre a revolução que depõe o absolutismo e a posterior Restauração, com o fim da curta República de Cromwell” (GUIMARÃES, 1999, p. 163). Tal documento revelou-se um marco consolidador da importância desse instituto, delimitando sua feição moderna na medida em que houve uma avanço sobre a forma absolutista de governo, que se fragilizou (CESARIS, 1989). Tais manifestações levaram à elaboração das primeiras declarações de direitos firmadas, que foram a Declaração da Virgínia, de 1776 (que precedeu e, fortemente, influenciou a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, essas que deram azo à assinatura de outras, não menos importantes.

O que se buscou, principalmente, proteger nessas duas Declarações (e nas seguintes) foram os direitos naturais que toda pessoa humana possui, estes que antecedem o Estado, como referido. De acordo com Teixeira (1991, p. 681) “os direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana preexistem ao Estado e a este se sobrepõe, corolários que são, como vimos, dos próprios atributos da pessoa humana, da natureza essencial desta”.

Tais Declarações se constituíram em verdadeiras afirmações da liberdade como direito dos cidadãos, oponíveis *erga omnes*, pelo seu profundo espírito filosófico, político, e, ainda, pelas excepcionais circunstâncias históricas a que ditaram. O resultado de tais documentos foi a organização de algumas garantias, que se constituíram em remédios jurídicos, gerais ou específicos, com a finalidade de proporcionar adequada proteção de tais liberdades, protetivas ou reparadoras, sendo que, até os dias atuais, essas declarações influenciam os sistemas constitucionais dos modernos Estados Democráticos.

Portanto, é possível verificar que desde a Idade Média, várias foram as situações e atitudes que buscaram a proteção de direitos basilares das pessoas, como o respeito à dignidade e às várias liberdades, ainda que de forma regional e singela; mesmo assim, devem ser registradas como parte das lutas humanas para a garantia dos direitos essenciais, naturais, posto que essas caminhadas, ainda que antigas, são capitais para o entendimento da historicidade dos direitos humanos e servem como forma de se vislumbrar situações que não mais devem ser repetidas.

3. PRECEDENTES HISTÓRICOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir do século XVI, as manifestações e lutas pela afirmação dos direitos essenciais e humanos passaram a ser, incisivamente, verificadas, em várias sociedades, podendo-se destacar, como principais expoentes, as Revoluções Americana e Francesa. Ainda que em situações diversas, esses movimentos atingiram avanços significativos quanto ao reconhecimento dos direitos e garantias, além de inspirarem, historicamente, outros levantes, de ordens semelhantes.

Ambas as revoluções somente foram possíveis a partir do momento que se rompeu com o pensamento medieval e as imposições de classes e, consequentemente, com o desenvolvimento de concepções jusnaturalistas sobre a natureza humana, fundadas no direito natural, comum e universal (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Quanto à Revolução Americana e a sua importância para a afirmação dos direitos humanos, pode-se destacar, inicialmente, o fato de ter se dado fora da Europa, e que, inclusive, inspirou a Revolução Francesa. Ainda que fosse uma nação recente, os Estados Unidos guiou-se no individualismo clássico inglês, aflorado pelo embate com o regime absolutista (PILAU SOBRINHO, 2011).

Vários foram os motivos pelos quais os norte-americanos revoltaram-se contra os colonizadores – e exploradores –, podendo ser citada a cobrança de um novo tributo, tarifando o comércio exterior de venda de mercadorias para a colônia, em 1767, onde aqueles decidiram não mais adquirir as mercancias, o que fez com que a procura diminuísse. Tal fato, precipuamente, demonstrava a incisiva atuação dos colonizadores sobre os colonizados, de modo que estes não participavam das decisões governamentais, que, simplesmente, lhe eram impostas (GORCZEWSKI, 2009).

Em busca de liberdade e de reconhecimento dos direitos individuais, George Mason apresentou, em 12 de janeiro de 1776, a Declaração do Bom Povo da Virgínia, composta de dezesseis cláusulas, e proclamando a independência dos Estados Unidos ao afirmar a liberdade de todos, de forma igualitária, com direitos inerentes, oponíveis ao Estado, e a possibilidade da busca pela propriedade, felicidade e segurança (DRIVER, 2006). Ademais, concepções econômicas, como a exploração individual do território, a doutrina nacionalista de desenvolvimento político, econômico e jurídico e a ausência das concepções feudais facilitaram essa trajetória (HOBSBAWM, 1977).

Na Filadélfia, em 02 de julho de 1776, foi realizado o Congresso Continental, onde a Declaração do Bom Povo da Virgínia foi reconhecida como documento representativo da vontade de todos os Estados. Culminou, pois, na independência dos Estados Unidos da América do Norte, declaração redigida por Thomas Jefferson, elencando a igualdade, os direitos à vida, à liberdade e à

felicidade como essenciais e inalienáveis, servindo, os governos, para assegurarem o cumprimento desses direitos, com legitimidade consentida pelo povo, além do repúdio a toda e qualquer ação que viesse de encontro a as premissas dispostas na Declaração (GORCZEWSKI, 2009).

Em 04 de julho de 1776 foi instaurado o comitê para elaborar a Declaração da Independência, composto por Benjamim Franklin, Thomas Jefferson, John Adams, Roger Sherman e Robert R. Livingston, onde se obteve a aprovação unânime do texto consolidador das ideias e dos anseios das treze colônias britânicas que, a partir daquele momento, passaram a se chamar de Estados Unidos da América (BOAVENTURA, 2011).

É de se ressaltar que um dos maiores avanços quanto à proteção dos direitos, inerentes ao ser humano, foi a igualdade, de forma não vinculada à etnia, ao gênero ou à posição social, ultrapassando os limites da independência política ao se afirmada a dignidade da pessoa humana. Fernández-Largo assim pontua:

Los derechos humanos son por primera vez presentados de una manera sistemática y coordinada ideológicamente como principios filosóficos. Son un conjunto y cuerpo de doctrina jurídica, prescindiendo de que alguna circunstancia histórica hiciera ya adelantar alguno de ellos. Son entonces una bandera política y un ideário revolucionario. Pero, sobre todo, se trata de una expresión de las exigencias del 'hombre' en su expresión más genérica, pues no sólo se reivindica por un Pueblo determinado frente a un poder concreto, sino que pretende una validez universal e idéntica para todos los hombres y ciudadanos. (FERNÁNDEZ-LARGO, 2001, p. 60).

Assim, tanto a Declaração do Bom Povo da Virginia quanto a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América representaram um grande avanço em relação ao reconhecimento e proteção dos valores dos direitos humanos, como a igualdade, a liberdade, a busca pela felicidade, motivo pelo qual tiveram uma carga histórica de extremada relevância.

Diante do teor da independência estadunidense, a França, por sua vez, também seguia a ordem do jusnaturalismo, contudo, se diferenciando pelo fato de não estar buscando a independência política e administrativa, mas, sim, a deposição de uma ordem social (DOUZINAS, 2009). Tal intento implicava, necessariamente, no desarraigamento das ligações com a Igreja, das formas política e econômica de condução da nação; ou seja, a superação de uma fase histórica e a inauguração de uma novel, calcada nos ideais libertários, de dignidade e de igualdade (PIZZOLATTO, 2003).

A França, na segunda metade do século XVI, enfrentava uma profunda crise econômica, gerada, principalmente, pela frustração das safras de 1787 e 1788, pelas despesas com o auxílio as treze colônias, na independência dos Estados Unidos, e pela revolta da aristocracia tradicional. Por esses motivos, foi convocada,

em 01 de maio de 1789, a Assembleia dos Estados Gerais, composta pela nobreza, clero e Terceiro Estado (burguesia, operários e camponeses), com a finalidade de ser analisada a possibilidade de aumento dos tributos (LEFEBVRE, 1989).

Esta última classe era a que arcava com a grande maioria dos impostos, em contraponto com o clero e a nobreza, que gozavam de privilégios e facilidades, e não recebeu a proposta de forma amistosa, até mesmo porque os dois primeiros grupos uniam-se nas decisões – pois as três categorias tinham o mesmo peso quanto ao voto –, de modo que a maior parte da população restava prejudicada. Para evitar a continuidade da situação exploratória, o Terceiro Estado exigiu que a Assembleia ocorresse em um único local, e em 09 de julho retirou o poder do rei Luís XVI, ao proclamar a Assembleia Constituinte. O rei, temendo pelo seu posto, determinou que Paris fosse cercada, gerando a revolta dos populares, que tomaram vários castelos, entre eles, a Bastilha. Luís XVI foi capturado e guilhotinado, assim como muitos integrantes das classes dominantes, tendo termo o Antigo Regime (MATHIEZ, s.d).

A Igreja, igualmente, arcou com consequências diretas, uma vez que o domínio eclesial era incisivo, motivo pelo qual o Terceiro Estado se revoltou contra poder inquisidor e domínio da instituição religiosa, e esta, não aceitou se submeter à nova Constituição. A Carta Federativa da França determinava a todos que a fidelidade deveria ser jurada em ato público, mas o papa, representante da Igreja, negou-se veementemente; contudo, quem se negava a prestar o juramento era morto ou expulso da França, motivo pelo qual o rompimento foi consequência lógica (FISCHER-WOLLPERT, 1997).

Os ideais de liberdade – libertação da opressão do Antigo Regime –, igualdade – superação das discriminações e busca da justiça social – e fraternidade – convívio salutar – foram os principais direitos buscados, reveladores da ânsia pelo respeito à dignidade humana. Igualmente, seus pensadores destacaram-se pelos posicionamentos humanísticos e democráticos, que, por serem contrários às regalias do clero e da nobreza – em detrimento do Terceiro Estado –, posicionavam-se à luz do liberalismo, buscando um Estado liberto, igualitário, solidário e seguro (SIEYÈS, 2001).

No dia 19 de julho de 1789, na queda da Bastilha, foi idealizada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e promulgada em 26 de agosto do mesmo ano. Tal Documento revelou todo o sentimento do povo francês na busca pelo respeito aos direitos naturais, ao repúdio à desonestidade, à ignorância e por um Estado com governo justo e transparente:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos

os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (ONU, 2013).

Pode-se verificar, pelas premissas, elencadas no Prefácio da DUDHC, pelo teor da movimento social de onde ela culminou e pela participação popular na governabilidade, que se inicia o processo de separação entre Estado e Igreja, inaugurando uma nova Era, a Modernidade (HABERMAS, 1999). Ademais, tal fato refletiu no restante do mundo, em maior ou menor proporção, pois os movimentos políticos utilizaram-se dos direitos humanos como supedâneo para a afirmação da dignidade das pessoas, indo de encontro à escravidão, à colonização, à exploração (DOUZINAS, 2009).

Sua amplitude atingiu a universalidade no momento que previu que os direitos naturais atingem a todos os povos, ultrapassando a ideia de cidadania, pois não se apresentam como um fim, mas o meio pelo qual o ser humano e o Estado se reconstroem. Apesar de existirem críticas quanto aos ideais franceses, mormente, quanto ao ponto de que seriam de classe – burguesa –, essa Revolução refletiu, para toda a humanidade, o propósito dos direitos humanos, essência de sua natureza, onde as pessoas são meio e fim, por conta de sua condição humana (COMPARATO, 2010). Logo, o bom uso dessas ideias proporcionou à humanidade a conquista de novos direitos e a efetivação de muitas garantias.

É de se destacar, contudo, que a França, mesmo vivendo o ápice da busca pelos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, prosseguiu com lutas internas, proporcionando a Napoleão Bonaparte surgir dentre a nova ordem governamental, apresentando-se como um ditador na medida em que passou a oprimir a sociedade. Hannah Arendt, ao fazer um paralelo entre as revoluções Americana e Francesa, pontua que o principal motivo pelo qual os ideais franceses não prosseguiram como os americanos, foi a pobreza do povo:

A direção da Revolução Americana permaneceu comprometida com a implantação da liberdade e o estabelecimento de instituições duradouras, e, àqueles que atuavam nessa direção, nada era permitido que estivesse fora do âmbito da lei civil. O rumo da Revolução Francesa foi desviado desse curso original, quase desde o início, pela urgência do sofrimento; isso foi ocasionado pelas exigências da libertação, não da tirania, mas da necessidade, e impulsionado pelas ilimitadas proporções da miséria do povo e pela piedade que essa miséria inspirava. (ARENDR, 1988, p. 73).

Pode-se verificar que a questão da miserabilidade foi fundamental para travar uma revolução que previa grandes alterações nas ordens política, social, econômica, cultural e estrutural, mas, ao mesmo tempo, que favoreceu violências que culminaram na perda do sentido inicial, conduzindo um ditador ao poder.

Após a Era Napoleão, os direitos humanos continuaram sendo previstos e buscados, reconhecidos na França e na Europa, com o cunho universal, ainda que cada nação possuísse ordenamentos jurídicos específicos. Contudo, não impediu as Duas Grandes Guerras, onde a atrocidade e a desumanização encobriram os ideais de dignidade e respeito, até então, buscados.

Mais tarde, surge a ideia de Direito Humanitário, já representando o cunho internacional, uma vez que, necessariamente, abrangia mais de uma nação e posicionava o indivíduo nesse âmbito internacional. Flávia Piovesan (2010) explica que o Direito Humanitário compõe os direitos humanos e expõe a necessidade de regulação da violência, enquanto situação de conflitos armados, com a finalidade de proteger os combatentes, os feridos e a sociedade civil. Logo, significa que o Estado deve obedecer a regras, limites, no plano internacional, ainda que em período de exceção – ou seja, em tempos de guerra. O documento que inaugurou esse direito foi a Convenção de Direito Humanitário, firmada em 1864, e que, segundo Gomes Pinto (2000, p. 03) foi “o primeiro marco histórico referido à internacionalização dos direitos humanos”.

Após a Primeira Guerra Mundial surgiu a Liga das Nações, a fim de relativizar a soberania nacional, da forma como até então era exercida, pois objetivou promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, como se verifica no Preâmbulo da Convenção da Liga das Nações, de 1920:

As partes contratantes, no sentido de promover a cooperação internacional e alcançar a paz e a segurança internacionais, com a aceitação da obrigação de não recorrer a guerra, com o propósito de estabelecer relações amistosas entre as nações, pela manutenção da justiça e com o extremo respeito para com as obrigações decorrentes dos tratados, no que tange a relação entre povos organizados uns com os outro concordam em firmar este Convênio da Liga das Nações. (ONU, 2013).

Confere-se que há uma mitigação abrupta à soberania na medida em que sanções militares e econômicas são previstas, pela comunidade internacional, em face dos Estados violadores das obrigações assumidas. Ainda, que a incorporação dos direitos humanos internacionais decorreu de avanços e retrocessos políticos e sociais, onde os Estados, paulatinamente, estabeleceram normas com fins de proteger a pessoa humana, ainda que, nessa época, o indivíduo em si não era considerado.

Não obstante, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como parte do Tratado de Versalhes, em junho de 1919, na Conferência de Paz, com o objetivo de promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar, apresentou-se como um marco importante para a efetivação dos direitos humanos. Nesse contexto, fundou-se no princípio da paz universal e permanente como instrumento de concretização e universalização dos ideais da justiça social e proteção dos trabalhadores.

Logo, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e Organização Internacional do Trabalho contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos, uma vez que asseguraram parâmetros globais mínimos para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas em situação de conflito armado, na busca pela manutenção da paz e segurança internacional e para garantir dignas condições de trabalho, projetando tais institutos na ordem internacional (PIOVESAN, 2010).

Entretanto, essas atitudes não impediram que a Segunda Grande Guerra eclodisse, pois o movimento Nazista, liderado por Adolf Hitler, não aceitou as imposições do Tratado de Versalhes, além de discordar das ideias liberais, individuais e universais do pensamento francês. Fundamentado no totalitarismo, na ideia de superioridade da raça ariana – antissemitismo – e no nacionalismo, anunciou, em 1920, vinte e cinco metas do partido Nacional-Socialista; dentre elas, previa-se a anulação do Tratado de Versalhes, a restituição das colônias alemãs, o repúdio às etnias diversas, o uso da guerra para a conquista, um único partido político e a superioridade do Estado sobre a família e a Igreja (CARVALHO, 2007).

Adolf Hitler ascendeu ao poder com o apoio popular e teve a concessão de plenos poderes pelo Parlamento. A Constituição de Weimar, de 1917, mesmo tendo abordado direitos fundamentais individuais, previu, no artigo 48, a autorização para o presidente adotar medidas com fins ao restabelecimento da segurança e da ordem pública, ante ameaças – ou seja, suspender os direitos fundamentais, o que fez Hitler (BERCOVICI, 2004). O nazismo representou um dos maiores expoentes das atrocidades, cometidas em face daquelas pessoas perseguidas, como judeus, ciganos, homossexuais, dentre outros, por meio do uso de práticas de extermínio e experiências médias nos campos de concentração.

Assim, o exemplo nazista deixou evidente que a argumentação baseada na supremacia do Estado e na observância da lei não justificam a desumanidade, de modo que as nações se organizaram para buscar meios preventivos de evitar novos fatos dessa natureza. Com isso, é criada a Organização das Nações Unidas (ONU) em 24 de outubro de 1945, revelando o fato de que os Estados perceberam a necessidade de construção de instrumentos coletivos para afiançar a segurança e a paz entre as nações, em detrimento ao poder destrutivo acumulado (BEDIN; BARCELLOS; SCHUNEMAN, 2010).

Nesse cenário, Buergenthal, Shelton e Stewart (1988) afirmam que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra, tendo em vista que se desenvolveu diante de violações de direitos humanos, mormente, pelos exemplos, como o nazismo, e, em decorrência, pela busca da não repetição desses atos atroz. A negação dos direitos essenciais das pessoas humanas se tornou fonte de direito, como um tema de interesse internacional, e, a partir desse momento, houve a expansão das organizações internacionais e a premissa de cooperação entre os povos.

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovado o projeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal Documento possui um preâmbulo e trinta artigos, divididos em normas gerais e três grupos de direitos individuais. As primeiras são noções fundamentais de caráter filosófico, afirmando a dignidade das pessoas e a inalienabilidade dos seus direitos e liberdades individuais (ONU, 2013). Logo, representa a consolidação de uma ética e moral universais, talhadas no consenso de valores a serem seguidos pelas nações.

A DUDH considera a condição de pessoa como único requisito para a titularidade de direitos, tendo a dignidade como fundamento e valor intrínseco à condição humana e, a partir daí, inspirou e possibilitou a elaboração e a aprovação de inúmeros Tratados, Declarações, Convenções e Atos internacionais de direitos humanos, formando o Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010). Com isso, todos os direitos humanos são considerados universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, devendo serem pautados, pela comunidade internacional, de forma equânime, mas não deixando de considerar as diferenças culturais e regionais, caracterizadoras dos povos (LUCAS, 2010).

Antônio Augusto Cançado Trindade (1992, p. 173) assevera que “compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos”. Portanto, tem-se que a prevalência de tais garantias é absoluta, devendo ser perseguidas, independentemente, das regiões ou das culturas, de modo a conciliar o universalismo e o relativismo na busca de padrões que atendam às necessidades das pessoas, para que tenham os seus anseios atendidos e os seus direitos protegidos.

4. AS VÁRIAS CONCEPÇÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Sem dúvidas, a percepção dos direitos humanos como direitos individuais, subjetivos e naturais, advém do jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, ante a noção basilar da igualdade, dignidade e liberdade de todos.

Para Norberto Bobbio (2004), tais direitos são de natureza fundamental, válidos para todas as pessoas, indistintamente, da nacionalidade, pois o próprio ser humano é o fundamento de todos vontade geral os valores. Por conseguinte, os direitos humanos não possuem supedâneo nos valores supremos da convivência humana, uma vez que tais valores não se justificam, mas, sim, assumem-se, não sendo possível considerar como fundamento absoluto direitos, historicamente, relativos; bem como, de forma alguma, os direitos, tidos como absolutos, podem ser suspensos, pois dizem respeito ao homem e, ao mesmo tempo, ao cidadão, ainda que representados por entes coletivos, como grupos, povos ou até mesmo Estados (BRAUN, 2002).

É por esse motivo que, apesar de haver tantos empecilhos para se atingir a cooperação e a solidariedade, com uma resposta eficaz às necessidades fundamentais de todos, consideram-se, como condições essenciais para tanto, a inclusão social e o respeito à diversidade (AVELÃS NUNES, 2003). Em sendo assim, constata-se uma tendência dos ordenamentos jurídicos em adotar a concepção antropológica como fim de delimitação do objeto de proteção e dos sujeitos de direitos, de modo que o ser humano está alocado como centro e fim do direito. Por conta dessa pretensão, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser verificado, ainda que tacitamente, em vários textos constitucionais, dentre eles, o brasileiro.

Por conseguinte, para que a dignidade da pessoa humana possa ser processada, é imprescindível a verificação de um de seus componentes essenciais, que é a capacidade de exigir que a pessoa seja considerada em si, individualmente, como fonte de pretensões e manifestações, sendo o modo pelo qual é possível se preservar sua individualidade, manifestação decorrente do tratamento digno (ARAÚJO, 2008).

Cumpre, nesse ponto, destacar, também, o princípio da isonomia, sinônimo de igualdade – em contraponto às desigualdades, e não às diferenças –, que remonta a noção de justiça, pois, consoante leciona Vicente Ráo (1997, p. 274) “[...] a equidade influi na elaboração e na aplicação do direito, mas ela não constitui um direito e, sim, um atributo do direito, destinado a atenuar e a suprir o rigor e as falhas das fórmulas lógicas, a fim de que o princípio da igualdade não pereça, nem fique sacrificado, no trato das relações jurídicas”.

Tal princípio, historicamente, foi alvo de questionamentos, tendo em vista a natureza individual – e diferente – dos seres, com as mais variadas nuances – físicas ou intelectuais –, ainda que constituintes da mesma espécie, como se posicionou Jean Jacques Rousseau ao afirmar que os homens nascem iguais e assim permanecem no estado de natureza. Já Montesquieu (2004), apesar de adepto a essa compreensão, ponderou que, mesmo que os homens nasçam na igualdade, a sociedade os retira desse estado, que somente pode ser restabelecido por intermédio das leis.

Immanuel Kant (1965, p. 66) formulou um imperativo prático, no sentido de que “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. O fim em si mesmo do ser humano reflete o que se pode intitular de princípio da humanidade, pois o ser humano deve ser o fim, tratado como detentor de direitos, sujeito da História e fundamento de todas as coisas; bem por isso que é vedada a auto-egração, pois esse princípio vincula a pessoa perante ela mesma (OTERO, 2007). Pode-se afirmar, assim, que a dignidade advém de forma automática, pois ser um fim em si mesmo a legitima como um valor interno, fundamentando o respeito que todos devem ter em relação a todos.

Diante da historiografia dos direitos humanos, pode-se afirmar que seu fundamento legitimador é a dignidade da pessoa humana, uma vez que a sua razão de ser possui, como essência imutável, todas as pessoas do mundo. Por conseguinte, para que a dignidade possa ser constatada, imprescindível a verificação de um de seus componentes essenciais, que é a capacidade de exigir que a pessoa seja considerada em si, individualmente, como fonte de pretensões e manifestações, sendo o modo pelo qual é possível se preservar sua individualidade, manifestação decorrente do tratamento digno (ARAÚJO, 2008).

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi consagrada como fundamento máximo, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que previu os princípios de respeito, igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade. Nas palavras de Almeida e Perrone-Moisés:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, criou o moderno conceito de cidadão: a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais, preserva esse conceito e amplia-o. Essa ampliação realiza-se por meio do reconhecimento da inerente dignidade do ser humano, o que significa dizer que o reconhecimento da dignidade surge com o fato do nascimento de um ser humano. Esse imaneente respeito – sinônimo de dignidade – propicia-lhe o exercício dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade e acompanha-o, de modo inseparável e incondicional, no decorrer de sua existência. [...]. (ALMEIDA E PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 16).

Dessa feita, as atuais percepções sobre direitos humanos destacam a dignidade como fundamento, inclusive, dos próprios sistemas jurídicos, pois transpassa a garantia negativa de que a pessoa não sofrerá prejuízo em seus direitos, mas, também, afirma, positivamente, o pleno desenvolvimento, pelo que os Estados devem respeito e proteção à dignidade de todos (PEREZ LUÑO, 1995).

Cançado Trindade (2003), afirma que, a partir da Declaração Universal de 1948, passou a vigor a ideia de universalidade dos direitos humanos, que são inerentes a todos e que podem conviver, harmoniosamente, em meio à diversidade cultural, tendo em vista que a universalidade se expressa de variadas formas. Logo, ainda que se considerem as práticas culturais diversas como elementos caracterizadores das culturas, é possível aplicar padrões universais de direitos humanos, pretensão que se afirma pelo fato de que muitas nações, de tradições diversas, não deixaram de, livremente, ratificar ou aderir aos tratados de direitos humanos. Assim, a DUDH, ao adotar o homem como fonte legislativa, tornou-o um ser alforriado, porquanto não mais se submeteria às decisões divinas ou costumeiras, mas à sua própria condição de pessoa digna (ARENDT, 2006).

Yamada destaca que, devido à vital importância dos Direitos Humanos, eles são parte integrante de inúmeras normas, nacionais e internacionais, constituindo os princípios que as regem, sendo elaborado o que se denomina Direito

Internacional dos Direitos Humanos, que visa a orientar os Estados a promoverem a observância e o respeito aos direitos fundamentais de todos.

Dada a relevância e universalidade dos direitos humanos, eles são mencionados com frequência e garantidos por leis na forma de tratados, direito costumeiro internacional, princípios e outras fontes de direito internacional. Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece deveres aos Estados para agirem de maneira a respeitar, promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais de indivíduos e coletividades. (YAMADA, 2010).

Todas as pessoas são, sem nenhuma distinção, detentores dos direitos voltados à garantia da dignidade, sendo universais, inalienáveis, interdependentes e indivisíveis, eis que garantia e enriquecimento de um direito eclode no avanço de outros, o que deve vir em detrimento ao lado negativo dessa constatação, qual seja, de que a privação de um direito afeta e, conseqüentemente, viola todo o conjunto dos direitos humanos. Não obstante, Piovesan (2010) destaca a importância da contextualização histórica para a correta definição dos direitos humanos, entendidos de forma plural, para a não ingerência do Estado na esfera individual do ser humano, bem como, para a consagração de sua dignidade.

Portanto, considerando o extenso conteúdo axiológico, os direitos humanos devem ser conhecidos e respeitados por todos os Estados e todas as culturas, pois, ainda que haja diferenciações entre elas nas formas de organização e no trato com os indivíduos, social, política e economicamente, todos são seres humanos merecem o tratamento digno, com a possibilidade da busca pela felicidade, realização e bem-estar.

5. CONCLUSÃO

Consoante acima discorrido, averiguou-se o quão importante são as experiências históricas e culturais para a valorização e concretização das premissas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o objetivo primordial de extirpar, ou, ao menos, reduzir, ao máximo, as ocorrências de atos atentatórios à dignidade humana e na busca da igualdade entre as pessoas. Ainda que a humanidade enfrente, atualmente, situações que podem ser, perfeitamente, consideradas como violações dos direitos humanos, como, por exemplo, a miséria, a desigualdade social, já se formou um arcabouço, suficientemente, forte para o enfrentamento dessas questões e na busca, intermitente, pela melhoria na qualidade de vida e na evolução humana, como seres dotados de direitos.

Este trabalho visou a demonstrar como as atrocidades, verificadas no decorrer da História, servem de exemplos a serem evitados, tendo em vista que os maiores retrocessos às conquistas sobre os direitos humanos foram constatadas no século XX, após muitos embates e positavações sobre as garantias aos direitos

essenciais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ao mesmo tempo, a Segunda Guerra Mundial serviu para demonstrar como os seres humanos podem usar poderes para a destruição do semelhante, e garantiu que uma gama, suficientemente, forte de interações entre as nações pudesse surgir para evitar essas tragédias e fracassos da humanidade.

Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais do que nunca, reúne vários órgãos supraestatais e um arcabouço de Documentos Internacionais com a finalidade de impedir violações de direitos, além do lado positivo de buscar afirmar, ainda mais, as garantias já implementadas, tendo, como principal característica, a redução do poder soberano dos Estados em função de um bem maior, justo e elevado, que é garantir a todos a condição de pessoas, por intermédio da cooperação e da solidariedade entre os povos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coordenadores). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Instrumentos Básicos**. São Paulo – SP: Atlas, 2002.

ANDERSON, Perry. **As idéias e a ação política na mudança histórica. A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO, São Paulo: Expressão popular, p. 365-377, 2007.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª ed. rev. Brasília: Imprensa Nacional – Casa da moeda, 2005.

ARAÚJO, Cícero. **República e democracia**. Lua Nova, v. 51, p. 5-30, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Brasília: Ática, 1988.

BARBOSA, Gisele Oliveira Ayres. **Reflexões acerca da participação popular na República Romana: a contribuição da multidisciplinaridade**. 2007. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0014.pdf>. Acesso em 28 nov. 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BEDIN, Gilmar Antônio; BARCELLOS, Mardjele da Silva; SCHUNEMANN, Cristiane. **A transformação da sociedade internacional clássica e a crescente jurisdicionalização do direito internacional**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 8, n. 8, p. 02-19, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BOAVENTURA, Bruno. **Declaração de independência e constituição americana: federalização do Estado**. Revista CEJ, v. 15, n. 52, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRAUN, Helenice. **O Brasil e os Direitos Humanos**. Ijuí – RS: Unijuí, 2002.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah L.; STEWART, David P. **International human rights in a nutshell**. 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras**. (Seminário de Brasília de 1991) Brasília/San Jose da Costa Rica: IIDH/F. Naumaman-Stifung, p. 173, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003.

CARVALHO, Pedro C. **O Fascismo e o Nazismo**. Centro de Investigação e Análise em Relações Internacionais (CIARI), Lisboa, PT, 2007.

CESARIS, A. M. **Habeas Corpus**. Enciclopedia Giuridica. v. XV. Roma: Istituto Della Enciclopedia Italiana, 1989.

CICERO. **De oratore**. Tradução de E.W. Sutton. London: W. Heinemann, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed., ver, e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizo. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A declaração de independência dos Estados Unidos**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2006.

FERNÁNDEZ-LARGO, A. Osuna. **Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar**. Salamanca: EDIBESA, 2001.

FISCHER-WOLLPERT, Rudolf. **Os Papas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2001.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania. Conhecer, educar, praticar**. 1. ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GUIMARÃES, I. N. B. S. **Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas – Um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do Direito Constitucional.** Curitiba: Juruá, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación em el capitalismo tardio.** Teorema. Madrid: Cátedra, 1999.

HELD, David. **Modelos de Democracia.** Madrid: Alianza, 2001.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções.** 9ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Porto: Porto Editora, 1995.

LAFER, Celso. **Da dignidade da política: Hannah Arendt.** Discurso, v. 3, n. 3, 1972.

LEFEBVRE, George. **O surgimento da Revolução Francesa.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A formação da doutrina dos direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003.

LOBATO, Abelardo Casado (dir.). **El pensamiento de Santo Tomás de Aquino para el hombre de hoy.** Valencia: EDICEP, 1995.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença.** Ijuí: Unijuí, 2010.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **Os registros paroquiais e a História do Brasil.** Varia História, v. 31, 2004.

MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa: A queda da realeza (1787-1792).** Tradução de Paulo Zing. São Paulo: Atena Editora, s.d.

MENDONÇA, Antônio Gouvêa. **A experiência religiosa e a institucionalização da religião.** Estudos Avançados, v. 18, n. 52, p. 29-46, 2004.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

O'NEILL, Kevin. **Apuntes históricos palotinos.** Santa Maria: Pallotti, 1994.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais.** Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREZ - LUÑO, António E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion.** 5ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direitos humanos e sua possibilidade de exercício frente ao acordo de Schengen**. Novos Estudos Jurídicos, v. 16, n. 3, p. 345-360, 2011.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Globalização dos Direitos Humanos?** Disponível em: <http://www.eupg.br/rj/a1vat12.htm>, 2000. Acesso em 16 nov. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e globalização**. In: Direito Global. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores). São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2007.

PIZZOLATTO, Valentim. **A Igreja: na perspectiva do século XIX e no profetismo de Vicente Pallotti**. Porto Alegre: Pallotti, 2003.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média**. São Paulo: Zahar, 1993.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Gislene AS; PAULISTA, Maria Inês. **Idade Média x Idade Mídia**. Lisboa: Universidade do Porto. pp. 56 - 68, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** 3ª. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2004.

TEIXEIRA, Gil Ulhôa (coord.). **Missões: Passado - Presente - Futuro**. Porto Alegre: Talento Editorial Ltda., 1991.

YAMADA, Érica M. **O Que são Direitos Humanos?** Texto publicado em <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/crimes/trf-3/RC%202002.03.99.016415-4%20-%20MS.pdf>. Acesso em 08 dez. 2013.

<http://www.onu.org.br/>. Acesso em 02 dez. 2013

CAPÍTULO 17

DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO DAS VERBAS TRABALHISTAS EM FACE DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Danielle de Jesus Dinali¹
Graciane Rafisa Saliba²

1. INTRODUÇÃO

A competência da Justiça do Trabalho para julgamento de ações movidas por empregados que prestam serviço para entes de direito público externo, mas que atuam no território brasileiro, sempre foi questão polêmica a partir da análise da imunidade de tais entes.

A extensão da imunidade dos Estados estrangeiros, se restringe à jurisdição, ou se abrange inclusive a execução, também é alvo de dúvidas e debates e, sobretudo, se levada e aplicada às organizações internacionais.

Associações de Estados em prol de fins comuns, com personalidade jurídica própria e atuação em território de diversos países, as organizações internacionais, ou organismos internacionais são criadas por um tratado constitutivo, que as distinguem de seus fundadores, e, a partir daí, são responsáveis por seus atos, contratações e atuações.

Apesar da assunção de tais responsabilidades, e todavia não ser uníssono o entendimento doutrinário e jurisprudencial, o contrato de trabalho de um brasileiro para prestar serviços em uma organização internacional pode não ficar sujeito à justiça do trabalho brasileira, se assim prever o tratado em suas normas constitutivas, com absoluta imunidade de jurisdição. Diferentemente da imu-

¹ Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada - IEC/ PUC-MG; Advogada.

² Doutoranda em Direito Privado e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Crise Econômica e Direito do Trabalho pela Universidad Castilla la Mancha, Espanha. Professora da Universidade de Itáuna e Faculdade Pitágoras. Advogada.

nidade dos Estados estrangeiros, especialmente em matéria trabalhista, os quais ficam sujeitos à jurisdição, mas imunes à execução, os organismos internacionais não têm o pleito de seus empregados brasileiros, e contratados em território nacional, sequer analisados pela Justiça do Trabalho.

Assim, questiona-se a partir daí a possibilidade ou conveniência de tal absolutização da imunidade das organizações internacionais frente a verbas trabalhistas, de caráter alimentar e fundamentais para a sobrevivência do trabalhador.

Ressalta-se, pois, que os direitos trabalhistas e as verbas dele decorrentes constituem direitos humanos, que possibilitam a existência digna, e que devem ser sopesadas frente a direitos desta magnitude.

Nesse sentido, as organizações internacionais, no momento em que constituem sujeitos criados por Estados para cumprirem finalidades de interesse global, não devem ignorar o labor realizado, praticando o descumprimento de direitos humanos fundamentais, mas elevar a importância dos créditos trabalhistas, sem restrição aos trabalhadores que buscarem a reparação de tais direitos na justiça brasileira especializada.

2. ORGANISMOS INTERNACIONAIS

As organizações internacionais, decorrentes da reunião de três ou mais Estados em prol de fins comuns, são um resultado da globalização, do incremento das relações interestatais e da necessidade de cooperação entre as nações.

Assim como os Estados, as organizações internacionais, também conhecidas como organismos internacionais, possuem personalidade jurídica própria, todavia, diferente daqueles, sendo estas criadas por um acordo entre as nações, via tratado constitutivo, que as distinguem de seus fundadores.

De acordo com Rezek, as organizações internacionais são apenas uma realidade jurídica, pois “sua existência não encontra apoio senão no tratado constitutivo, cuja principal virtude não consiste, assim, em disciplinar-lhe o funcionamento, mas em haver-lhe dado vida, sem que nenhum elemento material preexistente ao ato jurídico criador”. (REZEK, 2002, p.145). Salienta ainda a importância do elemento volitivo para formação do organismo:

A organização internacional carece dessa dupla dimensão material. Ela é produto de uma elaboração jurídica resultante da vontade conjugada de certo número de Estados. Por isso se pode afirmar que o tratado constitutivo de toda organização internacional tem, para ela, importância superior à da constituição para o Estado soberano. A existência deste último não parece condicionada à disponibilidade de um diploma básico. (REZEK, 2002, p.146)

Diante da análise do mesmo ente, NGUYEN, DAILLER, e PELLET descrevem algumas características formadoras das organizações internacionais:

Esse tipo de organização seria uma associação de Estados, constituída por tratado, dotada de uma constituição de órgão comum, possuindo uma personalidade jurídica distinta dos Estados-membros e estando seu funcionamento inevitavelmente marcado pela tensão e pela complementaridade dos princípios de direito dos tratados, por um lado, pelas exigências de autonomia e de eficácia de toda organização humana, pelo outro. (NGUYEN, DAILLER e PELET, 1999, p. 523)

Roberto Luiz Silva (2010, p. 372-373) enumera ainda os atributos mais relevantes das organizações internacionais, segundo o qual elas constituem uma “associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional; instituída por ato internacional; possuindo ordenamento jurídico interno próprio; personalidade internacional e órgãos, existência de poderes e sede próprios”.

De acordo com o citado autor os organismos internacionais podem também ser didaticamente classificadas em espécies. Assim, segundo a sua natureza eles são enumerados como políticos, pois tratam de “questões conflitivas, agindo preventivamente na manutenção da paz e da segurança internacionais”, como por exemplo a Organização das Nações Unidas - ONU; ou técnicas, quando estão relacionadas “à cooperação técnica em áreas específicas, nos termos da Organização Internacional do Trabalho - OIT. (SILVA, 2010, p. 374)

No tocante a composição, podem os organismos internacionais ter alcance regional ou universal e quanto ao objetivo, são classificados como organizações de “cooperação”, visando aproximar políticas que continuam a ser da responsabilidade dos Estados, ou mesmo de “integração” que almejam ao “desenvolvimento de políticas e objetivos comuns, gerida por órgãos próprios, como a União Europeia” (SILVA, 2010, p. 374).

Neste sentido, destaca Accioly (1996, p. 186) que o número de organizações internacionais aumenta à medida que crescem as questões específicas e as preocupações comuns entre os Estados.

Faz-se relevante, ainda, a dicotomia entre as organizações internacionais e as organizações não governamentais. Segundo Mazzuoli (2008, p. 118) “ambas são resultado de um ato de vontade que, no primeiro caso, promana dos Estados, quando elaboram um tratado multilateral constitutivo da organização e, no segundo, da vontade dos particulares, com ou sem a interveniência de órgão públicos”.

Todavia, apenas as organizações internacionais são pacificamente consideradas sujeitos de direito internacional público, possuindo personalidade jurídica própria, e o poder de celebrar tratados com os Estados e com outras organizações internacionais (MAZZUOLI, 2008, p. 118).

Estas, destarte, também são passíveis de ação de responsabilidade internacional não só por atos de seus órgãos competentes e funcionários, mas também por ações de particulares praticados em sua sede (SILVA, 2010, p.374).

Não obstante, a questão da responsabilidade internacional poder ser trazida perante cortes internacionais de justiça, tribunais arbitrais e administrativos,

todavia a imputação de responsabilidade ainda é muito conflituosa e repleta de obstáculos.

Um destes empecilhos é a imunidade de jurisdição perante as cortes nacionais, “a qual se não for negada ou renunciada, e conjugada com a falta de meios procedimentais alternativos, pode resultar numa negação do acesso à justiça ou da correção da lesão sofrida pelas partes não estatais” (SILVA, 2010, p. 375).

3. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Os Estados, diversamente das organizações internacionais, são entes dotados de soberania interna e externa, o que reflete na impossibilidade de sofrer limitação ao seu poder ou subordinação em relação aos outros Estados (FRANCO FILHO, 1986, p. 112). Sobre o seu território o Estado soberano tem jurisdição geral e exclusiva:

A generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. *A exclusividade* significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania. Só ele pode, assim, tomar medidas restritivas contra pessoas, detentor que é do monopólio do uso legítimo da força pública. (REZEK, 2002, p.154)

Assim, o exercício de tal jurisdição sofre limitações quando, através de tratados ou normas costumeiras, o Estado consente em conferir privilégio a determinado grupo, como ocorre com serviço diplomático, de que cuida a Convenção de Viena de 1961, e o serviço consular, delimitado pela Convenção de Viena de 1963.

Constata-se, pois, que “no âmbito da missão diplomática, tanto os membros do quadro diplomático de carreira (do embaixador ao terceiro-secretário) quanto os membros do quadro administrativo e técnico (tradutores, contabilistas etc.)” (REZEK, 2002, p.161), estes últimos quando recrutados pelo Estado estrangeiro, chamado Estado acreditante, “gozam de ampla imunidade de jurisdição penal e civil. São, ademais, fisicamente invioláveis, e em caso algum podem ser obrigados a depor como testemunhas”. (REZEK, 2002, p.161).

Ressalta-se que há exceções quanto à jurisdição civil e tributária, nos termos expostos na Convenção de Viena de 1961, quando se trata de ação de imóvel particular ou relativo a uma profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente, e também quanto aos impostos indiretos, normalmente incluídos no preço de bens ou serviços e tarifas correspondentes a serviços utilizados, sob os quais não goza, portanto, de imunidade.

Já no tocante aos privilégios consulares, que se referem aos cônsules e funcionários consulares, nos termos da Convenção de Viena de 1963, em linhas

gerais, “gozam de inviolabilidade física e de imunidade ao processo – penal ou cível – apenas no tocante aos *atos de ofício*” (REZEK, 2002, p.162).

Quanto à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, constata-se que há imunidade absoluta de jurisdição no tocante aos atos de império, ou seja, àqueles praticados pelo Estado sob regime de prerrogativas públicas, refletindo sua atuação institucional.

Os atos de gestão, entretanto, por estarem desvinculados da atuação estatal propriamente dita, não se beneficiam da imunidade de jurisdição, podendo ser submetidos e apreciados pelo poder Judiciário do outro Estado (WALLBACH, 2013, p.4).

Assim, elucida Juarez Cleto Cortes Jr. (2012) no seguinte sentido:

Para os Estados é válido o entendimento até aqui abordado, trata-se de norma de Direito Consuetudinário, hoje regida pela teoria moderna da imunidade relativa, a depender da natureza no ato: *jure imperium ou juri gestionis* (para atos de império a imunidade é absoluta, abrangendo todos os bens necessários ao exercício destes atos; para os atos de gestão a imunidade é relativa sendo possível o trâmite processual de toda a etapa de conhecimento; na execução a imunidade de absoluta; mesmo nas hipóteses de imunidade absoluta é possível a renúncia pelo entre por ela beneficiado) (CORTES JR., 2012, p. 349).

Já quanto aos organismos internacionais, por sua vez, instituições constituídas por tratados ou acordos entre Estados, apesar de possuírem personalidade jurídica, não são detentores de soberania.

Assim, em relação aos organismos internacionais a “imunidade de jurisdição rege-se pelo que se encontra efetivamente avençado nos tratados de sede” (WALLBACH, 2013, p.4). Estes, que em sua grande maioria, preveem normas garantidoras da imunidade absoluta.

De acordo com a corrente da aplicação da imunidade nos moldes acima, quando um país, notadamente o Brasil ratifica determinada norma internacional, esta integra ao ordenamento jurídico, devendo ser observada, sob pena de violação do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste sentido, vale ressaltar os ensinamentos de Gilmar Guido E. Silva Soares:

Estamos tratando de um fenômeno moderno do século XX, ainda com pouco tempo para se ter usos e costumes em Direito Internacional. Na diplomacia ainda há muita coisa de uso e costumes. Toda a regulamentação das imunidades e organizações intergovernamentais está em tratados internacionais. Em geral, um tratado-fundação ou estatuto (SOARES e MENDES, 2012, p.13-14).

Neste sentido, exceto quando ocorrer a renúncia expressa pelo organismo internacional, deverá o Brasil garantir a imunidade absoluta de jurisdição a estas instituições.

No mesmo âmbito, em fevereiro de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial n.º 416 da SBDI -1, nos seguintes moldes:

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012)

As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional (TST, 2012).

Note-se que a o Tribunal Superior do Trabalho colocou as organizações internacionais “em patamar mais elevado e favorável do que o dispensado aos próprios Estados, pois aquelas são dotadas de imunidades absoluta de jurisdição”, enquanto os Estados não gozam de tal benefício quando da realização de atos de gestão (CASTRO e HUBNER, 2013, p.119)

Assim, no caso de um brasileiro prestar serviços para um Organismo Internacional, que possua em suas normas constitutivas a previsão de imunidade absoluta de jurisdição, o trabalhador não poderá se valer da Justiça do Trabalho nacional, salvo se houver, por parte do organismo internacional, renúncia expressa à sua imunidade de jurisdição.

No exemplo acima citado deverá o trabalhador se valer dos tribunais administrativos criados, no âmbito dos organismos, para a resolução de conflitos.

4. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

Diante das normas convencionais supramencionadas, o que se depreende é que o Estado estrangeiro tem imunidade de jurisdição em diversas matérias, dentre elas, cível, penal, tributária, mas não dispõe de imunidade de jurisdição perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de matéria de natureza trabalhista:

Logo, o ente de Direito Público Externo não poderá invocar privilégio diplomático em processo trabalhista, gerando indevido enriquecimento sem causa do Estado Estrangeiro, em detrimento dos obreiros domiciliados no Brasil. A concessão de inaceitável privilégio, para o STF, consagraria censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. (SARAIVA, 2008, p.80)

Entretanto, persiste o entendimento de que, no tocante à execução, o Estado estrangeiro tem imunidade, ou seja, “embora tenha a Justiça laboral competência para processar e julgar demanda envolvendo ente estrangeiro, não possui competência para executar seus julgados, devendo socorrer-se aos apelos diplomáticos, mediante a denominada carta rogatória” (SARAIVA, 2008, p.81).

Assim, os bens pertencentes à representação diplomática ou consular passam a ser resguardados por “expressa disposição na Convenção de Viena de 1961, que prevê, em seu artigo 22, que o ‘mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte [...] não poderão ser objeto de busca, requisição, embargos ou medida de execução’” (WALLBACH, 2013, p.4).

Neste sentido, os bens dos entes estrangeiros “não são passíveis de constrição judicial, salvo se houver renúncia expressa ou se tratar de bens desvinculados à representação diplomática ou consular da Entidade” (WALLBACH, 2013, p.4).

Portanto, elucida José Francisco Rezek no tocante à renúncia:

O Estado acreditante – e somente ele – pode renunciar, se entender conveniente, às imunidades de índole penal e civil de que gozam seus representantes diplomáticos e consulares. Estipulam as convenções de Viena que, no foro cível, a renúncia atinente ao processo de conhecimento não alcança a execução, para a qual nova renúncia é necessária (norma singular, que em doutrina já foi considerada imoral). Em caso algum, portanto, o próprio beneficiário da imunidade dispõe de um direito de renúncia (REZEK, 2011, p.205).

Ressalta o mesmo autor que há possibilidade da execução, desde que o bem buscado não esteja dentre os pertences da própria representação diplomática ou consular:

A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito especial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular – visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênera pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derogadas por qualquer norma anterior. (REZEK, 2011, p. 176).

Já quanto aos organismos internacionais, por outro lado, conforme acima já relatado, ressalta-se que possuem imunidade de jurisdição absoluta, o que impede o poder judiciário brasileiro de apreciar e julgar as demandas envolvendo os particulares e as instituições citadas, até mesmo demandas de natureza trabalhista que possuem assim, seu caráter alimentar minorado frente a tais instituições.

5. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DAS VERBAS TRABALHISTAS EM FACE DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS

As verbas trabalhistas podem ser entendidas, de maneira geral e superficial, como a totalidade de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços.

Assim, conforme ensina Maurício Godinho Delgado, “tratam-se de parcelas que evidenciam que a relação jurídica de trabalho formou-se com intuito oneroso” por parte do trabalhador (2013, p. 718).

É na efetivação do trabalho que se expõe as probabilidades de realização das necessidades, da autorrealização, da participação societária, do reconhecimento e da construção da subjetividade da pessoa humana. Outrossim, permitem também o desenvolvimento da capacidade intelectual, da personalidade, da noção de moral e ética, bem como o alcance da autonomia do ser. Portanto, o trabalho é algo inerente à própria condição de ser humano e revelador de sua dignidade. (WANDELLI, 2012, p.222)

Nesse espeque, a negação do trabalho ou de seus frutos, como a percepção das verbas salariais, pode significar a retirada das possibilidades de uma vida digna a ser provida pelo próprio trabalhador.

Neste sentido, ensina Maurício Godinho Delgado que

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam. (DELGADO, 2013, p.716)

As organizações internacionais foram criadas exatamente para possibilitar o alcance dos interesses nobres dos Estados, tais como “aprimoramento das relações laborais (OIT); aperfeiçoamento da saúde da população (OMS); melhoria do tratamento conferido às crianças e aos adolescentes (UNICEF)”, dentre outros que visam a “colaboração mútua para a garantia dos direitos humanos” (CASTRO e HUBNER, 2013, p. 109).

Neste sentido, é ao menos inconsistente que as organizações internacionais sejam beneficiadas pela imunidade absoluta de jurisdicional e de execução no tocante aos contratos de trabalho firmados entre estas instituições e os brasileiros, que para elas despendem seus esforços laborativos, conforme notadamente elucida Fernando G. de Castro e Tamires Hubner:

Não parece coerente o fato de as organizações internacionais terem de violar a legislação trabalhista para cumprir sua missão institucional ou exercer poderes soberanos, mormente considerando que a fraude trabalhista é presumida, conforme art. 9º da CLT.

A título ilustrativo, seria desastroso imaginar o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ou o próprio STF extinguir processo sem julgamento de mérito no tocante a ação proposta por trabalhador brasileiro em face da OIT ou de órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sediados no Brasil, cujos objetivos declarados são, respectivamente, aprimorar as condições de trabalho e preservar os direitos humanos, sob o argumento de imunidade absoluta de jurisdição de forma a garantir o cumprimento dos propósitos institucionais dessas entidades. Essa incompatível interpretação ficaria ainda mais patente com a análise dos artigos 5º (alcance das restrições e limitações) e 6º (direito ao trabalho) do Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil em 1996. O comprometimento dos Estados Partes visa assegurar que a restrição aos direitos só será legítima se obtiver como fim maior preservar o bem-estar geral na sociedade democrática. Todavia, não parece plausível que a restrição aos direitos trabalhistas crie cenário propício a vida digna e decorosa que todo aquele que trabalha deva ter como fruto do exercício de sua atividade. (CASTRO e HUBNER, 2013, p.130)

Ora, a imunidade jurisdicional absoluta dos organismos internacionais impede a Justiça do Trabalho brasileira de apreciar e julgar demandas envolvendo trabalhadores nacionais e as referidas instituições, ressaltando apenas os casos em que a entidade renunciar, de forma expressa, à referida imunidade.

Portanto, é evidente uma precarização do trabalhador que, em caso de violação de seus direitos laborativos, terá de recorrer aos tribunais administrativos dos próprios organismos, que em muitos casos sequer existem.

Assim, há uma necessidade premente de mudanças no tocante à imunidade absoluta dos organismos internacionais, a fim de que seja permitida a apreciação e julgamento das demandas trabalhistas pelo judiciário nacional, e a execução das mesmas em face de todos os bens destas entidades para o pagamento das verbas laborais devidas.

Ressalta-se que é notadamente contraditório, e até mesmo injustificado, o afastamento da imunidade de jurisdição, sem que o mesmo seja possível na execução, pois tornar-se-ia ineficaz todo o processo judicial, no instante que se negasse o avançar sobre os bens das entidades.

Em sentido contrário, estaria sendo garantindo “privilégios a estas instituições em detrimento do trabalhador nacional, impondo-lhe condição semelhante à de escravo, diante da ausência de garantia quanto à percepção de salários e demais consectários atinentes ao pacto laboral” (WALLBACH, 2013, p. 9).

Neste passo, vale ressaltar os ensinamentos de Fernando Guilhon de Castro e Tamires Hubner, nos seguintes modos:

Para a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição, não basta a simples disponibilidade de meios de acesso ao Judiciário, mas que estes sejam realmente eficazes, de maneira a fazer o Estado cumprir seu dever de prover recursos adequados. Ainda que o Estado seja responsabilizado

pelo crédito trabalhista oriundo da legislação não cumprida por organização internacional (CASTRO e HUBNER, 2013, p. 128).

O desrespeito aos direitos trabalhistas, assegurados pelas imunidades, afronta ainda princípios elementares do Direito Internacional, como o direito fundamental à sobrevivência, dado o caráter alimentar dos créditos trabalhistas, e o acesso à jurisdição (CASTRO e HUBNER, 2013, p. 128).

Neste contexto, elucida o artigo VII da Declaração das Nações Unidas (1948) que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 6º nos seguintes moldes:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Assim, tendo em vista ser o trabalho direito fundamental da pessoa humana, resguardado interna e externamente, o recebimento das verbas salariais é também um direito a este inerente, devendo ser reparada qualquer violação em sentido contrário.

Nesse mesmo passo ressalta-se que “o princípio da inafastabilidade da jurisdição é contemplado não somente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 8º e 10, mas também no Pacto de São José da Costa Rica, artigos 8º e 25, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigos 2º e 14” e no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. (CASTRO e HUBNER, 2013, p. 128).

Constata-se, pois, que é premente a necessidade de recursos internos eficientes para a completa satisfação de toda espécie de direitos humanos, inclusive os sociais como os relacionados ao labor, pois:

A mera previsão constitucional (art. 7º da Carta Magna), legal (CLT) ou em convenções internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Americana dos Direitos do Homem e Convenções Internacionais do Trabalho) não assegura o gozo de direitos a horas extras, ao décimo terceiro salário ou a qualquer outra verba laboral, cujo caráter é indiscutivelmente de direitos humanos. É necessário garantir tais direitos no plano fático, na vida concreta dos trabalhadores.

Para tanto, é necessária a coordenação entre todos os meios de proteção dos direitos humanos, tanto na esfera interna quanto na internacional, observando interpretações legais compatíveis com a responsabilidade que a matéria exige (CASTRO e HUBNER, 2013, p. 106).

Neste sentido, evidente que a imunidade de jurisdição e execução dos organismos internacionais deve ser relativizada, sobretudo quando em confronto com a prevalência dos direitos humanos, inclusive trabalhistas. Não é aceitável admitir a supremacia de uma imunidade absoluta à organismos internacionais em desfavor à satisfação de créditos de natureza trabalhistas, dado seu caráter alimentar e primordial à sobrevivência.

Neste âmbito, vale destacar uma corrente doutrinária que entende ainda não ser possível a manutenção da garantia da imunidade absoluta dos organismos internacionais tendo em vista o critério temporal, hierárquico e de especialidade das normas envolvidas, conforme elucida Thiago Barroso de Oliveira Campos:

Considerando que o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 prevê ser direito dos trabalhadores brasileiros “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato”, pelos critérios da hierarquia e da especificidade, poderia ser sustentada a tese de que, em caso de aplicação de direito trabalhista, a imunidade jurisdicional dos organismos internacionais pode ser relativizada.

Adotar esse posicionamento não seria negar aplicação à norma como um todo, mas apenas a interpretar de acordo com o caso específico, pois, havendo choque entre sua aplicação e a garantia de um direito social positivado expressamente na constituição, hierarquicamente superior e que trata especificamente dos direitos trabalhistas, este deve prevalecer em detrimento da imunidade jurisdicional ampla conferida aos organismos internacionais por tratados e convenções.

Considerando ainda que os tratados e convenções que garantem a imunidade jurisdicional aos organismos internacionais foram firmados antes da promulgação da Constituição de 1988 e em outro cenário sociopolítico, as referidas normas, no caso da imunidade jurisdicional trabalhista, não se aplicam, pois podemos considerar que o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, revogou parte do preceito contido na norma que garantia essa imunidade.

Ou seja, pelo critério temporal, como a norma que garante imunidade jurisdicional em sentido amplo, independentemente da matéria, foi editada anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, a parte dessa imunidade que se aplicaria em casos de ofensa a direito trabalhista, foi revogada pelo art. 7º, XXIX da Constituição Federal. (CAMPOS, 2013, p. 2)

Aduz, todavia, a doutrina defensora da aplicação absoluta da imunidade de jurisdição e execução dos organismos internacionais que a relativização de tal garantia violaria a segurança jurídica, na medida em que o Brasil aderiu e ratificou as normas constitutivas dos organismos internacionais, tendo aquelas previsto a debatida imunidade (CORTES JR., 2013, p. 354).

Contudo, considerando a teoria de sopesamento de normas e princípio de Robert Alexy é plenamente possível a relativização da imunidade de jurisdição e execução dos organismos internacionais, sem que ocorra qualquer ofensa a

segurança jurídica e ou a negação à aplicabilidade aos tratados e convenções fundadores daquelas instituições. (2011, p. 86)

De acordo com a referida teoria, devendo ser os princípios analisados e sopesados diante do caso concreto:

Os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na medida possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não possuem mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie* [...] Os princípios representam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como deve se resolver a relação entre a razão e sua oposta. Por isso os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas.

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem exatamente o que nelas se ordena, possuem uma determinação em âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir à sua invalidez mas, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz. (ALEXY, 2011, p. 86 e 99)

Consequentemente, ao sopesar o princípio da segurança jurídica garantida pelo §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina a efetividade das normas previstas em tratados internacionais, “com os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho”, que garantem o efetivo recebimento das verbas salariais, “é plenamente possível adotar a posição de que, nesse caso específico (ofensa a direitos trabalhistas), a máxima efetividade dos últimos pugna pela relativização da imunidade jurisdicional dos organismos internacionais, sem significar qualquer insegurança jurídica” (CAMPOS, 2013, p. 3).

No particular, cabe apresentar ainda a importante lição de Paulo Bonavides:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial (BONAVIDES, 2008. p. 394-395).

Portanto, a imunidade de jurisdição relativa deve imperar como maneira eficaz de se organizar a convivência dos sujeitos de Direito Internacional, como os organismos em estudo e os Estados em que estes possuem sede, bem como para que valores inerentes à comunidade global sejam preservados, notadamente

a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como os relativos ao trabalho, garantidos expressamente por dispositivos de tratados internacionais acima elucidados (CASTRO e HUBNER, 2013, p. 124).

6. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A relativização da imunidade de jurisdição e de execução, embora ainda não firmada como norma costumeira, vem se apresentando como premente tendência nas cortes brasileiras.

Como exemplo pode-se citar o Recurso extraordinário n.º 67.544, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no qual entendeu pela recusa à imunidade do Comitê Intergovernamental para Migração Europeia em questão trabalhista:

Ementa: Reclamação trabalhista formulada por empregada do Comitê Intergovernamental para Migração Europeia
Não reconhece a este imunidade de jurisdição por depender ainda de acordo com o Brasil. Recurso da empregada provido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso 67.544/1970, Recorrente: Elza Jakab, Recorrido: Comitê Internacional para a Migração Europeia, Relator Ministro Luiz Galotti, Brasília, Data de Publicação 02. 11 de setembro de 1970).

No mesmo sentido, outro julgado, proferido no Tribunal Superior do Trabalho, ressaltou a imunidade de jurisdição de organismos internacionais restrita aos atos de império, e não abrangendo os relacionados aos direitos trabalhistas:

RECURSO DE REVISTA - ORGANISMO INTERNACIONAL IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Esta Corte tem entendido que os entes de direito público externo não possuem imunidade absoluta de jurisdição. A imunidade de jurisdição dos organismos internacionais se restringe aos atos de império, dentre os quais não se inclui os relacionados à legislação trabalhista. Efetivamente, são atos de gestão os concernentes às relações de trabalho, como os em debate na presente ação, em que o Reclamante pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego e o direito a parcelas decorrentes do contrato de trabalho, não havendo que se falar, portanto, em imunidade de jurisdição. Precedentes do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR 195/2004-013-10-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 09/11/2007)

O entendimento foi reiteradamente seguido, em decisões proferidas no mesmo Tribunal, sendo veemente a consideração da imunidade somente aos atos de império:

RECURSO DE REVISTA - ORGANISMO INTERNACIONAL ONU/PNUD IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Conforme entendimento firmado nesta Corte Superior, os Estados estrangeiros e os organismos internacionais não detêm

imunidade absoluta de jurisdição. Com efeito, o princípio da imunidade jurisdicional absoluta tem sido mitigado, de forma a abranger tão somente os atos de império. Quanto aos atos de gestão, como o debatido na presente hipótese, em que se discutem a existência do vínculo empregatício e o direito a parcelas daí decorrentes, não detém o organismo internacional imunidade de jurisdição (BRASIL. TST. RR n. 113/2004-016-10-00.8. Recorrente: Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura. Unesco. Recorrida: Poliana Gláucia Siqueira, Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data Julg.: 6 set. 2007).

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE ORGANISMO INTERNACIONAL. ONU/PNUD. Os organismos internacionais não detêm imunidade de jurisdição em relação às demandas que envolvam atos de gestão, como na hipótese em que se debate o direito a parcelas decorrentes da relação de trabalho mantida entre as partes. Recurso de Revista conhecido e não provido. (RR 1001/2004-011- 06-00, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 20/06/2008)

RECURSO DE REVISTA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. ONU/PNUD. Os organismos internacionais não detêm imunidade de jurisdição em relação às demandas que envolvem atos de gestão, como na presente hipótese, em que se debate o direito a parcelas decorrentes da relação de trabalho mantida entre as partes. Recurso a que se dá provimento. (RR 387/2003-012-10-00, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DJ 06/06/2008)

RECURSO DE REVISTA. ORGANISMO INTERNACIONAL ONU/PNUD. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Conforme entendimento firmado nesta Corte Superior, os Estados estrangeiros e os organismos internacionais não detêm imunidade absoluta de jurisdição. Na espécie, entender que o Decreto no 27.784/1950 previu a imunidade de jurisdição dos organismos internacionais quanto a suas obrigações trabalhistas implicaria ignorar a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 30678/2002-900-10-00, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 11/04/2008)

RECURSO DE REVISTA. ORGANISMO INTERNACIONAL ONU/PNUD. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Já se encontra pacificada nesta Corte tese segundo a qual os organismos internacionais não gozam de imunidade absoluta de jurisdição no processo de conhecimento no âmbito da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (5ª Turma. RR 794/2004-004-10-00.4. Ministro Relator Emmanoel Pereira. DJ 05/09/2008)

MÉRITO 2.1 - ORGANISMO INTERNACIONAL - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Trata-se de debate acerca da imunidade de jurisdição da Organização das Nações Unidas - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (ONU/PNUD), na hipótese em que é ajuizada lide trabalhista, requerendo o reconhecimento do vínculo de emprego e verbas relacionadas ao contrato de trabalho. Esta Corte tem entendido que os entes de direito público externo não possuem imunidade absoluta de jurisdição. A imunidade de jurisdição dos organismos

internacionais se restringe aos atos de império, dentre os quais não se inclui os relacionados à legislação trabalhista (Brasil - TST - RR- nº148/2004-017-10-00.3, Ministro Relator Vieira de Mello Filho, Data de publicação 11/10/2009).

Todavia, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 16 de fevereiro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, na Seção de Dissídios Individuais 1, mudou o entendimento, sendo a orientação jurisprudencial 416 na qual expôs que:

OJ 416, SDI 1: As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.

A partir de então, com a edição da orientação, o posicionamento foi revisito, passando a ser aplicada a imunidade absoluta dos organismos internacionais:

ORGANISMO INTERNACIONAL. UNESCO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que as organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Processo: AIRR - 216-02.2010.5.10.0003 Data de Julgamento: 11/12/2013, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013)

IMUNIDADE ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. ONU/PNUD. Esta Corte Superior, em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, editou a Orientação Jurisprudencial nº 416 da SBDI-1, no sentido de que as organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional, o que não ocorreu na hipótese. Dessa orientação divergiu o Tribunal Regional, ensejando o provimento do recurso de revista para reconhecer a imunidade absoluta de jurisdição da ONU/PNUD e, por consequência, extinguir o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 92400-61.2007.5.10.0009 Data de Julgamento: 04/12/2013, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013.

ORGANISMO INTERNACIONAL (UNICEF). IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Os Organismos Internacionais são associações disciplinadas por normas escritas;

no caso, pelos Decretos nos 27.784/50 e 59.308/66. A UNICEF é Órgão permanente da ONU e rege-se pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto nº 28, de 14/9/1990 e ratificada pelo Governo brasileiro em 24/9/1990. Uma vez que esses tratados asseguram imunidade absoluta de jurisdição aos Organismos Internacionais regulados por eles, entende esta Corte não ser possível mitigá-los. Desta forma, ao contrário do consignado pelo Tribunal Regional, referido Organismo está amparado pela Constituição, no seu art. 5º, § 2º, bem como pela jurisprudência consolidada nesta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 416 da SBDI-1. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: RR - 31900-40.2009.5.10.0015 Data de Julgamento: 27/11/2013, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/11/2013).

Mister destacar, todavia, que alguns tribunais regionais tem decidido em sentido contrário ao Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA ORGANISMO INTERNACIONAL - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - CAUSA TRABALHISTA - Não se concebe, sobretudo em época atual em que intensificada a prática de atos negociais que vão além do âmbito dos sujeitos de determinado Estado, que organização internacional, mediante convênio, firme contrato de prestação de serviços, beneficie-se da força de trabalho, em território brasileiro e, acionado a defender-se de alegações quanto a inadimplemento de obrigações contratuais, afaste o exercício da jurisdição brasileira, colocando em desamparo o trabalhador, sob a alegação de imunidade, prerrogativa esta que, no panorama internacional, não mais se adota em caráter absoluto, de modo a abarcar os atos de gestão. (TRT da 3.ª Região; Processo: 01141-2008-107-03-00-1 RO; Data de Publicação: 10/05/2010; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Antonio Alvares da Silva)

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. O e. STF relativizou a imunidade jurisdicional dos Estados Estrangeiros, que gozam de soberania internacional - seja por força do direito consuetudinário internacional, seja por força de tratados internacionais -, com base no direito, jurisprudência e doutrina transcendentais de uma noção de imunidade absoluta. A atenuação da imunidade jurisdicional alcançou os Estados estrangeiros, assim como pessoas jurídicas dotadas de soberania, tanto por tradição, como por normas internacionais. Tal caráter flexível também deve nortear os Organismos Internacionais. Admitir a imunidade de jurisdição dos organismos internacionais de forma ampla e irrestrita, albergando suas obrigações trabalhistas, implica ignorar a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Esta violação fica ainda mais nítida quando, a pretexto da imunidade de jurisdição, o processo sequer chega a uma emissão de sentença em sua fase de conhecimento. Precedentes do e. STF e do c. TST. (TRT-1 - PROCESSO: 01667-2005-072-01-00-0 - RTOrd, Recorrente: Michele Bélas Coutinho, Recorrido: União E Organização de Aviação Civil Internacional - OACI, data de publicação: 10/06/2010)

ORGANISMO INTERNACIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO AFASTADA. Aplicação da teoria da imunidade limitada ou restrita, objetivando conciliar

os interesses do Estado estrangeiro e dos Organismos Internacionais com a necessidade de não frustrar as decisões da Justiça Brasileira reconhecedoras do legítimo direito do particular. Recurso da reclamante provido (BRASIL. TRT, Recurso Ordinário n. 00589-2011-021-10-00-3, Recorrente: Lelia Charliane Andrade dos Santos, Recorrido: Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana Ritla. Relator: Des. João Amílcar, Data do Julgamento 11 de abr. 2012).

EMENTA: Relativizar a imunidade de jurisdição conferida a entes públicos estrangeiros e às organizações internacionais, afastando o privilégio quando a atuação é de índole privada, é dar prioridade à administração da justiça, poder fundamental do Estado, que se constitui paraele, no dizer de Bustamante, "... um direito e um dever". (Número do documento: 01660000220055010021 Recurso Ordinário, Data de publicação: 30/05/2012, Órgão julgador: Nona Turma, Relator: Antonio Carlos de Azevedo Rodrigues, DOERJ 30-05-2012)

Neste sentido, apesar da publicação pela Seção de Dissídios Individuais -1, do Tribunal Superior do Trabalho, da Orientação Jurisprudência nº 416, que visa a efetivação da imunidade absoluta de jurisdição no tocante as organizações internacionais, patente que alguns julgados e turmas dos tribunais brasileiros já entendem pela necessidade da relativização da imunidade em debate, caminhando em consonância a prevalência dos direitos fundamentais.

7. PROJETOS DE LEI Nº 245, DE 2011 E Nº 3.276, DE 2012

Tramita na Câmara brasileira dos Deputados um Projeto de Lei de nº. 245, de 2011, o qual foi apresentado em 8 de fevereiro de 2011, pelo Deputado Sandes Júnior.

A iniciativa contém apenas dois concisos artigos sendo que o primeiro visa o não alcance da imunidade de execução em favor de Estado Estrangeiro e de Organismo Internacional quanto se tratar de crédito trabalhista para brasileiros e estrangeiros residentes no país, e o segundo artigo dispõe sobre a vigência.

Apensado a referida proposta tramita também o Projeto de Lei nº 3.276, de 2012, do Deputado Guilherme Mussi, que conta também com apenas dois artigos. O art. 1º dispõe que "os bens móveis ou imóveis, inclusive contas bancárias, pertencentes a Estados estrangeiros ou a organismos internacionais, localizados em território brasileiro, embora protegidos por tratados ou convenções internacionais, são passíveis de execução para a quitação de débitos oriundos de relação de trabalho". O segundo artigo, por sua vez, contém cláusula de vigência idêntica ao do projeto de lei principal.

Referidas propostas, todavia, foram rejeitadas pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, no parecer do Relator Dep. Jair Bolsonaro (PP-RJ) e pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, nos termos do parecer do Relator Dep. Augusto Coutinho (DEM-PE). Todavia, ainda

está pendente o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, mas não há indícios de aprovação.

De acordo com os referidos pareceres a situação do trabalhador que presta serviços para Estados Estrangeiros e Organismos Internacionais é crítica, todavia, deve ser resolvida de forma diplomática entre as nações. Nestes termos, considera, a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, inapropriada a intuição de uma lei interna que pode conflitar “diretamente com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”. Para referida Comissão o mais adequado seria “revisão das regras atinentes à imunidade de execução previstas na Convenção de Viena, por meio de um compromisso internacional a ser negociado pelos signatários dessa Convenção” (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2012).

Apesar da rejeição, importante se mostra a apresentação dos referidos projetos, pois revela que a preocupação com a situação dos trabalhadores que prestam serviço para os Estados ou Organismos Internacionais já está sendo debatida na nossa casa legislativa.

Portanto, reconhecida já se faz a necessidade de adoção de uma imunidade relativa para os organismos internacionais de forma a permitir a satisfação dos créditos de natureza trabalhista, bem como facilitar os meios de execução, até mesmo como modo de cumprimento dos Direitos Humanos, neste caso, relacionados ao trabalho e suas implicações.

8. CONCLUSÃO

A imunidade dos Estados estrangeiros e das organizações internacionais apresentam diferentes extensões e abrangências no cenário jurídico brasileiro, especialmente no tocante à matéria trabalhista.

Conforme se depreende das normas convencionais, os Estados estrangeiros possuem imunidade de jurisdição no tocante aos atos de império, praticados sob o regime de prerrogativas públicas, com atuação institucional, mas não detém imunidade de jurisdição para os atos de gestão, por estarem desvinculados da própria atuação estatal, os quais já podem ser submetidos e apreciados pelo poder Judiciário do outro Estado, no caso, o brasileiro. E, nesse seguimento, mantêm a imunidade de execução. Entretanto, exceção ocorre para os casos oriundos da seara trabalhista, quando não se constata a imunidade de jurisdição, mas sim a imunidade de execução, salvo se o ente internacional renunciar expressamente.

Se há, enfim, competência para processar, também deveria haver para executar a decisão, sob risco de ineficácia do processo do trabalho. De nada adiantaria, portanto, a Justiça do Trabalho poder condenar se não puder executar. Ressalta-se, pois, que, quando um ente de direito público externo contrata um empregado brasileiro ou outro dentro do território brasileiro, em conformidade

com as normas celetistas, despe-se do poder de império para se equiparar a um empregador privado, assumindo os deveres e obrigações no tocante às verbas trabalhistas, com caráter de direito fundamental.

Sendo assim, para os Estados estrangeiros persiste, mesmo após a Emenda Constitucional 45, de 2004, a imunidade de jurisdição relativa ou seja, a imunidade de execução.

Já no tocante às organizações internacionais, tais como ONU, OIT, UNESCO, entre outras, diante da recente orientação jurisprudencial 416, proferida pela Seção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho, salvo se expressamente renunciada, quando amparadas por norma internacional disposta no tratado e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, confere-se imunidade absoluta, mesmo nas ações movidas por empregados brasileiros que prestam serviço no território brasileiro.

Todavia, denota-se que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não vai ao encontro os direitos humanos do trabalhador, para o pagamento de verbas trabalhistas, de caráter alimentar e fundamentais para a sua sobrevivência.

Reconhecida já se faz, enfim, a necessidade de adoção de uma imunidade relativa para os organismos internacionais de forma a permitir a satisfação dos créditos de natureza trabalhista, bem como facilitar os meios de execução, até mesmo como modo de cumprimento dos Direitos Humanos, neste caso, relacionados ao trabalho e suas implicações, com o intuito de possibilitar a existência digna do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei nº 245, de 2011 e nº 3.276, de 2012**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=F04661D01F38EDD80E5016D901224F25.node1?codteor=1010353&filename=Parecer-CREDN-05-07-2012>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 dez 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso 67.544. Recorrente : Elza Jakab, Recorrido: Comitê Internacional para a Migração Européia. Relator Ministro Luiz Galotti. Brasília, 02 de setembro de 1970. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=163672>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região. Recurso Ordinário n. 00589-2011-021-10-00-3. Recorrente: Lelia Charliane Andrade dos Santos. Recorrido: Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana Ritla. Relator: Desembargador João Amílcar. Data do Julgamento 11 de abr. 2012. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em 25 de agosto de 2013

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 1ª Região. Recurso Ordinário Número do documento: 01660000220055010021, Data de publicação: 30/05/2012, Órgão julgador: Nona Turma, Relator: Antonio Carlos de Azevedo Rodrigues, DOERJ 30-05-2012. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região. Recurso Ordinário n. 0114100-51.2008.5.03.0107 RO (01141-2008-107-03-00-1 RO. Recorrentes: 1 - Ibm - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos 2 - Pnud - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento 3 - União Federal (Assistente), Recorrido: Sérgio Luiz Ferreira. Relator: Antonio Álvares da Silva. Data de publicação: Publicação:10/05/2010 Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=15629>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região. Recurso Ordinário n. 0114100-51.2008.5.03.0107 RO (01141-2008-107-03-00-1 RO. Recorrentes: 1 - Ibm - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos 2 - Pnud - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento 3 - União Federal (Assistente), Recorrido: Sérgio Luiz Ferreira. Relator: Antonio Álvares da Silva. Data de publicação: Publicação:10/05/2010 Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=15629>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR- nº148/2004-017-10-00.3, 1ª turma, Data de publicação 14 de outubro de 2009, Ministro Relator Vieira de Mello Filho. Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5674396/recurso-de-revista-rr-148-148-2004-017-10-003/inteiro-teor-11833449>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo n. 113/2004-016-10-00.8. Recorrente: Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura. Unesco. Recorrida: Poliana Gláucia Siqueira, Relatora: Min. Maria Cristina Iriyoyen Peduzzi, Data Julg.: 6 set. 2007. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo RR- nº148/2004-017-10-00.3, 1ª turma, Data de publicação 14 de outubro de 2009, Ministro Relator Vieira de Mello Filho. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: AIRR-216-02.2010.5.10.0003, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: RR-92400-61.2007.5.10.0009, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013, Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: RR-31900-40.2009.5.10.0015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/11/2013, Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso 67.544. Recorrente : Elza Jakab, Recorrido: Comitê Internacional para a Migração Européia. Relator Ministro Luiz Galotti. Brasília, 02 de setembro de 1970. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=163672>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

CAMPOS, Thiago Barroso de Oliveira. **A imunidade jurisdicional trabalhista dos organismos internacionais**. Disponível em <http://www.editorajc.com.br/2013/07/a-imunidade-jurisdicional-trabalhista-dos-organismos-internacionais/>. Acesso em 22 de agosto de 2013.

CASTRO, Fernando Guilhon de; HUBNER, Tamires. **Imunidade absoluta de jurisdição dos organismos internacionais e a violação aos direitos humanos (trabalhistas)**: Comentários à OJ 416 do TST. Revista Meritum. Belo Horizonte, v.8, n.1, p99-141 – jan/jun 2013. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/1782/1153>. Acesso em 22 de agosto de 2013.

CORTES JR., Juarez Cleto. **Direito consuetudinário - Par in parem non habet imperium** – imunidade absoluta ou relativa de jurisdição dos Estados? Aplica-se aos organismos internacionais o mesmo entendimento? Qual o alcance da recém editada OJ 416, da SDI-1, do C. TST? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Goiânia, ano 12, 2012. P. 349-354. Disponível em <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/revista2012-atual-digital1.pdf#page=349>. Acesso em 24 de agosto de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTR, 2013.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público**. São Paulo: LTR, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público: parte geral**. 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. 2008.

NGUYEN, Quoc Dinh, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 9 ed. rev., São Paulo: Saraiva. 2002.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Método, 2008.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2012.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. 5 ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 4 ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SOARES, Guido E. Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; GARCIA, Márcio Pereira Pinto. **Imunidade de jurisdição: evolução e tendências**. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Imunidade soberana: o Estado estrangeiro diante do juiz nacional. (Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, v. 19, p. 13-14). Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol19.pdf>>. Acesso em 24 de agosto de 2013.

WALLBACH, Maria Teresa. **A imunidade de jurisdição e de execução no âmbito do contrato de trabalho**. Disponível em <http://www.uniesp.edu.br/guaruja/site/revista/PDfs/artigo01AImunidadeJurisdicao.pdf>. Acesso em 24 de agosto de 2013.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Direito humano e fundamental ao trabalho**. São Paulo: LTR, 2012.

CAPÍTULO 18

CONSTRUINDO UM CAMPO LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICO PARA ESTABELECEER LIMITES QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS PARA AS DECISÕES JURISDICIONAIS NO ÂMBITO DA JUDICIALIZAÇÃO DO SUS NO BRASIL: POR UMA INTERPRETAÇÃO RENOVADA DO VOCABULÁRIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE SAÚDE PÚBLICA SEGUNDO AS TEORIAS DA JUSTIÇA CONTEMPORÂNEAS

Luís Henrique Vieira Rodrigues¹

1. INTRODUÇÃO

O tema “saúde pública” ocupa a ordem do dia nos cenários federal, estadual e municipal no Brasil. No momento pessoas ganham as ruas (SILVA, 2013, p. 07-13) e a um tempo, cobram do Estado uma atuação que canalize os anseios da população, e reabilitam com isso a ideia de democracia direta. Os manifestantes se mostram ávidos pela construção de sentido do termo democracia mais pelo apelo das ruas do que pelas decisões tomadas na alta administração. Entre outras coisas, demonstram com tal movimento que, apesar dos vários avanços normativos e gerenciais que se somaram ao longo, principalmente, dos últimos 25 anos no âmbito da Saúde Pública no Brasil, hoje se constata universalização eficiente e efetividade de direitos fundamentais ainda como objetivos distantes de concretização.

Com relação à questão que toca a abordagem invariavelmente problemática e presente dos fatores de limitação de eficiência administrativa e organizacional dos órgãos públicos e privados de saúde, vários elementos são indicados na base deste problema, de diversificadas matizes. Eles cingem-se desde a uma cultura organizacional burocrática e patrimonialista do serviço público, até fatores de ordem econômica – como as flutuações salariais que impedem a fixação de médicos no território a longo prazo, gerando rotatividade da mão de obra -, ou mesmo ao modelo de Ensino Superior das Ciências Médicas. Cite-se ainda a complexidade

¹ Advogado, Mestre em Direito Público pela PUC/MG. Possui Extensão em Gestão Pública pela FACE/UFMG e Especialização em Direito Privado pela ANAMAGES. Foi também professor de Direito Privado e Teoria Geral do Processo. Exerce atualmente o cargo de Assessor da Secretaria de Saúde de Nova Lima/MG, onde foi Procurador-Geral e Secretário de Administração.

dos arranjos e pactuações interinstitucionais entre os entes federativos na estrutura federalista brasileira.

A partir do novo regramento dado pela CF/88 à política de saúde, sobretudo com o inédito capítulo sobre o novo sistema de Saúde Pública, o SUS, de modo frequente, cria normas e programas diariamente com o objetivo de incluir o usuário e se lhe assegurar segurança e eficácia no tratamento. A despeito destas inovações, que serão objeto de análise a seguir, observamos na última década o surgimento de um fenômeno que hoje interage com a Administração Pública, qual seja a judicialização de políticas públicas. A partir de um precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal do ano de 2004 (BRASIL, STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, 2004), hoje o controle dos aspectos vinculados do mérito do ato administrativo é admitido e sustentado, evidenciando uma revisão da jurisprudência e doutrina até então assentadas sobre a clássica teoria da separação e independência dos poderes, tanto como para Montesquieu (MONTESQUIEU, 1997, p. 80), bem como para a ideia do direito anglo-saxônico do *checks and balances*.

Abordar os efeitos da judicialização das políticas públicas no âmbito do SUS, exemplificados, sobretudo, com vistas a interação deste fenômeno tanto no âmbito da Administração Pública (considerando o interesse público primário e secundário) bem como a preservação da integridade e coerência sistêmica (ou interna) do Direito, são objetivos deste artigo.

Para procedermos a este objetivo, analisaremos a conformação do regime jurídico-administrativo à legislação do SUS, com o objetivo de investigar se a fundamentação da formulação, planejamento e execução das respectivas políticas públicas opera no campo dos subprincípios da equidade e das características epidemiológicas, estabelecendo uma correlação com aquilo que Muller denomina de ambiente normativo (MULLER, 2008, p. 194). Assim, para tratarmos da judicialização das políticas de saúde, adotaremos uma análise transdisciplinar entre Direito e Saúde Pública, valendo-nos da contribuição de teorias contemporâneas da Justiça mais aptas em nossa avaliação à elucidar os entraves e indicar possibilidades de formulação resolutiva do decisionismo no campo de políticas públicas. No âmbito das teorias da Justiça, serão consideradas aquelas que apelam para a natureza eminentemente discursiva do fenômeno de produção da norma, aí considerada como tal, inclusive as políticas públicas.

Neste sentido, o Pragmatismo Filosófico, será utilizado para salientar a necessidade de uma integração dialógica entre os vários atores que se somam para a existência da operação do sistema de saúde. Preconizando-se a adoção de práticas discursivas através de pactuações institucionais que horizontalizam o âmbito das relações institucionais, sustentamos que estas práticas substituam a adoção verticalizada, irreflexiva e os efeitos reversos muitas vezes percebidos através da adoção da judicialização de políticas públicas de saúde, quando vista

exclusivamente como instrumento de concretização de direitos individuais, sem poder de alcance sob o aspecto geracional. Na obra “A resposta correta – Incurções jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça”, Álvaro Ricardo de Souza Cruz estabelece uma importante reflexão sobre a necessidade de articulação entre o Direito e o Pragmatismo Filosófico no plano do processo de interpretação e aplicação do texto legal, como verificamos a seguir:

No jogo da linguagem jurídica, o pensar pragmatista tem recheado grande parte das teorias da Justiça contemporâneas, todas elas falando em uma hermenêutica concretista, isto, é, que a formação do sentido das normas somente se produz diante das circunstâncias relevantes do caso concreto. Nesse sentido, surgem como bons exemplos, a *metódica estruturante* de Friedrich Muller, o *Direito como integridade* de Ronald Dworkin e a *teoria da argumentação* de Robert Alexy. (CRUZ, 2011, p. 90).

Neste sentido, sem desconsiderar a cogência do princípio da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV da CF/88), procuraremos estabelecer limites à cognição jurisdicional, sobretudo em vista do mandamento do *due process of law* (Art. 5º, LIV da CF/88), salientando como a natureza da legislação e da estrutura do SUS, recomendam que as tutelas jurisdicionais emanadas neste contexto considerem esta realidade a fim de se evitarem novos entraves administrativos, legais e judiciais, deflagrados justamente por este decisionismo.

Ao fim, objetivamos elucidar no campo discursivo tanto os entraves oriundos da judicialização (vista conforme as decisões transcritas a seguir, não como instrumento de promoção do planejamento e eficiência, e sim pelo imediatismo das soluções episódicas), bem como fundamentos teóricos e medidas jurídico-administrativas aptas a otimizar eficiência do sistema de saúde.

2. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SUA CONFORMAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Contextualizar o regramento normativo das políticas públicas de saúde no âmbito do regime jurídico administrativo é tarefa basilar na missão de compreender os entraves que podem advir de um modelo de interpretação e aplicação do texto legal descuradas da realidade fática e institucional. Assim, não nos ocuparemos de uma revisão histórica da evolução dos processos de positivação de direitos, mas da indicação de eventuais impasses trazidos com o fenômeno acima citado. Destacamos, contudo neste contexto, a importância quanto a investigação de possíveis efeitos indesejados, sobretudo no plano do princípio da proibição do retrocesso social, que se apresenta como limite aos gestores quanto a extinção de direitos já preconizados pelo sistema normativo e assegurados à

população, pelo que sua incorporação (e por corolário, das políticas públicas de saúde) é sustentada. Bandeira de Mello concebe a função administrativa sob a ótica da Administração Pública, como atuação cuja esfera de competência está previamente definida pela letra da lei. Segundo o autor:

Quem exerce ‘função administrativa’ está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu representante terá de ser exercido. (MELLO, 2009, página 71).

Neste contexto, temos que a Administração Pública é regida por princípios positivados através do Art. 37 da CF/88. O traço de distinção do regime jurídico administrativo consiste no fato de que, enquanto o particular pode fazer tudo que a lei não lhe proíba, o agente administrativo (seja gestor ou servidor público) apenas pode atuar segundo as condutas previamente delimitadas pela lei. Assim, os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, e eficiência, logo, são mandamentos que orientam a atuação do agente público em seu âmbito de atuação.

No caso do planejamento e gestão das políticas públicas de saúde a questão adquire contornos especiais, considerando que o regime jurídico administrativo é conformado pela principiologia específica do SUS. Assim, os vários princípios positivados na Lei federal nº 8.080/90 características epidemiológicas, equidade, estrutura organizacional do serviço local, universalidade, integração, integralidade, descentralização, informação, publicidade, razoabilidade), estabelecem uma particularidade quanto à formulação, planejamento e execução de políticas de Saúde Pública. Neste aspecto, salientar a importância destes princípios é fundamental para que os mesmos sejam observados na formulação e operacionalização destas políticas. Neste sentido, a ideia que aponta para a importância das características epidemiológicas, adquire relevada importância, considerando que remete aos fundamentos para a concepção destas políticas segundo a realidade local. Deste modo, ao considerar a natureza das coisas a organização do serviço de saúde torna-se mais apta a tornar o atendimento aos usuários mais efetivo, pois parte do pressuposto que as políticas públicas, no contexto da reunião dos insumos e recursos humanos, estão orientadas segundo as características epidemiológicas da região.

Sob o aspecto da equidade, sua vinculação ao caso concreto, é importante para assegurar que as peculiaridades tanto das demandas dos usuários, bem como a capacidade operacional do sistema assistencial, serão variáveis contabilizadas no processo de tomada de decisão público-administrativa, pelos respectivos setores responsáveis pelo controle e avaliação do processo regulatório, por exemplo, da

oferta de leitos ambulatoriais. Neste tocante, questão que se coloca é a natureza jurídica do direito à saúde, pois seria possível considerá-lo um direito processual na acepção clássica (público, subjetivo, autônomo e abstrato) considerando que o acesso ao atendimento está jungido à uma análise do caso concreto no âmbito de políticas públicas? Será que ao remetermos este acesso ao contexto destas políticas públicas, arranjos institucionais e pactuações interfederativas, não reputamos para este fim o direito à saúde como um direito difuso, e como tal concebido no âmbito processual (legitimidade para o processo) e econômico (caráter universal do orçamento *versus* reserva do possível)?

Retomaremos esta análise a seguir, e por ora insta aduzir que a adoção isolada de programas e técnicas gerenciais se mostram inaptas, a fim de atribuir maior grau de resolutividade ao sistema no anseio pela concretização da universalidade e integralidade positivada através do caput do artigo 196 da CF/88.

Neste contexto, a adoção de procedimentos mais inclusivos e eficientes na perspectiva de uma construção dialógica, inclusive com outras esferas de poder, permite integrar os vários agentes envolvidos no processo de construção das liberdades públicas na esfera dos direitos fundamentais, no caso, o direito à saúde, pelo que esta integração é sustentada. No que pertine a tentativa de superar o déficit de eficiência do SUS através do Poder Judiciário, a remanescer a visão atual sobre a inexistência de limites para as decisões tomadas no âmbito da judicialização no âmbito do SUS, uma série de entraves surge diariamente para tornarem ainda mais distantes as possibilidades de gestão efetiva e eficiente de políticas públicas, pelo que passaremos a analisá-las a seguir.

3. A ARMADILHA DA JUDICIALIZAÇÃO QUANDO LIMITADA À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS, VISTA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DO ATO PERFORMATIVO DE DWORKIN: O ELENCO MULTIDISCIPLINAR DE ENTRAVES DEFLAGRADOS QUE REDUZEM A EFICIÊNCIA DO SISTEMA E A DEFESA POR UM ALCANCE INTER-GERACIONAL DA APLICAÇÃO DO TEXTO LEGAL

Segundo precedentes do STF (RE 19.592/RS, Rel. Min. Marco Aurélio; BRASIL, AgR STA 175, Min. Gilmar Mendes, 2010), atualmente a jurisprudência admite a judicialização de políticas públicas no âmbito da Saúde Pública para a concretização de direitos individuais. Em que pese a otimização do acesso e efetividade de direitos fundamentais que propicia, conforme depreende-se das decisões mencionadas, tal entendimento descarta de uma série de circunstâncias deflagradas pelo próprio ato, gerando entraves que podem ser considerados, *mutatis mutandis*, efeitos colaterais oriundos do remédio que se objetiva utilizar, o que Dworkin denomina “ato performativo” (DWORKIN, 2007, p. 413). A título

de exemplificação, passamos à análise dos exemplos citados a seguir, sustentando um alcance da aplicação do texto legal que tenha alcance intergeracional.

3.1. Inobservância da Portaria nº 533/12 do Ministério da Saúde/ RENAME: impactos na estrutura das políticas públicas do SUS

Qual natureza jurídica do ato que concretiza o comando normativo da lista de medicamentos aptos à dispensação para usuários do SUS? Conforme a doutrina clássica do Direito Administrativo, podemos classificar os atos administrativos em vinculados e discricionários, ainda que hoje a doutrina estabeleça outros critérios para esta categorização (BINENBOLJM, 2008, p.24). Neste sentido, compreendemos os atos vinculados como aqueles cuja forma é pré-estabelecida pela lei, inexistindo liberalidade para definição dos contornos de sua forma, bem como para o conteúdo do mérito dos referidos atos. Já no âmbito dos atos discricionários, concebemos estes como regidos por um juízo de conveniência e oportunidade no que toca o processo de tomada de decisão jurídico-administrativo.

No âmbito do SUS, a Portaria 533/12 do Ministério da Saúde, que estabelece a Relação Nacional de Medicamentos//RENAME, estabelece através do respectivo ato normativo, a lista de medicamentos disponíveis à dispensação para os usuários. Assim, considerando que esta lista deriva de ato administrativo da União Federal em sentido estrito, consideramos que sua observância possui caráter vinculante. Logo, exsurge a questão: qual a natureza jurídica do ato administrativo emanado no contexto de observância e aplicação da RENAME? Seria um ato vinculado? Em caso afirmativo, neste contexto, percebemos um primeiro efeito colateral deflagrador daquilo que Luhmann (LUHMANN, 2009, p.81) denomina “corrupção sistêmica”: neste exemplo, a colonização das políticas públicas do SUS pelo decisionismo do sistema Judiciário, produzindo decisões *contra legem*, no âmbito infra (Lei do SUS, RENAME) e constitucional (Art. 5º, LIV, devido processo legal). Assim, verificamos a inobservância da política pública estruturada a partir das características epidemiológicas locais, contrariando a realidade institucional do serviço público de saúde.

Segundo a legislação do SUS as políticas públicas neste contexto devem estruturar-se segundo as características epidemiológicas locais, bem como na realidade institucional do serviço público de saúde. Neste sentido, indaga-se se uma decisão que desconsidera tais características, não privaria uma quantidade inúmerável de usuários detentores de moléstia de maior gravidade.

3.2. Inobservância da quebra da universalidade em prol da singularidade: reflexos jurídicos e processuais

Quem deve aferir a equidade clínica, o médico ou o juiz? Quem deve formular o juízo de prioridade das atividades do SUS, o médico ou o juiz? Ao operar

eventualmente a restrição de direitos em vista do exaurimento financeiro, estar-se-ia diante da vedação imposta pelo princípio da proibição do retrocesso social? Diante de um possível exaurimento da dotação orçamentária em virtude de uma decisão judicial apta a consumir todos os recursos financeiros para o seu cumprimento, possivelmente programas e políticas públicas seriam passíveis de sofrerem descon-tinuidade. Logo, sustentamos que o princípio da vedação do retrocesso social, seja necessariamente incorporado ao enunciado normativo, a fim de modular as deci-sões judiciais e dos Tribunais, emanadas no âmbito da Saúde Pública.

Assim, ainda que as decisões emanadas contra a fazenda Pública no âmbito da saúde estão jungidas ao rito de prévia oportunização de ampla defesa e con-traditório, inclusive como requisito de validade da própria tutela de urgência, observa-se em muitos casos a inobservância deste comando. Segundo as Leis fe-derais nº 9.494/97 e nº 8.437/92, as tutelas de urgência como liminares e medidas cautelares estão jungidas à situações específicas de defesas de direitos naquilo que não couber a utilização de mandado de segurança. Considerando que tais deci-sões criam entraves consideráveis na própria estrutura de Recursos Humanos, na dinâmica dos processos de trabalho e na própria organização do sistema de saúde, é que a necessária oitiva prévia da Fazenda Pública deve ser observada e respeitada, a fim de evitarem-se efeitos reversos de impacto coletivo em detrimen-to do cumprimento de mandos judiciais de caráter individual.

3.3. Inobservância do princípio da Lei de Responsabilidade Fiscal: reflexos na anualidade orçamentária e planejamento com vistas à metas e resultados

Sob o aspecto da anualidade orçamentária, temos que as leis que compõe o rol normativo derivado do comando da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) (PPAG, LDO, LOA), tem o objetivo de atribuir ao processo de formula-ção, planejamento e execução de políticas públicas, elevado grau de compatibilida-de entre os programas e às respectivas fontes de custeio inclusive sob o aspecto dos cronogramas financeiros, bem como transparência e participação popular.

Neste sentido, indaga-se a judicialização do SUS, ao canalizar para 1 (um) usuário um montante de recursos *a priori* destinados à toda cadeia de potenciais usuários (a coletividade), não contrariaria esta legislação de regência, gerando inclusive a assunção de despesas inconstitucionais (Art 165 e parágrafos CF/88), deflagrando efeitos jurídicos antijurídicos para o respectivo ente institucional? Ainda, destacamos eventual ofensa à Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) em vista da frustração da observância do princípio do economicidade, visto no Art. 3º., ao não permitir que tais aquisições fracionadas ocorram no âmbito da vantagio-sidade oriunda da aquisição em escala, que possibilita um decréscimo do valor unitário dos bens e serviços, considerando o montante global adquirido. São as

próprias *astreints*, na condição de multas diárias por descumprimento ou atraso no adimplemento das ordens judiciais, que obstam a observância deste preceito.

Outro ponto da Lei de Licitações por vezes inobservado, é o artigo 15, I que limita a compra por indicação da marca exclusivamente para fins de padronização, o que muitas vezes não ocorre com compras públicas fundadas em decisões judiciais que determinam a aquisição de medicamentos e que muitas vezes se limitam a transcrever o receituário de médicos da rede privada, descurando-se da vedação legal de direcionamento das aquisições segundo marcas e fornecedores.

3.4. Inobservância da Lei federal nº 12.401/11: reflexos mercadológicos e tecnológicos

De acordo com a Lei federal nº 12.401/11 que dispõe sobre a incorporação de tecnologias para fins de comercialização no âmbito do SUS de medicamentos e procedimentos médicos, verificamos que esta incorporação deve obedecer às exigências científicas definidas no referido ato normativo. Desta forma, indaga-se se decisões que não observam o disposto na referida legislação, não estariam aptas a ensejar efeitos reversos em vista de uma possível fragilidade no grau de acurácia e resolutividade dos medicamentos ministrados.

Isto porque a finalidade do Conitec é chancelar sob o ponto de vista científico os medicamentos e procedimentos clínicos, a fim de que sua utilização seja compatibilizada com critérios de acurácia e resolutividade, como dito. Em um mercado econômico desregulado, os danos oriundos aos usuários, no contexto de disputas concorrenciais, muitas vezes deflagradoras de variações para cima ou para baixo nos preços, bem como de disponibilização inoportuna de tecnologias ainda não chanceladas, pode comprometer a qualidade de saúde dos usuários, como em regra se observam as disputas no mercado de patentes médicas.

3.5. Inobservância dos parâmetros estabelecidos pela ADPF 45: controle do mérito administrativo estabelecido em desacordo com a reserva do possível

Considerando que a ADPF 45 (BRASIL. STF, ADPF 45. Min. Celso de Mello, 2004) estabeleceu critérios para o controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, sobretudo naquilo que recomenda que tal controle cinja-se à uma análise vestibular do impacto orçamentário de tal controle no âmbito da execução de políticas públicas, indaga-se se decisões que extrapolam tais parâmetros não seriam passíveis de controle pela Reclamatória (EC 45/2004) diretamente junto ao STF. Isto porque, tais decisões ao não exaurirem o rol de procedimentos declinados segundo a ADPF mencionada, contrariam o devido

processo legal, pois os aspectos e impactos jurídico-administrativos, econômicos, financeiros, orçamentários, clínicos e tecnológicos deveriam ser contabilizados para fins do processo de interpretação e aplicação da letra do Art. 165 da CF/88, no contexto daquilo que dispõe o Art. 93, IX também da Carta Magna brasileira vigente. Por fim, devemos também considerar os impactos disciplinares no âmbito da esfera de direitos dos profissionais de saúde que cumprem tais decisões. Indaga-se se haveria responsabilização administrativa imputada aos profissionais de saúde pela liberação de prontuários médicos por força de ordem judicial?

A concessão de liminar para liberação dos prontuários médicos, em contrariedade ao que dispõe a legislação disciplinar do Conselho Federal de Medicina, tem aptidão para elidir a antijuridicidade da conduta, a fim de impedir a imputação de culpa nos termos do Código Penal Brasileiro e do Decreto-Lei nº 200/67; Estes questionamentos ainda remanescem como entraves deflagrados por ordens judiciais, pelo que sustentamos que as entidades de classe figurem como litisconsortes necessários nas respectivas ações judiciais.

4. INVESTIGANDO O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DE DIREITOS NO ÂMBITO DO SUS PELA ÓTICA DAS TEORIAS DO DIREITO E DO DISCURSO: CONTRIBUIÇÕES DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO PARA ANÁLISE DO PROBLEMA

Vimos anteriormente a série de entraves que podem ser deflagrados pelo fenômeno da judicialização do SUS, e que possivelmente se somarão aos fatores responsáveis pela inefetividade de políticas públicas. Tratemos por ora de analisar o problema pela ótica que toca aos métodos de interpretação e aplicação do texto legal, sustentando uma aproximação entre as teorias do direito (Hermenêutica Concretista) e do discurso (Pragmatismo Filosófico).

Em que pese os vários mecanismos adotados atualmente pelo Estado brasileiro a fim de alcançar mais eficiência e efetividade na gestão do SUS, sustentamos que as possibilidades de solução cingem-se à uma atuação integrada em vista das várias componentes que somadas dão forma e corpo ao problema da efetividade. Além de políticas públicas cunhadas sob a égide das características epidemiológicas e estrutura do serviço público dado, uma reformulação no plano regulatório deve também ser considerada. Sem prejuízo da fiscalização eficiente e qualidade em uma maior oferta e em um movimento de interiorização do Ensino Superior da Medicina no país.

Assim, utilizaremos as teorias da Justiça contemporâneas (MULLER, 2008, p. 192; DWORKIN, 2010, P. 53) que possuem em comum uma hermenêutica concretista, a fim de demonstrar como a incorporação do Pragmatismo Filosófico (JAMES, 2006, p. 53) (RORTY, 2005, P. 17) por parte destas teorias pode

subsidiar a compreensão do fenômeno da judicialização no que pertine o estabelecimento de limites qualitativos e quantitativos das decisões judiciais.

Neste sentido, na perspectiva da virada linguístico-pragmática (WITTGENSTEIN, 1997, 56), temos que no processo de construção do significado do termo, observamos que o produto desta interpretação tem como elemento constitutivo o seu uso social ou intencionalidade, de modo que este processo não se reduz aos processos de conhecer e descrever elementos no mundo da vida, como concebido por muito tempo da tradição judaico-cristã do Ocidente medieval e moderno (DESCARTES, 1997; KANT, 1997).

Assim, esta nova orientação impulsionada pelo Pragmatismo descarta a possibilidade de conceber-se a verdade como essência, equivalência ou propriedade imanente à coisa mesma. Para o Direito, esta contribuição convida à reformulação das bases teóricas do sistema jurídico, pois lança novas luzes para o estudo da decisão judicial, que passa a ser concebida como um produto e nunca um dado pré-concebido do processo.

James e Dewey podem ser considerados pensadores originários desta tradição, ao trabalharem a ideia de intencionalidade não como produto da consciência, mas como instrumento de construção coletiva de práticas e usos capazes de construir seus sentidos no âmbito da discursividade com vistas à intervenção no real. Segundo Pedro Salem ao tratar das contribuições de Dewey adverte:

Para Dewey, corpo e mente fazem parte de uma mesma manifestação natural. São duas expressões fenomênicas da relação do indivíduo com o mundo que, contrariamente ao que propunha Descartes, não refletem substâncias distintas. (SALEM, 2012, p. 27-28).

Sustentamos que esta desconstrução do conceito de verdade deve ser estendida ao Direito, na medida em que práticas discursivas são mais aptas a construir uma jurisdição democrática. Hoje algumas vistas no presente estudo evidenciam que a concepção de Jurisdição no âmbito do método de aplicação do texto legal está mais inclinada para manifestação do poder estatal de coerção do que como escopo de atuação dos direitos fundamentais, sobretudo aos vinculados ao processo e ao direito de ação, como por exemplo o devido processo legal. Vertendo a questão para a sistemática processual brasileira, temos que o novo texto constitucional refundou a lógica processual ao constitucionalizar (institucionalizar/procedimentalizar) categorias jurídicas como elementos nucleares no campo do processo civil. Esta nova estrutura normativa não apenas criou caminho para a integração dos cânones do Direito Processual à nova Constituição, mas adequou os institutos do processo à nova sistemática.

Nesta perspectiva, a contribuição de James se torna oportuna, na medida em que situa a tarefa de interpretar e aplicar o texto legal no âmbito da realidade na qual o intérprete se insere e que portanto dar-se-á esta compreensão, *verbis*:

Se, porém, seguimos o método pragmático, não nos podemos limitar a nenhuma dessas palavras como definitivas. Tem-se de extrair de cada palavra o seu valor de compra prático, pô-lo a trabalhar dentro da corrente de nossa experiência. Desdobra-se, então, menos como uma solução do que como um programa para mais trabalho, e mais particularmente como uma indicação dos caminhos pelos quais as realidades existentes podem ser modificadas. As teorias, assim, tornam-se instrumentos, e não respostas aos enigmas, sobre as quais podemos descansar. [...] Não tem dogmas nem doutrinas, salvo seu método. (JAMES, 2006, p. 17).

Esta abordagem toca o Direito de forma direta, pois na atualidade os *déficits* de legitimidade e efetividade tanto na produção como na aplicação do texto legal, ocupam a ordem do dia nos debates do pensamento jurídico. Acreditamos que a investigação do processo de interpretação e aplicação do texto legal do SUS, nos permite identificar os respectivos efeitos. Estes efeitos demonstram como os entraves percebidos por uma concepção do Direito Processual descurada da realidade institucional recomendam uma (re)descrição deste processo de interpretação e aplicação legais a partir de uma Hermenêutica Constitucional segundo as contribuições da teoria da linguagem, reformulando-se com isso os olhares sobre os institutos basilares do Direito Processual, como jurisdição, processo e ação.

4.1. Jurisdição democrática e efetividade jurisdicional como vocabulários do campo linguístico pragmático da Constituição de 1988

Esta redescrição adquire relevo na atualidade, pois parcela considerável do déficit de operação da jurisdição brasileira reside em sua inaptidão quanto à prestação de um serviço eficiente e democrático na sociedade de massa. Nesta sociedade, se por um lado a internet permite a integração global dos indivíduos, por outro algumas instituições continuam a operar na lógica verticalizada e hermetica de códigos singulares, assim como o do Direito, que com sua especificidade técnica (cuja cientificidade e defesa da tecnicidade exacerbada), por vezes compromete a realização do direito no campo nos princípios constitucionais, ao negar eficácia ao princípio da instrumentalidade do processo, concebido como instrumento de transformação cujos efeitos têm alcance intergeracional.

Assim, no plano dos direitos fundamentais, observamos que o seu papel de centralidade foi irradiado também na perspectiva da processualidade, seja no aspecto do jurisdicionado, seja no da jurisdição. A ideia de jurisdição democrática visa a horizontalizar a relação entre o juízo (juiz/administradores e serventários da justiça), Ministério Público, defensores públicos e advogados, a fim de garantir a concretização do devido processo legal, bem como assegurar que à ampla defesa e ao contraditório sejam atribuídos conteúdos materiais, segundo uma decisão no campo da fundamentação racional das decisões (Art. 93, IX) com

bases nas provas nos autos produzidas através de todos os meios inerentes ao caso. Por estas razões sustentamos uma Hermenêutica concretista que a um tempo preserve a integridade sistêmica do SUS e que projete para o futuro a correção das omissões e déficits de efetividade, respeitada a realidade atual no âmbito dos direitos e demandas já assegurados aos usuários do sistema.

4.2 Constituição de 1988 e a judicialização do SUS: o papel da hermenêutica concretista como mecanismo de definição dos limites qualitativos e quantitativos da judicialização de políticas públicas de Saúde Pública

Para renovar este olhar sobre o processo de interpretação e aplicação das normas processuais em cotejo com a legislação do SUS, propomos um novo modelo de aplicação, que considere inadequada pelos efeitos colaterais subjacentes que deflagram, as decisões tomadas no âmbito da defesa de usuários reivindicado direitos subjetivos. Em outro ângulo, sustenta-se a judicialização em uma acepção de alcance coletivo e, sobretudo, sob o aspecto geracional, assegurando através de um exercício de prognose futura, os ajustes das políticas públicas às características epidemiológicas e estrutura jurídico-administrativa dos serviços de saúde postos, sem prejuízo da execução do planejamento e programação financeira em curso quando da concessão de eventuais decisões.

Assim, optamos por sustentar inclusive a definição de legitimados para tanto, considerando todos aqueles que o puderem fazer sob o plano da defesa da saúde como um direito fundamental, mas modulado sob o plano da legislação para o aspecto de direito difuso. Logo compreendemos como legitimados as instituições e poderes que puderem fazê-lo assegurando tal direito no âmbito de programas universais ou universalizáveis, ponto inclusive de possível alcance do processo de judicialização que sustentamos: a universalização de políticas públicas e a proibição do retrocesso, com a cobertura integral da assistência à saúde, em todos os seus níveis de atenção e complexidade.

Assim, ainda que identifiquemos um novo olhar para o processo, que foi constitucionalizado, mas remanesce distante de uma hermenêutica concretista e aberta às contribuições do pragmatismo filosófico, é que sustentamos a adoção de uma interpretação renovada do jurídico-administrativo de Saúde Pública.

Segundo as contribuições da teoria neoinstitucionalista do processo conforme a obra “Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos”, do Prof. Rosemiro Pereira Leal.

Na teoria neoinstitucionalista, o processo devido como devido processo (direito a *admir*) é institucionalizante do sistema jurídico por uma principiologia autodiscursiva (contraditório, isonomia e ampla defesa) fundante de uma procedimentalidade a ser adotada como hermenêutica de legitimação auto includente dos

destinatários normativos líquidos, certos e exigíveis já assegurados no discurso constituinte da constitucionalidade. (LEAL, 2012, p. 238).

A interpretação renovada que ora sustentamos, não deve residir exclusivamente no texto, alcançando-se a norma como produto que deflue de forma autoevidente como expressão de um silogismo metafísico do texto legal. Uma interpretação alternativa a ser extraída do texto constitucional decorre de sua construção a partir de um trabalho de redefinição de sentido do processo de interpretação e aplicação do direito, sobretudo com a desconstrução e descarte de velhos conceitos que sustentaram a velha ordem até aqui, exemplificadas através das ideias de uma jurisdição que se justifique pura e simplesmente como manifestação do Estado pela legitimação da violência e arbítrio.

Defendemos a adoção de um escopo que sustente a necessidade da substituição do poder de império pela testabilidade do discurso jurídico e sua adequação não ao direito, mas sobretudo ao devido processo legal segundo as provas produzidas no contexto do caso concreto. Neste aspecto, cumpre destacar o papel da virada linguístico-pragmática, que pode ser conceituada como movimento que se ocupou em (re)assentar em bases críticas e discursivas o processo de produção e aplicação do conhecimento humano. Este movimento pode ser indicado sobremaneira no âmbito das Ciências Sociais aplicadas; sobretudo no Direito, ao sugerir que a construção de sentido da norma considere seus aspectos pretéritos e futuros quanto à produção de efeitos.

Assim sustento a produção da norma no âmbito discursivo, ou seja, considerando o Pragmatismo Linguístico como uso intencionalmente orientado para a construção de sentido vocacionado pela atribuição de alcance intergeracional da concretização de direitos no âmbito da Saúde Pública no Brasil.

5. CONCLUSÃO

Ao contrário do que se possa imaginar em uma primeira imagem, longe de aumentar os efeitos do texto legal do SUS, hoje percebemos que o fenômeno da judicialização, tal qual concebido atualmente, em alguns casos minora a eficiência do sistema ao deflagrar uma série de entraves, que se somam aos problemas históricos e estruturais da Saúde Pública brasileira.

Assim, alcançar a efetividade do texto legal e com isso aumentar os efeitos da lei, com a concretização e ampliação dos efeitos de seus resultados, é hoje um desafio cujas possibilidades de êxito de enfrentamento ainda que não se limitem à esfera do âmbito de aplicação do Direito, podem através deste processo ser investigado. Logo, este exercício deve considerar para a atribuição de significado para o princípio da legalidade, o que Muller (2008, p. 92) denomina âmbito da norma, a par da realidade social, econômica, política e cultural, mas,

sobretudo, a realidade institucional em que atua o agente. Assim, a principio-logia do SUS recomenda especial atenção às características epidemiológicas e realidade institucional no que tange os processos gerenciais que abrangem a gestão de processos e pessoas.

A presente investigação teve como objetivo inicial demonstrar que o fenômeno conhecido como “judicialização do SUS” caso não se estabeleça segundo princípios do direito e do discurso, pode gerar entraves adicionais que se somarão àqueles a que visa combater. Com isso, a própria judicialização nestes termos se apresentaria como mais um fator de limitação da eficiência organizacional do sistema de Saúde Pública no Brasil. Vimos que a questão atinente à eficiência das políticas públicas em saúde, cinge-se à uma reunião de fatores. Portanto, na mesma linha de raciocínio, as possibilidades de ações resolutivas da mesma forma precisam atacar todas as variáveis que habitam o cerne do problema.

Nesta perspectiva, o objetivo preliminar não consistiu em indicar a adoção de ações ou programas na área de saúde, mas defender uma integração dos vários elementos que somados podem contribuir para a elevação da capacidade administrativa com vistas a eficiência. Para esta finalidade, o recorte adotado foi a judicialização das políticas públicas do SUS, vista sob a crítica da Hermenêutica Concretista, considerando as contribuições do Pragmatismo Filosófico para as teorias da Justiça contemporâneas.

Considerando que a experiência jurídica é sempre um instrumento, nunca um fim em si mesmo de modo que devemos considerar que o processo de sua interpretação e aplicação se opera no âmbito da linguagem. Reconhecer esta característica impõe redescrever os conceitos através da renovação do processo de construção, que ainda se prendem ao passado em que pese o sistema ter dado passo importante sobre o aspecto dos signos jurídicos com o novo texto constitucional. Neste novo cenário, a aplicação do direito no âmbito da jurisdição, notadamente como ocorre com a judicialização do SUS, conforme a necessidade de fundamentação das decisões conforme Art. 93, IX da CF/88 precisa ser articulada às contribuições do Pragmatismo Filosófico, notadamente quanto à sua aptidão para a adoção de uma Hermenêutica concretista.

Assim, para o escopo da presente análise, uma interpretação renovada aponta uma nova gramática constitucional, como fundamento para a construção de sentido do texto, mas também para atualizar a compreensão do sistema de justiça pela ótica da linguagem. O trecho citado por Dworkin (2007, 413), em que pesem as críticas registradas ao pragmatismo filosófico, permite-nos identificar os propósitos de Rorty (2005, p. 17) ao sugerir a adoção de novos vocabulários, para o qual “são instrumentos de mudança”.

Para os fins da presente investigação, é a aplicação do direito conforme as peculiaridades do caso concreto, que permitirá uma articulação entre o processo e a linguagem, concebendo o devido processo como um fenômeno de junção da

realidade processual e da linguagem jurídica. No âmbito da interpretação e aplicação do texto legal do SUS, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser assegurado, de modo a compatibilizar em sua aplicação também aos comandos a que o princípio do devido processo legal remete no âmbito desta aplicação no contexto do SUS. Assim, a análise da legislação, da realidade institucional, do orçamento e dos programas de saúde precisam ser contabilizadas no processo de tomada de decisão. As possibilidades de construção de uma jurisdição eficiente e democrática, que reconheça direitos e assegure garantias está muito mais vinculada à capacidade dos sujeitos processuais utilizarem-na como escopo substantivo do direito, segundo o direito de ação declinado e as provas produzidas no processo, do que como manifestação do Estado como elemento que substitui a vontade das partes e de forma heterônoma se lhes impõe coercitivamente a decisão.

São por estas razões que o esforço de renovar o vocabulário jurisdicional brasileiro torna-se missão importante para que a presença imprescindível do Art. 93, IX da CF/88 seja sinônimo de uma jurisdição horizontalizada e aberta à discursividade dos sujeitos do processo, como instrumento de acesso e realização de justiça de forma universal e democrática, pelo que sustentamos a aptidão das tutelas jurisdicionais emanadas no âmbito da concretização da saúde como direito difuso, sob a dimensão intergeracional.

REFERÊNCIAS

BINENBOLJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDOM, Robert. B. **Tales of mighty dead**: historical essays in the metaphysics of intentionality. London: Harvard University Press, 2002.

BRANDOM, Robert. **Making it explicit**: reasoning, representing, and discursive commitment. London: Harvard United Press, 1998.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 fev. 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 maio 2000.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 jul. 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 dez. 1997.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 533, de 28 de março de 2012. Estabelece o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 533, de 28 de março de 2012. Estabelece o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2012.

BRASIL. STF. RE 19.592/RS, Rel. Min. Marco Aurélio;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Min. Celso de Mello, Julgado em 29/04/04. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR STA 175. Min. Gilmar Mendes, Julgado em 17/03/10. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2010.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

COSTA, Jurandir Freire. **O ponto de vista do outro: figuras da ética na ficção de Graham Greene e Philip K. Dick**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: incursões filosóficas e jurídicas sobre as teorias da justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DESCARTES, René. **Descartes**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELPÍDIO, Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, Arthur A. L. Willian James: pragmatismo e psicologia. In: Duetto Editorial: São Paulo. **Mente, Cérebro e Filosofia. James, Dewey, Rorty e Davidson: a redescritção pragmática do sujeito**. São Paulo: Duetto Editorial, 2012. (Mente, cérebro e filosofia, n. 10). Ps. 11, 28, 44.

GARCIA, Daniel Barros. **A intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de Saúde**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GarciaDB_1.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. Dewey e a inteligência cooperativa: a avaliação dos problemas presentes. In: **James, Dewey, Rorty e Davidson: a redescritção pragmática do sujeito**. São Paulo: Duetto Editorial, 2012. (Mente, cérebro e filosofia, n. 10).

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

JAMES, Willian. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: Primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros: 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores).

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. **Controle de contas da administração pública segundo a jurisdição constitucional brasileira: uma abordagem da**

atuação dos Tribunais de Contas segundo uma interpretação pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência. 2012. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesLHV_1.pdf> Acesso em: 28 ago. 2013.

RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins, 2005.

RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Martins: São Paulo, 2005.

SALEM, Pedro. O cultivo da esperança: John Dewey e o conceito de ação. In: **James, Dewey, Rorty e Davidson**: a redescritção pragmática do sujeito. São Paulo: Duetto Editorial, 2012. (Mente, cérebro e filosofia, n. 10).

SILVA, Fernando de Barros. O som ao redor: as revoltas de junho e os ventos conservadores no caminho de Dilma. **Revista Piauí**, Ano 7, n. 82, p. 07-13, jul. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.1.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Wittgenstein**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores).

CAPÍTULO 19

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS EDUCANDÁRIOS E DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

Ivna Maria Mello Soares¹

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, existe um movimento em torno da judicialização da educação, que fomenta um debate acerca da responsabilidade civil dos educandários e das instituições de ensino superior (IES), sobre as práticas que têm sido adotadas. Até os dias de hoje a responsabilidade desses estabelecimentos de ensino é abordada de modo incipiente.

Nesse contexto, constata-se uma demanda crescente por ações em face de estabelecimentos de ensino, fundadas na alegação de que tais organizações não apresentam a preocupação com o corpo discente, em uma atuação com diligência. Assim, quando os discentes dos estabelecimentos de ensino veem-se achacados em seus direitos, procuram o Poder Judiciário para a resolução de conflitos.

De plano, argumenta-se que os estabelecimentos detêm como preferência o ensino e a formação particular do corpo discente com um conhecimento técnico específico, desconsiderando, muitas vezes, as normas consumeristas. Aqui então fica disposto o fio condutor dessa pesquisa: que em virtude dos desafios enfrentados pelo corpo discente em sua atividade o faz investir em demandas perante o Poder Judiciário, a fim de responsabilizar civilmente os estabelecimentos de ensino. Ademais, investiga-se o fenômeno da judicialização da educação e o aspecto da responsabilidade civil dos educandários e

¹ Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Especialista em Direito Educacional pela PUC Minas. Especialista em Fisioterapia Dermato-funcional pelo CEUT. Graduada em Fisioterapia pela FSA. Bacharelada em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Saúde da Família, da UNINOVAFAP e Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Formação Profissionalização em Pedagogia da UFPI, ambos cadastrados na base CNPq.

das IES, que mobilizam o corpo discente a buscar judicialmente reparação de eventuais danos sofridos.

Justifica-se a presente pesquisa pela importância significativa do tema no cotidiano da sociedade brasileira, decorrente da atuação inadequada de alguns estabelecimentos de ensino, questionada em razão da inexistência, em geral, de uma relação harmoniosa com o seu corpo discente, e a falta de uma transposição dos conteúdos legais para a real produção da garantia dos direitos individuais e coletivos dos alunos.

Este artigo objetiva analisar a judicialização da educação e identificar os desafios que mobilizam o corpo discente a buscar a reparação de danos provocados pelos estabelecimentos de ensino, bem como compreender como esses estabelecimentos construíram sua trajetória para alcançar as lides judiciais.

Buscando configurar os meandros da pesquisa e seus resultados, este artigo encontra-se estruturado em tópicos delineadores de temas essenciais para o real entendimento da temática apresentada. De modo que trata inicialmente do “Direito Fundamental à Educação e fontes históricas”, neste momento foi realizado um breve apanhado histórico na ótica do Direito educacional legitimado ao rol dos direitos fundamentais. Mais adiante, argumentou-se sobre a “Responsabilidade civil e judicialização da Educação” e a “Responsabilidade civil dos educandários e das instituições de ensino superior”, tema complexo e ambíguo ao que trata da matéria pertinente as escolas e instituições de ensino superior, neste ponto destacamos pontos de contraditórias posições no intento de uma nova condição lançada aos alunos como seres consumidores.

Nos tópicos “Direito educacional e a proteção da integridade psicofísica” e “O aluno-consumidor: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nas relações em estabelecimentos de ensino” discutiu-se sobre a aplicabilidade da tutela dos direitos fundamentais na esfera privada, e ulteriormente, falou-se da relação mercantil regente nos ambientes de ensino privado grande parte devido a pacificidade já estabelecida nos Tribunais Superiores em decisões proferidas. Logo depois, foram abordados especificamente “Temas de direito educacional aplicados em educandários” e “Temas de direito educacional aplicados em instituições de ensino superior.

Por fim, a luz das análises empreendidas contemplamos um olhar sucinto sobre o estudo, pondo em realce seus principais achados/ constatações.

Este artigo caracteriza-se como uma investigação teórico-documental, em uma perspectiva doutrinária e legal, aplicada como roteiro. Para maior aprofundamento do estudo foram consultadas obras de autores reconhecidos pelos conteúdos publicados enlaçados com os argumentos expostos. Para tanto, percorremos pelas obras de Diniz (2011), Chrispino (2008), Goldberg (1995), Gonçalves (2005).

2. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E FONTES HISTÓRICAS

A educação é um dos temas principais no aspecto internacional, em razão de ser compreendida como condicionante da efetividade de diversos direitos sociais, e constituir-se em uma exigência para garantia do desenvolvimento do indivíduo. Logo, a educação é um processo que visa capacitar o cidadão a agir de modo consciente frente às situações cotidianas, em uma condição ativa e participativa da vida política do Estado, em uma integração que busca o progresso social e a garantia da liberdade.

Nesse sentido, com o intuito de fomentar o direito à educação, surgiu o direito educacional, em que constitui um ramo do Direito que busca a máxima efetividade do direito à educação, previsto atualmente, na Constituição da República de 1988 (CR/88). É por meio de discussões e entraves jurídicos que a educação vem sendo alçada como direito fundamental essencial à concretude da dignidade da pessoa humana.

A fim de compreender de modo integral o direito educacional, cumpre realizar uma investigação histórica brasileira em relação à legislação atinente à área. Desta feita, tem-se que a primeira legislação educacional no Brasil data de 1549, com a chegada no Brasil dos primeiros jesuítas, quando manteve-se a submissão à legislação portuguesa. Posteriormente, durante a primeira República, a Constituição de 1891 foi omissa quanto à educação, por não tratar a respeito da gratuidade do ensino. No entanto, a Constituição de 1934, decorrente do rompimento da ordem jurídica ocasionado pela Revolução de 1930, foi a primeira constituição brasileira a enumerar os direitos fundamentais sociais, por clara inspiração na Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919. Esta foi a primeira constituição a incluir um capítulo próprio, com 11 artigos, sobre educação, reconhecendo-a como um direito social. Certamente, é considerada um marco na transição de um regime de cunho individualista para a nomenclatura *democracia social*, atenta a garantir a igualdade material entre os indivíduos. Por um golpe de Getúlio Vargas, que instituiu o Estado Novo, a então constituição social não veio a vigorar por tempo suficiente para produzir alterações relevantes no cotidiano da população, visto que em 1937, o então presidente outorgou uma nova Carta Política, conhecida como Constituição Polaca, em lembrança à Constituição Polonesa de 1935, fortemente antidemocrática e autoritária.

A partir da ditadura militar de 1964, foi outorgada outra Constituição retrógrada, a de 1967, que apresentava a redução de direitos individuais.

Com a derrocada dos governos militares e com o processo de redemocratização brasileira, o poder constituinte foi novamente chamado, promulgando democraticamente a CR/88, tendo recebido o epíteto de Constituição Cidadã, em vista do avanço que promoveu na democracia social e no constitucionalismo

mundial; sofreu nítida influência da Constituição dirigente Portuguesa de 1976 e da Constituição Zapatista de 1917, do México.

Nesse diapasão, revelou-se como ampliadora de direitos fundamentais e visou a garantia de direitos sociais aos indivíduos, como se depreende do art. 6º da CR/88:

Art. 6º da CR/88. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, Art. 6º).

Em continuidade, Diniz (2011, p. 194) elucida que os direitos sociais são :

Conjunto de normas que disciplinam o organismo social com o escopo de obter o equilíbrio da vida em sociedade; os que brotam de modo espontâneo no grupo social, como as normas consuetudinárias; os que abrangem o direito à educação e cultura, que abarca: o direito à instrução, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à vida cultural (DINIZ, 2011, p. 194).

Os direitos elencados nesse dispositivo são os mínimos e indispensáveis à garantia de uma existência com dignidade. Tal enumeração é de conteúdo exemplificativo, e não taxativo, inexistindo hierarquização de direitos. Nesse contexto, o Estado é o sujeito passivo da obrigação de prestar esses direitos aos cidadãos, entre eles a educação, que foi esmiuçado no Capítulo III do Título VIII da CR/88, que engloba os artigos 205 ao 214.

O art. 205 da CR/88 dispõe que:

Art. 205 da CR/88. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988, Art. 205).

Compreende-se que a educação, primordial ao desenvolvimento humano, tem por intuito preparar para o exercício íntegro da cidadania e qualificação para o direito social ao trabalho, que, entre outros, promove a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, a cidadania é entendida como uma qualidade relativa ao exercício das prerrogativas políticas dispostas na CR/88. Portanto, esse é o embasamento fático para se garantir a educação como um direito de todos e não de uma garantia para privilegiados do Estado, pois em caso contrário, ocasionar-se-ia a criação de uma legião de cidadãos desamparados com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Extrai-se do art. 205 da CR/88 duas importantes instruções: a quem cabe o direito e o dever da educação. Cabe a qualquer cidadão brasileiro exigir do

Estado o direito a educação, não vinculado a nenhuma condição, por já encontrar-se incorporado ao patrimônio do indivíduo. Em homenagem ao legislador constituinte e ao titular do poder constituinte, que, conforme entendimento majoritário, é o próprio povo, não há possibilidade de reversão dessa obrigação do Estado.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL E JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

A responsabilidade civil é tema vasto e complexo e não há pacificidade em torno da responsabilidade dos educandários e das IES, na doutrina e jurisprudência. Impende destacar que, consoante Diniz (2011, p. 11):

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais. [...] Deveras, a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação (DINIZ, 2011, p. 11).

Nos dias de hoje, ocorre uma expansão do número de demandas ajuizadas no Poder Judiciário envolvendo a responsabilidade civil dos educandários e das IES. No que se refere a esse processo da judicialização, assevera Vianna *et al* (1999, p. 8) que:

Agora, [...] o Judiciário, antes um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distantes das preocupações da agenda política e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social (VIANNA 1999, p.8).

Nesse raciocínio, especificamente tratando da judicialização da educação, elucidam Chrispino e Chrispino (2008) que:

A judicialização das relações escolares é um fato verdadeiro e, a nosso ver, ocorre em grande número porque os atores educacionais envolvidos não foram formados para lidar com esta nova demanda e não foram informados sobre as novas obrigações decorrentes destes instrumentos legais que explicitam deveres e garantem direitos. Os educadores, quando muito, tiveram algumas aulas de LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), com forte viés ideológico e pouca visão cotidiana. [...] Insuficientemente formados e não capacitados para

a nova ordem legal que impacta a atividade educacional, conforme já estudamos anteriormente, os educadores e gestores enfrentam uma série de ações judiciais resultante de demandas promovidas por alunos, famílias, comunidade ou mesmo o Ministério Público. Grande parte destas ações resultam em responsabilidade civil, em danos morais, materiais ou de imagem, reparáveis com valores (CHRISPINO E CHRISPINO 2008, p. 11).

O que se observa em certas instituições de ensino é um despreparo quanto ao cuidado do aluno, ocasionando desrespeito às garantias discentes nas IES, por acreditarem que basta o fornecimento do ensino, e não possuem todas as responsabilidades dos danos causados.

Em continuidade, no ensino superior é fácil encontrar um vazio no que se refere à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em virtude que as instituições almejam não vincular o serviço educacional a prestação de consumo. Não se quer dizer com isso que se devam diminuir as exigências das atribuições que as instituições possuem, devendo responder pelos danos causados. Nesse raciocínio, Joaquim (2009, p. 227) expõe que:

O dano causado por terceiros aos alunos no interior do estabelecimento de ensino é de responsabilidade do estabelecimento de ensino. Aqui, como exemplo, ato danoso praticado por terceiro, que adentra o interior da escola, quer seja público ou particular, sem impedimento ou fiscalização, responderá esta pela culpa *in vigilando*, pois a segurança pessoal e patrimonial é providência que lhe compete como regra geral. [...] Outra hipótese consiste na agressão ao aluno, por outro aluno, sendo menor que a sofreu. Neste caso, trata-se de responsabilidade objetiva da escola pelo dever e guardar e vigilância constante (JOAQUIM, 2009, p. 227).

Avalia-se, então, que o corpo discente, destas instituições podem vir a serem prejudicados pela ausência de cuidados dos estabelecimentos de ensino. Assim, a transformação da prática, ao que cabe estas instituições, impõe, esse processo de judicialização da educação, para que, sofrendo financeiramente os educandários e as instituições de ensino que não primam pelo ensino sejam promovidas melhorias para atender seus consumidores de modo digno.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS EDUCANDÁRIOS E DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

O Código Civil (CC), art. 932, IV, aborda a responsabilidade dos proprietários de estabelecimentos de ensino, que respondem solidariamente, nos termos dos arts. 933 e 942, parágrafo único, do CC, pelos danos oriundos de atos ilícitos dos educandos enquanto estavam sobre sua vigilância, compreendida como a assistência acauteladora.

Como orienta Diniz (2011, p. 564):

[...] tal responsabilidade, que não mais está fundada na culpa *in vigilando*, estende-se ao diretor do estabelecimento de ensino e aos mestres não por exercerem sobre seus discípulos um dever de vigilância, mas por assumirem risco de sua atividade profissional e por imposição da lei (CC, art. 933).

Nesse sentido, prossegue Venosa (2012, p. 98-99) ao determinar que:

[...] enquanto o aluno se encontra no estabelecimento de ensino e sob sua responsabilidade, este é responsável não somente pela incolumidade física do educando, como também pelos atos ilícitos praticados por este e terceiros ou a outro educando. Há um dever basilar de vigilância e incolumidade inerente ao estabelecimento de educação que, modernamente, decorre da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor. O aluno é consumidor do fornecedor de serviços, que é a instituição educacional. Se o agente sofre prejuízo físico ou moral decorrente da atividade no interior do estabelecimento ou em razão dele, este é responsável. Responde, portanto, a escola, se o aluno vem a ser agredido por colega em seu interior ou vem a acidentar-se em seu interior. Pode até mesmo ser firmada a responsabilidade ainda que o educando se encontre fora das dependências do estabelecimento: imaginemos a hipótese de danos praticados por aluno em excursão ou visita organizada, orientada ou patrocinada pela escola. Nesse caso, o dever de vigilância dos professores e educadores é ambulatorio, isto é, acompanha os alunos (VENOSA, 2012, p. 98-99).

Tal responsabilidade civil decorre de atos praticados tanto contra terceiros como contra os próprios alunos-consumidores e os empregados do educandário, que é o fornecedor de serviços.

Compreende Diniz (2011, p. 564) que a responsabilidade:

[...] não alcançará o professor universitário, porque ele não tem o dever de vigilância sobre os estudantes, que, por serem maiores, não precisam ser vigiados, sendo senhores de seus atos e de seus direitos, tendo plena responsabilidade pelo que fizerem e pelos danos que causarem. Logo, não se poderá impor a responsabilidade objetiva do professor de ensino superior por ato lesivo de aluno, nem mesmo por acidente ocorrido durante trabalho por ele presidido (DINIZ, 2011, p. 564).

No entanto, tal óptica é polêmica, aos que observamos das lições de Venosa (2012, p. 102) ao expressar que:

[...] não há que se distinguir também, como entendemos, contrariamente à grande maioria da doutrina nacional, que a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino se debruce unicamente sobre pupilos menores. Essa posição dizia respeito ao passado. Não é feita essa distinção na lei e mesmo um estabelecimento de nível universitário, que abriga a maior parte de alunos maiores e capazes, submete-se à

mesma diretriz. Ainda que, por hipótese, se entendesse que o Código Civil não permite esse alargamento, os princípios do Código de Defesa do Consumidor não deixam a menor margem de dúvidas. Os que defendem a ideia de que os educandos maiores e capazes estão fora do sistema protetivo da responsabilidade dos educadores se prendem a premissas hoje superadas no campo da responsabilidade civil, mormente, mas não unicamente, após o Código de Defesa do Consumidor. Não se trata mais de imputar dever de vigilância ao professor universitário, como sustenta a maioria da doutrina (Gonçalves: 2003) que lastreia sua opinião em inúmeros doutos autores, mas sim de atribuir um dever de segurança e incolumidade aos estabelecimentos de ensino, não importando o nível, da pré-escola ao ensino superior. Trata-se da teoria do risco em última análise que foi adotada pelo Código de 2002, em prol da amplitude de reparação de danos e da dignidade humana e cujos dispositivos não fizeram a distinção mantida pela doutrina tradicional e repetida, sem maiores meditações, por autores mais contemporâneos, nos arts. 932, IV e 933 (VENOSA, 2012, p. 102).

Ao bem da verdade, a corrente minoritária apresentada acima, é mais plausível, embasada na hermenêutica, se o legislador não restringiu somente aos educandários a responsabilidade, não cabe ao intérprete assim raciocinar, ainda mais sob a óptica da legislação consumerista, que alarga o conceito de responsabilidade aos estabelecimentos de ensino superior.

O direito educacional, ramo de terceira geração, possui como característica a heterogeneidade com princípios decorridos tanto do direito público como do direito privado. Essa peculiaridade tem como finalidade adequar e abarcar a totalidade das relações entre os agentes abrangidos nos processos de ensino-aprendizagem. A educação escolar está dividida em:

- a) educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;
- b) educação superior.

As responsabilidades são partilhadas quanto à oferta e a criação de diretrizes para o real funcionamento dos processos de ensino, acampando os Municípios o compromisso pela educação infantil e ensino fundamental, quanto ao ensino médio as incumbências ficam dispostas aos Estados e Distrito Federal, e por fim a União assumindo o ensino superior.

Ante as teorias acerca da responsabilidade do Estado por lesões ocasionadas a outrem estas acompanharam a evolução dos modelos de Estado, do totalitarismo ao liberalismo, perpassando pela Teoria da Irresponsabilidade, Teorias Civilistas e as Teorias Publicistas. Vale dizer que, a que mais nos compete no leque do estudo é o enfoque na Teoria Publicista. Estudo esse que se iniciou com a jurisprudência francesa, em voga por meio do caso Blanco, em 1873, julgado em que se considerou que a responsabilidade do Estado, devido sua natureza, não

seria possível ser amparado pelos princípios norteadores do direito civil, mas sim as normas específicas, originárias do direito público.

Dessa forma, se tornaria matéria de direito público a responsabilidade civil do Estado, ou melhor, matéria do direito constitucional, administrativo e internacional público, assim, estaria sujeito ao plano jurídico. Ademais, os danos causados a bens jurídicos de terceiros provoca ao seu causador (independente de ser o Estado o autor) o dever de restituí-lo. A responsabilidade civil do Estado na esfera do direito público encontra-se amparada pelo princípio da igualdade de todos em face da lei, respaldando-se na condição que entre todos devem imparcialmente ser projetados os prejuízos e responsabilidades. Por certo, não seria razoável vislumbrar que para o bem da coletividade apenas um ou alguns suportem as sanções ora cabíveis.

5. O DIREITO EDUCACIONAL E A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA

Os direitos da personalidade são concernentes à proteção da pessoa humana, abarcando o âmbito privado, por apresentar um agrupamento de particularidades da pessoa humana, que necessitam de tutela jurídica; e, entre esses atributos está a vida, o corpo físico, mental e emocional, compondo a integridade psicofísica. Assim, fica claro que os direitos da personalidade resultam desses atributos e pretendem a afirmação da dignidade da pessoa humana.

A par disso, os direitos da personalidade são concedidos a todas as pessoas e oponíveis *erga omnes*, sendo genéricos, indisponíveis, irrenunciáveis e vitalícios, com base na dignidade da pessoa humana, insculpida como fundamento da República, no art. 1º, inciso III, da CR/88, operando como cláusula geral de tutela da personalidade. Nesse compasso, a integralidade de um capítulo do CC concentra-se nos direitos da personalidade. Nesse fio condutor, elucida Gonçalves (2011, p. 193) que:

Compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento humano. A vida humana é o bem supremo. Preexiste ao direito e deve ser respeitada por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição (GONÇALVES 2011, p. 193).

Nessa esteira, da compreensão da vida humana como bem humano, está inserido o direito a integridade psicofísica, abrangendo a saúde física e mental. A seu turno, o Direito Educacional deve atuar para proteger a integridade

psicofísica dos consumidores dos educandários e das instituições de ensino superior, já que os estabelecimentos de ensino devem adequar suas condutas de maneira a respeitar juridicamente os educandos e os discentes universitários; tendo estes ciência que, se ofendidos, devem buscar o restabelecimento da integridade psicofísica por meio cabíveis.

6. O ALUNO-CONSUMIDOR: APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), foi importante avanço civil de proteção aos hipossuficientes nas relações de consumo. Indubitavelmente, os serviços educacionais estão elencados como relação jurídica de consumo, nos termos do art. 3º do CDC. Ademais, os educandos e os universitários são classificados como consumidores, ao que se examina a aplicabilidade do art. 2º do mesmo diploma legal. Portanto, fica superado quaisquer divergências da não aplicabilidade do CDC às relações de estabelecimentos de ensino, tendo em vista que sendo relação de consumo torna-se aplicável na resolução de lides entre fornecedor e consumidor.

Desta feita, em situações de abusividade de cláusulas contratuais por parte dos estabelecimentos de ensino, é permitida a revisão contratual pelos consumidores. Ao bem da verdade, os alunos-consumidores devem compreender que estão na condição de hipossuficientes em relação aos poderosos estabelecimentos de ensino, e devem se valer do CDC para a consecução de seus direitos, em desfavor de uma ótica anacrônica que os estabelecimentos de ensino possuem preponderância em relação aos seus consumidores.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem pacificando entendimento da aplicabilidade do CDC nas relações entre alunos e estabelecimentos de ensino, a tal medida que permitiram multa administrativa do Procon em desfavor de escola, conforme o art. 56 do CDC, na atribuição do poder de punição do Estado (Recurso Especial – REsp² 1.164.146). De igual modo, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promoção de ação civil pública na defesa dos interesses coletivos de pais e alunos de estabelecimentos de ensino (REsp 120.143³).

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.164.146 – SP. Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Administrativo e consumerista. Retenção de documentos para matrícula. Imposição de multa por descumprimento da alínea k, do art. 11, da lei delegada nº 4, de 26.9.1962. Posterior transação civil entre a instituição de ensino e o discente. Anulação da multa. Impossibilidade. Art. 56 do código de defesa do consumidor - CDC. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 19/10/2013.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 120.143 – MG. Ementa: Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade Ativa. Ação Civil Pública. Defesa dos interesses da comunidade de pais e alunos. Mensalidades escolares. Precedentes. Recurso provido. Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília 17 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19/10/2013.

Exemplificativamente, é queixa habitual dos discentes sofrerem penalidades pedagógicas, quando se encontram em débito com os estabelecimentos de ensino. Por pertinente, os consumidores-alunos não podem ficar reféns dos estabelecimentos de ensino, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.870/99, que estabelece que:

“são proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias”.

Com tal característica, é imprescindível um aperfeiçoamento da óptica de todos os envolvidos. Os estabelecimentos de ensino (educandários e instituições de ensino superior) devem visualizar que os alunos não são “objetos de lucro” a serem adequados cegamente as suas normas, em uma perspectiva ultrapassada; assim como os alunos não devem acatar contornos de ilicitude por parte dos fornecedores de ensino, exigindo um tratamento de consumidor nas relações.

7. TEMAS DE DIREITO EDUCACIONAL APLICADOS EM EDUCANDÁRIOS

Acontecimento bastante conflituoso e dramático no ambiente dos educandários é o *bullying* e o *cyberbullying*. Assegura a médica psiquiatra Silva (2010), que é necessário se compreender que brincadeiras normais e sadias são aquelas nas quais todos os participantes se divertem. Quando apenas alguns se divertem à custa de outros que sofrem, isso ganha outra acepção, dissemelhante de um simples divertimento. Nesses casos específicos, utiliza-se o termo *bullying* escolar, que abrange todos os atos de violência (física ou não) que ocorrem de forma intencional e repetitiva contra um ou mais alunos, prejudicados pelo comportamento frente às agressões sofridas. O chamado *cyberbullying* é semelhante a agressão, só que no ambiente virtual.

No campo comportamental, as defluências psicológicas do *bullying* são desastrosas para as vítimas, por exemplo: transtornos do pânico, de alimentação e de ansiedade; fobia social e escolar; depressão, culminando até com suicídio e/ou homicídio.

Hodiernamente, o ambiente escolar, local para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, fundado em bases éticas, de respeito ao próximo e de preservação da tolerância frente às plurais formas de ser, demonstra seu insucesso em não conseguir combater o *bullying* em suas próprias dependências físicas.

Por outro lado, as tecnologias de informação virtuais contribuíram proveitosamente no processo de dispersão do saber. Porém, apresenta faces que

permitem a agressão no ambiente virtual, o chamado *cyberbullying*, que implica consequências mais graves, em nível de intensidade, pois não possuem dia nem horário para acontecer, sem limites, e o mais grave, são, geralmente, agressões anônimas.

Vale frisar que é dever dos educandários vigiar seus alunos e práticas por eles adotadas em sala de aula e nos ambientes escolares. Cabe àqueles repreender atitudes discriminatórias e contrárias ao bom relacionamento e, ainda, utilizar-se do poder diretivo ao ter contato com os responsáveis, a fim de evitar danos psicológicos a seus alunos. Vem a certo, que omissa a esse fenômeno, cabe reparação aos vitimados, em caráter pedagógico.

8. TEMAS DE DIREITO EDUCACIONAL APLICADOS EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR: RELAÇÃO DOCENTE-DISCENTE

Nas universidades, o posicionamento das cadeiras em sala de aula já evidencia que o protagonista do ensino é o professor, um ato anacrônico que necessita ser aperfeiçoado sem demora. Os alunos, nas universidades, não são vistos como seres individuais, respeitando suas experiências pessoais, a exemplo de discentes que já não cursam a primeira graduação. O que se vê, é um alinhamento de condutas docentes em que, em sua ampla maioria, considera que o aprendizado somente é viabilizado pela via docente-discente, tendo o professor um papel de detentor do conhecimento, não de difusor do conhecimento.

Essa cultura arraigada no sistema educacional superior exibe consequências desagradáveis, como a situação do professor, por se considerar superior aos alunos, despreza a inteligência discente, tratando os alunos universitários como imaturos, ocasionando conflitos frente às exigências da juventude contemporânea.

8.1. Estágios e Aulas Práticas

Quanto aos estágios e aulas práticas, o ministrante e a instituição de ensino superior devem garantir a segurança dos alunos no exercício das atividades. Nesse sentido, julgou o STJ, no REsp 637.246⁴, que condenou universidade pública a pagar indenização de R\$ 300 mil reais ao acadêmico do curso de Odontologia que perdeu a visão unilateral quando a broca que manuseava durante aula prática quebrou, ficando incapacitado para ações que necessitem de visão binocular.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637.246 – CE. Ementa: Administrativo. Recurso Especial. Responsabilidade Civil do Estado. Danos morais e materiais. Universidade Federal. Acidente com estudante universitário durante aula prática. Perda da função visual do olho esquerdo. Omissão do estado. Responsabilidade subjetiva. Negligência demonstrada. Divergência jurisprudencial não configurada. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 28/03/2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 19/10/2013.

E, nem mesmo a alegação de culpa exclusiva da vítima, de recusar a utilização de equipamento de proteção individual foi acatada, tendo em vista que “houve negligência em exigir e fiscalizar o uso, pelos estudantes universitários, dos equipamentos de segurança”

Ressalte-se que as instituições de ensino superior devem orientar os docentes e discentes acerca das práticas requeridas durante as aulas práticas e os estágios, visando à garantia da saúde e segurança de todo corpo discente.

8.2. Absenteísmo e Presenteísmo Docente

O absenteísmo e o presenteísmo são situações estudadas pelos serviços de saúde e segurança do trabalho, com o intuito de aperfeiçoar o homem ao trabalho e alcançar uma comunidade de trabalho saudável. O absenteísmo é definido pela situação do profissional não comparecer no estabelecimento de trabalho, nos termos da frequência exigida. Essa conduta pode advir de uma insatisfação com a atividade docente, com sua remuneração ou, ainda, de motivos estritamente particulares e familiares.

Por sua vez, o presenteísmo é termo menos difundido e situação bem mais intrincada de se constatar, tendo em vista que consiste na presença não integral do trabalhador no ambiente de trabalho, por não desempenhar sua atividade de modo satisfatório, com desmotivação e em desrespeito ao cronograma da sua atividade.

Tanto o presenteísmo como o absenteísmo promovem uma redução da capacidade para o trabalho, prejudicando sobremaneira o ensino de todo corpo discente, visto que o conteúdo da disciplina deixa de ser exposto de modo satisfatório, compreensível. Dentre os inúmeros prejuízos sofridos pelos alunos quando os professores se ausentam, se atrasam ou quando não ministram a aula de modo adequado, pode-se elencar: queda no rendimento de aprendizagem, redução da produtividade pelo docente substituído, perda de horas de estudo, dificuldade de compreensão metodológica do substituto etc.

As faculdades devem adotar soluções fáticas de modo a alcançar a excelência na prestação de serviços, nos termos do CDC e em respeito ao corpo discente. Primeiramente, devem identificar os professores absenteístas, traçando um planejamento de substituição por outro docente que desempenhe suas funções enquanto estiver ausente, de modo a minimizar prejuízos aos discentes.

Posteriormente, a fim de constatar o presenteísmo, é necessário uma avaliação constante realizada pelos alunos sobre seus professores, avaliando seu desempenho em sala de aula.

Atente-se para o fato de que o risco do absenteísmo é descumprimento da carga horária destinada ao curso, ensejando direito ao corpo discente de

pedir indenização pelo serviço que foi pago e não foi prestado pelo estabelecimento de ensino. O STJ decidiu no REsp 895.480⁵ que mesmo após colação de grau, o corpo discente ainda pode cobrar indenização por carga horária do curso não ministrada. Diante disso, esse julgamento apresenta-se como bússola para todas as IES adequarem-se ao seu próprio cronograma, respeitando os alunos-consumidores e vigiando se os docentes estão cumprindo seus deveres perante o corpo discente.

A título exemplificativo, recentemente, a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), criou uma comissão para avaliar a institucionalização de um formulário que controla e exige a presença dos professores em sala de aula. Tal controle de pontos foi criado originalmente pelos alunos e prevê que, após 30 minutos de atraso por parte do docente, o representante da turma ateste um documento na secretaria, noticiando a ausência do professor.

8.3. Entraves Acadêmicos: Centro de Registros Acadêmicos e Departamentos de Cursos

Os entraves acadêmicos, no centro de registros acadêmicos e nos departamentos de curso são corriqueiros para quem convive no meio universitário. As universidades contam com um aparato administrativo que, teoricamente, funciona para servir ao corpo discente. Contudo, o centro de registros acadêmicos e os departamentos de cursos, responsáveis por dar prosseguimento aos relevantes procedimentos no ambiente acadêmico, como por exemplo, na matrícula, em assuntos relacionados às disciplinas, expedição de diploma e outros, se apresentam como um verdadeiro entrave aos discentes.

Nessa perspectiva, o corpo discente constantemente é tratado como uma massa, não tendo cada indivíduo garantia de que sua demanda seja prontamente solucionada, visto que esses setores universitários tratam o aluno por um número de senha no protocolo e um número de matrícula.

É costumeiro o centro de registros acadêmicos alegar problemas de “sistema” de informática como causa dos entraves. A título exemplificativo, tem-se casos de aluno que faz transferência de turno e a universidade é negligente em não realizar a alteração no sistema informático em tempo razoável, impossibilitando a matrícula no prazo, causando um constrangimento e temor desnecessário ao discente, simplesmente pela institucionalização do desrespeito ao corpo discente.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 895.480 – SC. Ementa: Direito Civil. Contrato de prestação de serviços. Universidade. Mensalidade. Pagamento sem a devida contraprestação em horas-aula. Restituição. Recurso Especial pelas alíneas “A” e “C”. Ausência de vícios a contaminar o acórdão recorrido. Dissídio não demonstrado. Violação aos artigos 964 e 965 do Código Civil de 1916. Inaplicabilidade do artigo 971 do mesmo diploma ao caso dos autos. Repetição simples. Não incidência do artigo 42, parágrafo único, do CDC. Recurso Especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 16/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19/10/2013.

Em análise jurisprudencial, no julgamento do REsp 631.204⁶, em que discentes graduados em arquitetura pela Universidade Católica de Pelotas, 18 meses após a formatura, ainda estavam sem seus diplomas, o STJ condenou a universidade a conceder indenização por danos morais aos autores da demanda.

8.4. Estacionamento

As instituições de ensino superior públicas que oferecem estacionamento estão isentas de pagar indenização a alunos que tiverem os veículos furtados dentro do campus universitário, pois se entende que o Poder Público deve admitir a responsabilidade pela guarda do veículo somente quando o local público possuir vigilância especializada para esse objetivo, conforme o julgado REsp 1.081.532⁷ do STJ.

Diferentemente é a compreensão para as instituições de ensino superior privadas que oferecem estacionamento ao corpo discente e se utiliza desse serviço como atrativo na escolha da universidade, principalmente nas grandes cidades, frente as dificuldades corriqueiras do trânsito e de descobrir um local para guardar seu veículo durante as aulas. Dessa maneira, muitos alunos decidem pela instituição utilizando como critério a possibilidade de oferta de estacionamento pela universidade. Assim, as instituições de ensino superior privadas auferem lucro e captam clientela ao ofertar estacionamento, sendo então responsáveis pela guarda dos veículos.

No entanto, é habitual as universidades, no verso dos cartões de acesso ao estacionamento, exibirem a informação que não tem responsabilidade sobre a guarda do veículos e prejuízos ali ocasionados. Indubitavelmente, essa é uma cláusula abusiva, portanto nula, como se extrai do art. 932, III do CC. Nessa perspectiva, o STJ entendeu, como se lê na Súmula nº 130, que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos em seu estacionamento. Portanto, as instituições de ensino superior tem a obrigação de indenizar seus alunos-clientes quando não exercerem seu dever adequadamente, sendo cabível a exigência de indenização dos alunos em desfavor da IES.

8.5. Vigilância em Saúde

A vigilância em saúde refere-se à observância da qualidade da água, dos alimentos e da higienização de banheiros. É dever das instituições de ensino adotar

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 631.204 – RS. Ementa: Direito Civil. Indenização. Danos morais e materiais. Curso não autorizado pelo Ministério da Educação e Cultura. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Rel. Min. Nancy Andrihgi. Brasília, 25/11/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> > . Acesso em 19/10/2013.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.081.532 – SC. Pretensão de reexame de matéria de mérito Administrativo. Responsabilidade Civil. Indenização. Dano material. Furto de veículo. Estacionamento disponibilizado nas dependências de Universidade Federal. Súmula 07/STJ. Inobservância das exigências do art. 535, e incisos, do CPC. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 26/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19/10/2013.

medidas e programas de manutenção periódica de seus bebedouros, com troca constante de filtros e afixando em local visível a data da próxima troca. Oportunamente, a água é o meio mais propício de difusão de doenças, como severos tipos de hepatites, infecções gastrointestinais e demais doenças infectocontagiosas. Cumpre salientar que caso algum aluno sofra alguma doença após consumir água nas dependências da universidade que não tenha a diligência de manutenção dos filtros da instituição, torna-se presumida a infecção, cabendo o ônus da prova à instituição, que deve indenizar o vitimado, inclusive quanto às custas médicas e aos lucros cessantes, e pela ausência, se pratica atividade profissional.

Por conseguinte, é de responsabilidade das IES a qualidade de todos os alimentos que são ofertados nas cantinas dentro do estabelecimento, pois obtêm lucro e aumentam clientela, permitindo que os alunos não precisem sair das dependências da instituição para realizar suas refeições. Assim, cabe à cantina e à IES indenizar o discente que tenha sofrido mal após consumo alimentício.

Outro ponto relevante na vigilância em saúde nas IES é a higienização dos banheiros, sendo de responsabilidade desse fornecedor de serviços manter a incolumidade de seus clientes, realizando higienizações periódicas e efetivas. Infelizmente, visando o lucro, algumas IES não mantêm habitualmente um funcionário responsável pela limpeza dos banheiros, o que torna esses ambientes insalubres e fontes de contaminações de doenças parasitárias e infectocontagiosas, expondo a saúde de outrem a risco e propagando doença, incidindo, em casos extremados, até mesmo a responsabilidade penal.

9. CONCLUSÃO

Concretizar o fundamento da República, a garantia da dignidade da pessoa humana, é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, e somente com a educação é possível alcançar a liberdade e autonomia delineadoras e propulsoras de pensamentos e ações. Uma sociedade consciente de seus direitos e deveres é garantia de uma democracia participativa, em que o povo é protagonista do poder.

Os estabelecimentos de ensino necessitam de preparo para identificar e superar os desafios da prática educacional, com o objetivo de instruir os colaboradores a terem com o corpo discente um aprimoramento do senso crítico, reflexivo, consciente e atuante em seu meio, permitindo que sejam capazes de repensar sua responsabilidade, em particular, a cada meio que estão inseridos, e incrementarem o relacionamento entre instituições e alunos, de tal modo que haja um contínuo intercâmbio de saberes.

Na realidade, os estabelecimentos de ensino acreditam que somente a especificidade lhe é necessária para um bom aproveitamento de sua prestação educacional. No entanto, ao entrar nessas instituições o corpo discente se depara

com uma sala de aula e que na verdade é um mundo a parte, onde ele irá viver com um conjunto de pessoas distintas, de diferentes formações pessoais. Os alunos, ao sentirem-se desamparados, buscam apoio no Poder Judiciário, mais precisamente na esfera da responsabilidade civil dos educandários e instituições de ensino superior.

Esse fato, associado ao número crescente do ajuizamento de processos judiciais no campo da educação, muitas vezes, em virtude do descuido dos estabelecimentos de ensino na boa prestação contratual, ressalta a necessidade mais intensa de se repensar a qualidade das práticas assumidas perante as atividades acadêmicas e a responsabilidade civil dos educandários e das instituições de ensino superior.

Assim, fica imperiosa a reforma da ótica vinculada a um passado que não atende as demandas hodiernas, que é de preponderância e protagonismo do ensino por parte dos estabelecimentos. De modo que, é inevitável volver um olhar mais sagaz aos alunos na condição de consumidores, na dimensão dos direitos a serem respeitados e das respostas à suas demandas com diligência, em atenção àqueles que serão os futuros professores das novas gerações, que trazem a missão de carregar consigo uma percepção alinhada com o mundo em que se vive, e zelosos às suas responsabilidades.

Enfim, fato é que a judicialização cada vez mais presente nas relações entre os estabelecimentos de ensino e os educandos/estudantes, deve ser compreendida a luz de um novo olhar, pois considerando-se que as decisões desse âmbito educacional estão fugindo as mãos de seus protagonistas – diretores, professores, orientadores – esse cenário deve ser visto com uma ótica crítica e modificativa das práticas cotidianas desses atores, a partir de uma reforma da formação e das ações de modo que se tornem adequadas aos novos tempos, para então retomar os papéis de personagens principais na esfera da condução do saber.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de defesa do Consumidor**. Lei n° 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em

BRASIL. Lei nº 9.870 de 23 de novembro de 1999. Dispondo sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm>. Acesso em 20/10/2013.

BRASIL. Lei nº 9394/96, de 23 de dezembro de 1996. **Lei de Diretrizes e Bases para a Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em 20/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos em seu estacionamento. **Diário da Justiça da União**. Brasília, 4 de abril de 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa. Edição: **Imprensa Nacional**, 1964, p. 128.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A aplicação da jurisprudência do STJ aos contratos escolares. 22 jan. 2012. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104488>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A responsabilidade extraclasse das faculdades. 20 maio 2012. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105775>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.164.146 - SP. Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Administrativo e consumerista. Retenção de documentos para matrícula. Imposição de multa por descumprimento da alínea *k*, do art. 11, da lei delegada n.º 4, de 26.9.1962. Posterior transação civil entre a instituição de ensino e o discente. Anulação da multa. Impossibilidade. Art. 56 do código de defesa do consumidor - CDC. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> . Acesso em 19/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 631.204 - RS. Ementa: Direito Civil. Indenização. Danos morais e materiais. Curso não autorizado pelo Ministério da Educação e Cultura. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> . Acesso em 19/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637.246 - CE. Ementa: Administrativo. Recurso Especial. Responsabilidade Civil do Estado. Danos morais e materiais. Universidade Federal. Acidente com estudante universitário durante aula prática. Perda da função visual do olho esquerdo. Omissão do estado. Responsabilidade subjetiva. Negligência demonstrada. Divergência

jurisprudencial não-configurada. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 28/03/2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 19/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.081.532 – SC. Pretensão de reexame de matéria de mérito Administrativo. Responsabilidade Civil. Indenização. Dano material. Furto de veículo. Estacionamento disponibilizado nas dependências de Universidade Federal. Súmula 07/STJ. Inobservância das exigências do art. 535, e incisos, do CPC. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 26/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 120.143 – MG. Ementa: Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade Ativa. Ação Civil Pública. Defesa dos interesses da comunidade de pais e alunos. Mensalidades escolares. Precedentes. Recurso provido. Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília 17 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 895.480 – SC. Ementa: Direito Civil. Contrato de prestação de serviços. Universidade. Mensalidade. Pagamento sem a devida contraprestação em horas-aula. Restituição. Recurso Especial pelas alíneas “A” e “C”. Ausência de vícios a contaminar o acórdão recorrido. Dissídio não demonstrado. Violação aos artigos 964 e 965 do Código Civil de 1916. Inaplicabilidade do artigo 971 do mesmo diploma ao caso dos autos. Repetição simples. Não incidência do artigo 42, parágrafo único, do CDC. Recurso Especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 16/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19/10/2013.

CHRISPINO, Alvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Ensaio: avaliação e políticas públicas em Educação**, Rio de Janeiro, v. 16, nº 58, p. 9-30, jan./mar. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 724 p.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GOLDBERG, Maria Amélia Azevedo. Inovação educacional: a saga de sua definição. In: GARCIA, W. E. (Org.). **Inovação educacional no Brasil: problemas e perspectivas**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 1995. p.197-209.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. São Paulo: Avercamp, 2005. 142 p.

JOAQUIM, Nelson. **Direito Educacional Brasileiro: história, teoria e prática.** Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009. 284 p.

PERRENOUD, Philippe. **A prática reflexiva no ofício do professor: profissionalização e razão pedagógica.** Porto Alegre: Artmed, 2002.

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Lea das Graças C. **Docência no ensino superior.** São Paulo: Cortez, 2005.

REY, Luis. **Planejar e redigir trabalhos científicos.** 2. ed. São Paulo: Blucher, 1998. 308 p.

SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA. **Bullying: mentes perigosas nas escolas.** Rio de Janeiro: Fontanar, 2010.

TARDIF, Maurice. **Saberes docentes e formação profissional.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais.** São Paulo: Atlas, 1995.

Portal G1. UNB estuda adotar controle de faltas de professores de direito. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/05/unb-estuda-adotar-controle-de-faltas-de-professores-de-direito.html>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZABALZA, Miguel A. **O ensino universitário: seu cenário e seus protagonistas.** Porto Alegre: Artmed, 2004.

CAPÍTULO 20

PÓS-MODERNIDADE PROCESSO PENAL PROVA

Ana Victoria de Paula Souza¹

1. INTRODUÇÃO

A pós-modernidade é um tempo de transição, de mudança, de incerteza. É a certeza de que o mundo que conhecíamos não existe mais daquela forma. As certezas se liquefazem, escorrem por entre os dedos. As certezas sólidas vão ficando para trás, as certezas da atualidade são certezas líquidas, fluidas, “que não fixam no espaço nem prendem o tempo”(BAUMAN, 2001, p. 8). A pós-modernidade é definida como sendo uma situação em que as grandes narrativas deixaram de ter a importância que tinham (LYOTARD, 2013). Pós-modernidade passou a ser a crise e a perda da legitimidade das metanarrativas, dos discursos que sustentavam os valores fundamentais da sociedade.

Segundo Anthony Giddens, “a pós-modernidade se refere a algo diferente” (GIDDENS, 1991, p. 52), é a transição para um novo contexto histórico, que diz respeito à sociedade, à política, à cultura, à economia. Não se trata, como já foi entendido, da superação do capitalismo pelo socialismo (GIDDENS, 1991, p. 52), mas é a superação das certezas do passado. É a era das incertezas. A única certeza é a mudança. É a percepção de que as velhas maneiras de fazer as coisas já não funcionam mais e as novas maneiras ainda não foram inventadas. Os valores supremos da modernidade – Deus, a ciência, os conceitos universais – já estão superados, sem que outros valores viessem ocupar seus lugares. Não há mais valores supremos.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman afirma que ainda não é possível saber se a pós-modernidade é o início de uma nova forma de vida que irá durar

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP). Professora e advogada.

séculos, ou se é um período de transição de uma forma de vida para outra.² E a falta de distanciamento histórico impede uma análise mais profunda do presente momento. No entanto, é inegável que o mundo moderno está passando por mudanças.

2. O CONCEITO DE PÓS-MODERNIDADE

A incerteza é a tônica do momento. Tanto assim, que até quanto à expressão utilizada, “pós-modernidade”, há controvérsias. Zygmunt Bauman assente que “não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje estar prevalecendo: é numa época em que Antony Giddens chama de ‘modernidade tardia’, Ulrich Beck de ‘modernidade reflexiva’, Georges Balandier de ‘supermodernidade’, e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de pós-moderna’: o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como ‘a nossa parte do mundo’...)”. (BAUMAN, 1998, p. 30)

De acordo com Perry Anderson, a ideia de pós-modernidade surgiu no mundo hispânico na década de 1930 (ANDERSON, 1999, p. 9/10). No entanto, foi a partir de 1970, que o termo ganhou mais proeminência. Foi Jean-François Lyotard, por meio de seu livro “A condição pós-moderna”, publicado em 1979, que divulgou o conceito, da forma como se entende hoje.³ Foi a primeira obra a tratar a pós-modernidade como uma mudança geral na condição humana. Para Lyotard, o “traço definidor d’Acondição pós-moderna’, ao contrário, é a perda da credibilidade destas metanarrativas”. (ANDERSON, 1999, p. 32)

Vivemos em um mundo pós-moderno? Certamente que sim, ainda que não se possa provar que o mundo se tornou pós-moderno (afinal, uma das características destes tempos é que nada pode ser provado). (LEMERT, 2000, p 53) Mas não se nega o período de mudanças. Afirmar que vivemos na pós-modernidade não significa afirmar que a modernidade está superada. Nenhum processo histórico ocorre da noite para o dia. A pós-modernidade não chegou com hora marcada. Ela vem se instalando, discretamente, sem que se dê conta de sua dimensão, profundidade e sem que se faça previsão sobre sua permanência. Assim, as mudanças e suas consequentes percepções são graduais, sensíveis... A tomada de consciência se dá quando se olha para o passado.

As mudanças sociais são percebidas na cultura, não porque a cultura seja o aspecto mais importante, mas porque a cultura afeta a vida de todos. E o que é a cultura?

² Entrevista realizada com Zygmunt Bauman em 23 de julho de 2011, disponível no site <http://www.cpfcultura.com.br/2011/08/16/dialogos-com-zygmunt-bauman/> acesso em 20 de novembro de 2013.

³ Perry Anderson conta que foi um amigo de Unamuno e Ortega, Frederico de Onís, que empregou o termo *postmodernismo* pela primeira vez, para descrever “um refluxo conservador dentro do próprio modernismo”. ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 10.

“A cultura é dizer que é o complexo socialmente produzido de valores, regras, crenças, letras, artes, mídias, códigos penais, leis, idéias políticas e outras distrações, por meio dos quais uma sociedade, ou qualquer grupo social, representa sua visão do mundo tal como seus membros (ou pelo menos os que estão no comando) crêem que ele é ou deveria ser”.(LEMERT, 2000, p. 43)

A ideia de que cultura está apenas nas obras de Caravaggio, Van Gogh, nas óperas e nos concertos é muito limitadora, ou moderna. No pós-modernismo, a cultura está no museu, nos teatros, mas também está na rua, no “funk ostentação” das periferias paulistas, nos *reality shows*, no *Facebook*, no *Instagram*, na moda e nas *it girls* com seus blogs de moda, na Madonna e todas as suas sucessoras, como Lady Gaga, no cinema, nos *black blocs*. Séculos passados, a cultura era central. Aqui no Brasil, era preciso se comportar como na Europa, mais especificamente como na França. As regras de comportamento e etiqueta eram importadas de lá, bem como a moda e a música. Nestes tempos atuais, a cultura é globalizada, “consome-se” o rock inglês, a Lady Gaga, o cinema americano, mas também se produz e se consome cultura brasileira: o escritor Paulo Coelho, o pintor Romero Brito, Roberto Carlos, o Rei, Caetano Veloso, Gaby Amarantos, funk carioca, a moda *fast fashion*, a celebridade Neymar Jr. A análise da qualidade da cultura, se boa ou ruim, é um tema secundário. Ainda que a comunidade literária afirme que determinado escritor é ruim, hoje a discussão se limita à academia e aos círculos próprios. Houve uma democratização da cultura e isto acaba se refletindo nos valores da sociedade, na forma como as pessoas se relacionam, como se toleram (ou não) e como se comportam.

As redes sociais da internet, que citamos no parágrafo anterior na referência ao Facebook e ao Instagram, representam um dos pontos mais impactantes dos tempos atuais e de uma mudança sem volta: a comunicação global instantânea. Hoje é possível fazer uma ligação a qualquer momento, para qualquer lugar do mundo. Definitivamente nota-se as mudanças quando se olha para trás. Sim, vivemos em uma sociedade em transição. E quais serão as consequências destas mudanças? É impossível antever o que virá, ainda mais neste período de incertezas, de liquefação dos sólidos. A única certeza, vale repetir sempre, é a incerteza. Anthony Giddens sentencia que “o pós-modernismo tem sido associado não apenas com o fim da aceitação de fundamentos mas com o ‘fim da história’”. (GIDDENS, 1991, p. 55)

3. O FUTURO CHEGOU

As mudanças ocorridas na sociedade impactam todas as áreas do conhecimento, pois a realidade vai se alterando e exigindo novas soluções para novos problemas. E mesmo a ciência, que era um dos pilares da modernidade, também precisa encontrar novos rumos. A crença moderna da transformação do mundo

pela ciência está superada pela ideia de que a transformação do mundo dar-se-á pela racionalidade.

E como fica o Direito, diante da sociedade que vive nesta névoa de incerteza, de instabilidade, neste período de “angústia do fim das utopias e da exaustão das grandes metanarrativas” (BITTAR, 2008, p.141) e sensação do “fim da história”?

O Direito é uma criação humana, um fenômeno histórico-cultural, que tem por função a solução de conflitos e instrumento de pacificação social. O Direito dita valores, norma e regras. No entanto, que valores representam a sociedade atual? O Direito lida com valores consensuais em uma sociedade complexa. Em razão das certezas de outrora e o esfacelamento dos valores atuais o judiciário vem enfrentando e será chamado a enfrentar novas questões: É possível casamento de pessoas do mesmo sexo? É possível a interrupção da gravidez em caso de anencéfalo? Ou é possível a interrupção da gravidez em caso de gravidez indejada? E a assistência ao suicídio de pessoas que sofrem? E clonagem de humanos? E a realização de experiência genéticas com voluntários? Mulheres podem gestar um feto, mediante paga? E por que não reduzir a maioridade penal para 12 anos? Justifica-se o emprego de tortura em casos extremos?

Todas as áreas do Direito enfrentam seus dilemas, tentando dirimir os novos conflitos e estabelecer padrões aceitáveis dentro da nova conjuntura social. E, na esfera penal, seja ela o direito penal ou o direito processual penal, também enfrentam novas questões relativas aos novos problemas.

O presente artigo pretende discutir as novas situações enfrentadas pelo processo penal, trazidas pelo acelerado desenvolvimento tecnológico, marca fundamental dos tempos atuais, especialmente no tocante à investigação e à produção de prova.

4. PRÁTICAS CRIMINOSAS VERSÃO 2.0

Atualmente não é possível imaginar o mundo sem computador. As gerações mais novas podem achar que o computador sempre existiu. No entanto, o computador como conhecemos hoje foi desenvolvido durante a Segunda Grande Guerra, que ocorreu entre os anos de 1939 e 1945.⁴ O primeiro computador tinha 17 metros de comprimento por 2,5 metros de altura e pesava cinco toneladas.

⁴ O ASCC (*Automatic Sequence Controlled Calculator*), chamado de “Harvard Mark I” foi o primeiro computador eletromecânico automático de larga escala desenvolvido nos Estados Unidos da América. Ele foi construído em 1944 num projeto da Universidade de Harvard em conjunto com a IBM. Aduz Clezio Fonseca Filho na obra *História da computação: o caminho do pensamento e da tecnologia* que “Em 1943, o IBM Automatic Sequence Controlled Calculator, comumente chamado de ‘Harvard Mark I’ tinha uma série de novas capacidades: modificava instruções dinamicamente baseando-se nos resultados obtidos durante o processamento, possuía unidades para decidir qual o melhor algoritmo para execução de um cálculo através do argumento de uma função, testava o conteúdo de registradores, etc. Diferenciava-se fundamentalmente de máquinas anteriores, como a ED-SAC, (...) por usar memórias separadas, para instruções e dados, o que ficou denominado como *arquitetura de harvard*. Quando terminado em 1944, foi imediatamente adotado pela marinha americana, para fins militares.

“Quando em funcionamento, diz-se que reproduzia o ruído de uma grande sala cheia de velhinhas todas a tricotar ao mesmo tempo”.⁵

O Código de Processo Penal nasceu na mesma época que o computador moderno⁶ e é este Código que dispõe sobre o regime de provas no Brasil. O CPP foi promulgado em 1941 e entrou em vigor em 1942.

Se, na ciência da computação a evolução tecnológica é evidente, pois o primeiro computador, de 1943, passou das cinco toneladas iniciais para pouco menos de 140 gramas, que o é peso de um telefone celular, na ciência do direito não é possível esta visualização. No entanto, para fins deste artigo, é possível dizer que o desenvolvimento da ciência afetou significativamente a produção de prova no campo do processo penal.

Uma série de crimes se tornaram possíveis devido à tecnologia e outros tantos foram aperfeiçoados ou praticados de outras formas. Cabe ressaltar que a referência às novas tecnologias não se limita à internet.

O crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22, § único da Lei 7.492/86 – Lei que dispõe sobre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – determina que promover a saída de moeda para o exterior é crime. Sempre foi possível um indivíduo colocar dinheiro em uma mala e embarcar para o exterior, sem informar o fato às autoridades, praticando assim o crime referido. Mas, para tanto seria necessária uma viagem, uma logística, emprego de tempo... Recentemente, a tecnologia criminoso desenvolveu o que ficou conhecido como sistema “dólar-cabo”. Trata-se de um sistema ilegal de remessa de valores para o exterior, por meio de uma lógica de compensações, que ocorrem entre compensação recíproca entre doleiros. O cliente entrega ao doleiro dinheiro, para que seja “enviado” para o exterior. O doleiro e outros doleiros de sua confiança compensam recursos entre si e assim realizam a operação. Há outras formas de praticar o crime, mas esta é a mais comum. Assim, basta uma ligação para um ⁷doleiro e uma transferência bancária e está configurado o crime. Não há a menor dúvida de que foi o desenvolvimento desta técnica criminoso que popularizou a prática do crime de evasão de divisas.

A pornografia infantil não é novidade. No entanto, é difícil imaginar a prática de crime de pornografia infantil no começo do século passado.⁸ É certo que era possível, afinal desde a invenção da câmera fotográfica é possível sua prática, ou mesmo antes disso, por meio de peças de teatro. Porém, a reunião de pedófilos por meio da rede de computadores é a novidade que facilitou a prática do crime. Criminosos não precisam sair de suas cadeiras em frente ao computador

⁵ Confira-se em http://amjs.no.sapo.pt/hi1946_a_1959.htm acesso em 29 de novembro de 2013.

⁶ Utilizamos aqui o adjetivo moderno no seu sentido etimológico e não filosófico. De acordo com o dicionário Houaiss moderno significa “relativo ou pertencente à época histórica em que se vive (a década ou o século atual)”.

⁷ Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.

⁸ Os crimes relativos à pornografia infantil estão previstos na Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e Adolescente, com as alterações dadas pela Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008, nos artigos 240, 241,

para cometer crimes. Tanto é assim que, em 2003 e 2008, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado pelas Leis 10.764 e 11.829, respectivamente, a fim de se adequar à realidade virtual.

Há ainda as várias modalidades de crimes contra o patrimônio que nasceram com a larga utilização dos bancos na rede de computadores (os chamados bancos *online*). Só para citar algumas: fraude de cartão de crédito, furto de valores da conta corrente, furto de informações de empresas, sites de compras *online* que são fictícios. Os crimes de furto, roubo, apropriação indébita e estelionato são de séculos passados, mas a tecnologia possibilitou novas condutas criminosas. E, com alguma sofisticação, é possível lesar muito mais vítimas do que da “forma tradicional”.

Muito mais se poderia citar. É um mundo novo sendo construído com todas as vantagens e os prejuízos daí advindos. E como já mencionado, a angústia pós-moderna da insegurança e da incerteza acompanha este mundo. A descoberta e o desenvolvimento deste mundo novo possibilitaram muitos avanços para a ciência, para medicina, para o comércio e também para o crime organizado(se é que se pode pensar em avanço para o mundo do crime). Assim, é certo que a criminalidade, a *grosso modo*, aperfeiçoou-se.

5. AS MODERNAS TECNOLOGIAS E A PRODUÇÃO DE PROVA

O que se pretende analisar é se a tecnologia que possibilitou o desenvolvimento de outras formas de crimes, mais sofisticados, também possibilitou o desenvolvimento de novas tecnologias para a investigação e produção de provas.

Não é possível pensar no desenvolvimento da ciência sem pensar no exame de DNA,⁹ principalmente nos casos de crime sexual, como o estupro. Na primeira metade do século passado, a prova da autoria de um crime de estupro baseava-se exclusivamente nas palavras da vítima e na prova testemunhal, se existisse. Como se sabe o estupro é um crime que por sua natureza ocorre na clandestinidade, em terrenos baldios, becos escuros, e, na maioria das vezes, sem que haja testemunhas presenciais. A materialidade do crime pode ser comprovada mediante exame de corpo de delito, mas é preciso ressaltar que nem sempre o crime deixa vestígio, vez que se a vítima estiver sob grave ameaça, ela pode não opor resistência física ao estuprador, submetendo-se passivamente, de modo a permitir que se realize a conjunção carnal. A frequência da prática de estupro tem sido cada vez maior, sendo que no ano de 2012, segundo informações oficiais, superou a incidência de homicídios no Brasil.¹⁰

⁹ DNA (*Deoxyribonucleic acid* em português *ácido desoxirribonucleico*) é a molécula em que se encontram codificadas as características genéticas de cada pessoa.

¹⁰ De acordo com o Anuário Brasileiro da Segurança Pública, p. 8, “A taxa de estupros ultrapassou, em 2012, a de homicídios e alcançou 26,1 ocorrências por 100 mil habitantes. São 50.617 estupros cometidos no Brasil. A taxa destes crimes em São Paulo

Outro exemplo, trazido do cinema americano, é o emprego do “luminol” nas investigações de homicídio. Luminol é uma substância química, utilizada pela polícia científica para detectar vestígios de sangue em roupas, objetos ou lugares. Trata-se de um composto em pó feito de nitrogênio, hidrogênio, oxigênio e carbono, que é diluído em peróxido de hidrogênio – água oxigenada. Este composto, em contato com o sangue humano, utiliza o ferro presente na hemoglobina para causar uma reação chamada de quimiluminescência. Assim, mesmo que a cena do crime seja limpa, ou as roupas tenham sido lavadas, as fibras do tecido absorvem partes do composto de ferro e, quando borrifado o luminol, há uma reação química e o local fica iluminado.¹¹ As notícias de jornal dão conta de seu uso no caso “Elisa Matsunaga”, denunciada pela morte de seu marido.¹² Foi utilizado também no caso do jovem suspeito de matar taxistas no Rio Grande do Sul.¹³

O medo também é uma marca da pós-modernidade. Na sociedade afogada em informação o medo é uma constante. Vivemos com medo de perder o emprego, de sermos roubados, de sermos multados, de não sermos competentes, de sermos largados pelo companheiro, de sermos vítima de hackers, de terrorismo, de catástrofes naturais, de não sermos bacanas, de sermos agredidos.... Nós temos medo. A sensação de segurança e controle não existe mais. Isto é coisa do passado. E a reação contra isto é o encastelamento. Condomínios fechados, carros blindados. A vida pública é no *shopping center*. E a solução que a sociedade encontrou para se sentir segura foi na vigilância. As câmeras de segurança são instaladas em entradas de edifícios, elevadores, ruas, estádios de futebol, metrô, praças, *shoppings*, lojas, veículos, garagens. “Sorria, você está sendo filmado” é o lema da atualidade. E todas estas imagens têm servido aos fins do processo penal. É possível verificar se a roupa que a investigada entregou para ser periciada era a que ele estava vestindo no dia do crime: É só conferir com as imagens da câmera no elevador. É possível reconhecer o agressor que, com uma lâmpada fluorescente, atinge dois rapazes homossexuais que passeiam tranquilamente pela avenida. É possível verificar um porsche cruzar o farol vermelho em alta velocidade e matar o condutor do outro veículo. É possível verificar uma moça descendo com duas malas pelo elevador e concluir que lá estavam partes mortais de seu ex-marido. A vida em sociedade é cercada da possibilidade de ser filmado.

Associada a todas estas câmeras que nos rodeiam, há ainda a possibilidade de qualquer transeunte filmar com seu celular. As pessoas que presenciavam a

subiu 23% - de 25 para 30,8 ocorrências para cada grupo de 100 mil habitantes - entre 2011 e 2012. Seguindo do Rio de Janeiro que teve um incremento de 24% nestas ocorrências entre 2011 e 2012. O estado da Bahia, por sua vez, observou um crescimento dos estupros da ordem de 20,8%.” Disponível em <http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/analise-brasileira-de-seguranca-publica/7a-edicao>, acesso em 4 de dezembro de 2013.

¹¹ <http://pt.wikipedia.org/wiki/Luminol>

¹² <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1148021-ninguem-ajudou-elize-a-esquartejar-corpo-diz-delegado.shtml>

¹³ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/04/1264421-justica-prorroga-prisao-de-estudante-acusado-de-matar-taxistas-no-rs.shtml>

ocorrência de um crime e que depois seriam convocadas como testemunhas em um processo criminal, hoje sacam seus telefones celulares com câmeras potentes e filmam os fatos. Filmam as discussões de trânsito que podem resultar em agressões ou mortes. Registram os danos praticados pelos “black blocs”¹⁴ durante as manifestações. E estes mesmos celulares são capazes de gravar conversas. Não há nenhuma dúvida de que a tecnologia avançou muito.

Linhas atrás referimo-nos ao crime de evasão de divisas, descrevendo o sistema “dólar-cabo”. Durante muito tempo, apostou-se na eficiência deste sistema, porque para os envolvidos era quase impossível que uma investigação fizesse todas as conexões necessárias para entender o funcionamento e a estrutura do “negócio”. Ademais, metade das provas estaria aqui no Brasil e a outra metade no exterior, o que dificultaria muitíssimo a coleta desta prova. No entanto, este raciocínio não considerava a evolução da tecnologia. As operações financeiras, milhares delas, passavam por bancos e, como se sabe, os bancos registram as operações. E os bancos cada vez mais têm adotado medidas restritivas, a fim de evitar crimes financeiros, principalmente a lavagem de dinheiro. O “escândalo do caso Banestado”- Banco do Estado do Paraná -, que resultou em uma Comissão Parlamentar de Inquérito¹⁵, foi um divisor de águas na investigação de crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro¹⁶ no Brasil. A grande novidade ocorrida no “escândalo Banestado foi a cooperação jurídica internacional, consubstanciada em um “Acordo de Mútua Assistência em Matéria Legal entre Estados Unidos e Brasil”, o Mlat, e, assim, a Justiça norte-americana cooperou entregando documentos com informações acerca de contas de brasileiros mantidas no exterior.¹⁷

No fim de julho passado, o número de celulares ativos no Brasil era de 267 milhões.¹⁸ E a população brasileira em 1º de julho passado era estimada

¹⁴ *Black blocs* são pessoas mascaradas e vestidas de preto que se reúnem e se manifestam de forma violenta contra o capitalismo e seus símbolos.

¹⁵ CPI do Banco do Estado do Paraná - Banestado foi criada pela Câmara dos Deputados 2003 a fim de investigar crimes de evasão de divisas do Brasil para paraísos fiscais, entre os anos de 1996 e 2002, quando foram retirados indevidamente do país mais de US\$ 84 bilhões através de contas CC5 do banco referido, segundo estimativas reveladas pela operação Macuco, realizada pela Polícia Federal.

¹⁶ O crime de lavagem de dinheiro está previsto na Lei 9.613 de 3 de março de 1998.

¹⁷ De acordo com Nadia Araújo “Cooperação jurídica internacional, que é a terminologia consagrada, significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas demandadas pelo Poder Judiciário de outro Estado. Isso porque o Poder Judiciário sofre uma limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado, e precisa pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie nos casos em que suas necessidades transbordam de suas fronteiras para as daquele. Por essa razão, tradicionalmente também se incluiu nesta matéria o problema da competência internacional, já que nesse tópico trata-se dos limites à jurisdição, mas para os fins desta introdução não se vai cuidar desse assunto. Hoje há novas possibilidades de uma atuação administrativa do Estado nesta matéria, em modalidades de contato direto entre os entes estatais”. “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional” In Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos e cooperação em matéria penal – 2012. Disponível em <http://www.mj.gov.br/>, acesso em 4/12/2013.

¹⁸ <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/08/1333262-brasil-registra-267-milhoes-de-numeros-de-celulares-ativos-em-julho-diz-anatel.shtml>

em 201,032,71¹⁹, sendo óbvio concluir que há mais celulares, no Brasil, do que brasileiros. Logo, na estatística, todo brasileiro tem um celular. Ainda que isso não seja exato, é certo que as pessoas portam seus celulares, não apenas falando umas com as outras, mas também mandando mensagens de texto. A possibilidade da interceptação telefônica no Brasil é uma realidade desde 1996, quando foi publicada a Lei 9.296/96.²⁰ A grande novidade é a possibilidade de rastreamento da pessoa investigada verificando as torres de celulares utilizadas. Assim, é possível saber onde estava determinada pessoa em um determinado horário, verificando as conexões do celular à antena. Quando uma pessoa portando um celular se desloca, seu telefone se conecta automaticamente à uma antena, que tecnicamente é chamada de estação de rádio base, e à medida que o celular é movimentado, ele vai se conectando a outras estações, ainda que o indivíduo não realize nenhuma ligação. E assim, é possível identificar a movimentação de determinada pessoa. É como se cada pessoa que carrega um celular carregasse também um rastreador. As notícias dos jornais dão conta de várias investigações que se utilizaram destas informações, como, por exemplo, o homicídio da juíza Patrícia Acioli no Rio de Janeiro, em agosto de 2011,²¹ e o homicídio do cartunista Glauco e do filho dele, ocorrido em Osasco, em 2010.²²

Pretendeu-se até aqui demonstrar que o ingresso da tecnologia na vida cotidiana afeta o Direito. Telefones celulares, câmeras, e-mails, comunicação instantânea, são novidades corriqueiras da vida contemporânea, que vem servindo para aparelhar a investigação e vem sendo admitidas no processo penal. O dia a dia vai se inserindo no Direito e, sorrateiramente, o vai modificando. E é assim que deve ser, afinal o Direito é um fenômeno cultural, ele afeta e se deixa afetar pelo comportamento dos indivíduos da sociedade.

E no meio desta avalanche de mudanças, é preciso estar atento para os rumos da mudança. Se a sociedade pós-moderna vive a reconstrução de seus valores, tendo abandonado os valores modernos, a humanidade não pode ficar à deriva, assistindo à passagem do tempo, enquanto permanece paralisada, lamentando “o despertar do sonho colorido”²³, que foi a modernidade.

No processo penal vive-se um momento oportuno para decisões. A Constituição Federal que dispõe sobre os valores e princípios que regem este Estado Democrático de Direito foi promulgada em 1988. O Código de Processo Penal, que é de

¹⁹ http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2013/estimativa_tcu.shtm

²⁰ A Lei 9296 de 24 de julho de 1996 dispõe sobre a interceptação das comunicações telefônicas, regulamentando o disposto no art. 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal.

²¹ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/977238-assassinato-de-juiza-patricia-acioli-foi-planejado-um-mes-antes.shtml>

²² <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1535580-5605,00- policias+refazem+provavel+trajeto+de+fuga+de+cadu+na+mata.html>

²³ Pondê, Luiz Felipe. O diagnóstico de Zygmunt Bauman para a pós-modernidade. <http://www.cpfcultura.com.br/2009/02/26/o-diagnostico-de-zygmunt-bauman-para-a-pos-modernidade-uma-agenda-para-o-inverno-ambivalencia-medo-e-coragem-luiz-felipe-ponde/> acesso em 5/12/2013.

1941, época da invenção do primeiro computador como conhecemos, vem sendo “atualizado” em partes. É verdade que o CPP vem sofrendo alterações pontuais. No entanto, não só isto não resolve, como piora, se considerarmos a atual falta de sistematização do Código, que parece uma “colcha de retalhos”. É um Código com o *hard disc*, a mentalidade – de 1941, e os aplicativos de 2013. Qualquer criança de seis anos sabe que estes aplicativos “não vão rodar”, pois “falta capacidade de memória”. E o mesmo se pode dizer do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

A vida não espera. E ela está atropelando o Processo Penal. Está atualizando-o sem que se perceba. Todos os exemplos mencionados ao longo do texto são novidades recentes, que vão sendo incorporadas à praxe forense. As inovações, via de regra, são bem-vindas, afinal, a não se admitir as inovações tecnológicas, as sentenças até hoje seriam manuscritas pelo juiz! No entanto, é sabido que as tecnologias se superam dia a dia. Com algum pudor, afirma-se que a tecnologia não tem limites. A questão é que, no Direito Processual Penal, o limite precisa ser dado pelo Direito, mais precisamente pela Constituição da República, por meio de seus princípios, regras e normas, e não pode ficar à mercê das possibilidades tecnológicas da investigação e da produção de prova.

É preciso estar atento às mudanças, a marca do nosso tempo. Enquanto na “vida real” as pessoas se comunicam com a China instantaneamente, “no mundo do Direito” é preciso que um oficial de justiça vá pessoalmente a um presídio levar um “alvará de soltura”. Não é possível enviar esta informação de forma segura por e-mail?

No processo penal, há a sensação de que a forma tradicional de investigação encontra-se obsoleta, quando se trata da criminalidade empresarial ou da criminalidade organizada. Diante deste cenário, os países, dentre eles o Brasil, têm procurado criar e desenvolver novas técnicas ou métodos de investigação e produção de prova, como já demonstrado acima. É salutar que seja assim. No entanto, é preciso considerar que a investigação criminal invade a esfera de direitos e garantias do indivíduo. E as técnicas recentes mostram-se cada vez mais invasivas. A investigação criminal é um momento delicado da persecução penal, seja pela sua importância para futura ação penal, seja por eventuais danos causados, que ocorrem em consequência da investigação. A investigação, pela sua natureza, invade a esfera de direitos e garantias fundamentais do investigado e este ônus é preciso suportar. Por isto, a importância dos limites que a administração pública precisa rigorosamente observar.

O que se observa diante das novas técnicas de investigação é que em busca da eficiência, afetam-se desproporcionalmente direitos e garantias individuais. A questão que se coloca é: Qual o limite constitucional para a restrição de direitos e garantias para enfrentar a criminalidade organizada e a empresarial?

A busca do equilíbrio entre a eficiência e as garantias individuais parece um caminho em direção à quimera. Talvez tenha chegado a hora de responder

à pergunta: O que pode ser sacrificado no altar da eficácia? (FURTADO, 2002/2003, p 10)

A legislação vem incrementado os meios de prova, com o argumento da sofisticação da criminalidade. Recentemente, em 2 de agosto de 2013, foi promulgada a Lei 12.850, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Esta lei dispõe sobre ação controlada, infiltração de agentes de polícia em organizações criminosas, autoriza a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, permite o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, entre outros meios de prova.²⁴

Quais os limites que devem observar estas novas técnicas de investigação?

Em um Estado Democrático de Direito os fundamentos e princípios do Estado são dados pela Constituição Federal. E dentre os fundamentos insculpidos na Constituição brasileira destaca-se a dignidade da pessoa humana. É preciso considerar que

toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe um feição particular. (PIOVESAN, 1997, p.59)

Assim, é a partir da ótica da dignidade da pessoa humana que os princípios constitucionais, notadamente, os referentes ao Direito Processual Penal devem ser interpretados. Desta forma, pode-se afirmar com segurança que o primeiro limite à investigação e à produção de prova é dado pela dignidade da pessoa humana. Mas isso ainda é insuficiente, na medida em que na relação entre indivíduo-Estado é preciso de normas que garantam os direitos fundamentais

²⁴ Lei 12.850/13 Artigo 3º: CAPÍTULO II

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3o Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

do indivíduo frente ao poder estatal. (FERNANDES, 2000, p. 11) Com efeito, além do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, há direitos e garantias individuais que devem ser observados e no tocante à matéria em estudo podem ser citados a inadmissibilidade da prova lícita, a proibição da tortura e do tratamento degradante, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas a inviolabilidade do domicílio, entre outros.

Em algumas hipóteses, como no direito à intimidade, sua restrição é estampada na própria Constituição Federal, que autoriza a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual, mediante autorização judicial, na forma da Lei 9296 de 24 de julho de 1996. A Lei 12.850/13, que dispõe sobre organização criminosa, prevê a possibilidade de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Explica Guilherme de Souza Nucci que “Cuidando-se de *captação ambiental*, trata-se da conversa ocorrida em certo local (não pelo telefone, nem por carta), possibilitando o contato pessoal entre os interlocutores, enquanto uma delas *colhe*, por qualquer meio (gravação de voz, registro de imagem fotográfica, filmagem), o que se passa entre ambos”. (NUCCI, 2013, p. 39) Qual o limite desta captação ambiental? É necessária a autorização judicial? Pode se dar em residências? Afirmar que só pode se dar em local público é a resposta fácil. É possível a captação de som e de imagens no local de trabalho? Em um escritório? Uma loja de shopping é um local público. É possível a captação de sons e de imagens das pessoas que trabalham lá? É constitucional a captação ambiental ou ela fere a garantia constitucional da privacidade e da intimidade? Há limites? E quais são eles?²⁵

²⁵ Eduardo Araújo da Silva enfrenta a questão: “A tutela da interceptação ambiental no direito brasileiro limitou sua aplicação à apuração da criminalidade organizada e aos crimes praticados por quadrilha ou bando. Dispõe o art. 2º, inciso IV, da Lei 9.034/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, que ‘em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei’, procedimentos de investigação e formação de provas, entre os quais ‘a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunsanciada autorização judicial’”. Destarte, ao disciplinar o instituto na lei que dispõe sobre a ‘utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas’, buscou o legislador orientar-se pelo princípio da proporcionalidade.” (...) “Pelo texto legal, poderão os agentes de polícia, mediante prévia autorização judicial [o autor refere-se à Lei 9.034/95 com a redação dada pela Lei 10.217/2001] instalar aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimento prisionais etc.) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos, etc.) com a finalidade de gravar não apenas os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos pelos aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos) que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática.

Entretanto, a tutela legal dessa espécie de interceptação ampliou demasiadamente o texto constitucional, que além de não admitir a violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, apenas admitiu excepcionalmente a violação das comunicações telefônicas por ordem judicial, na forma da lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, inciso XII). Tal disciplina deixa claro a preocupação do legislador constituinte em relação à proteção do direito à intimidade e à vida privadas das pessoas investigadas. Tratando-se de meio de obtenção da prova que pode vulnerar esses direitos, e considerando que a Constituição da República, em casos análogos, disciplinou restritivamente a matéria, a interceptação em locais

6. CONCLUSÃO

Diante da avalanche da pós-modernidade, parece que as técnicas tradicionais de investigação, previstas no Código de Processo Penal de 1941, que obviamente remontam tempos muito mais antigos, ficaram na modernidade. Há uma grita por novas técnicas de investigação e produção de provas no Processo Penal que esteja inserida no contexto pós-moderno. Mas, assim como tudo na pós-modernidade, estas técnicas, vistas como tecnologia não têm limites, são fluídas e trazem traços pós-modernos, com todos os benefícios e prejuízos, daí advindos.

O Direito, especialmente as ciências penais, no entanto, precisa de valores, de certezas, de limites. Será este um pensamento moderno?

A crise é um momento para reflexão. É o momento ideal para limar o que está superado e não se mostra mais adequado e começar a formular soluções complexas, para a sociedade complexa. E a solução para os problemas complexos deve considerar a história e a cultura brasileiras. É preciso olhar para o futuro das ciências penais, com as lições aprendidas do passado. E não abrir mão de todas as conquistas democráticas.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 32.

ARAÚJO, Nádia. "A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional" In *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos e cooperação em matéria penal* - 2012. Disponível em <http://www.mj.gov.br/>, acesso em 4/12/2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad delíquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinnelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Revista Sequência* n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

privados, notadamente no interior de residências é inconstitucional, pois também carece de prévia permissão constitucional." SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 95-96.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONSECA FILHO, Clésio. *História da computação: o caminho do pensamento e da tecnologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FURTADO, Franklin. O agente infiltrado. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, v. 5, 16/17, p.9-16, set./abr. 2002/2003.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

LEMERT, Charles. *Pós-modernismo não é o que você pensa*. São Paulo: Edição Loyola, 2000.

LUMINOL. Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Luminol>. Acesso em 4 dez. 2013

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 15ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

MACHADO, Helena e COSTA Susana. Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 97 | 2012, colocado online no dia 19 Abril 2013, acesso em 02 Dezembro 2013. URL:<http://rccs.revues.org/4927>;DOI: 10.4000/rccs.4927

MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei nº 9.034/95 (Organizações criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MASIERO, Clara Moura. Novas tendências de política criminal e a consagração do agente infiltrado nos ordenamentos nacionais. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 78, p.113-142, fev./mar. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONDÉ, Luiz Felipe. O diagnóstico de Zygmunt Bauman para a pós-modernidade. <http://www.cpfcultura.com.br/2009/02/26/o-diagnostico-de-zygmunt-bauman-para-a-pos-modernidade-uma-agenda-para-o-inverno-ambivalencia-medo-e-coragem-luiz-felipe-ponde/> Acesso em 5/12/2013.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPÍTULO 21

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Camila Maria de Menezes Pedroso Soares¹

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas vivenciados atualmente no Poder Judiciário é a desnecessária e exagerada demora na tramitação dos processos judiciais.

Desde o ano de 2004, a duração razoável do processo ganhou o *status* de garantia explícita de direito fundamental do cidadão, através da Emenda Constitucional n.45, também denominada como reforma do Poder Judiciário Brasileiro.

Não obstante a morosidade evidente dos órgãos judiciais no julgamento de suas demandas, o legislador brasileiro, gradativamente pretendeu-se implementar alguns institutos processuais, na tentativa de viabilizar decisões mais rápidas em ações que possuam argumentos idênticos entre si, de modo que possam se dedicar a novas e relevantes questões, fazendo valer o instituto da “duração razoável do processo”.

Neste diapasão, com o fundamento de maior celeridade ao Poder Judiciário, o Senado Federal encarregou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, a elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Com a apresentação desse anteprojeto ao Senado Federal, deu-se início ao Processo Legislativo através do Projeto de Lei do Senado nº. 166/2010 e Projeto de Lei na Câmara 8046/2010, ficando a cargo do Congresso Nacional a análise e votação que será seguida da apreciação pelo Poder Executivo.

O que se pretende estudar no presente artigo é a proposta de julgamento das demandas repetitivas prevista no instituto contido no art.285-A do Código de Processo Civil em vigor.

¹ Graduada em direito pela Faculdade de Direito de Varginha- FADIVA. Advogada na área cível – Bancária do escritório Leonardo Naves advogados associados.

O referido artigo 285-A foi acrescido no Código de Processo Civil pela Lei 11.277/2006 e está sendo discutido no projeto de lei do novo código de processo civil.

O legislador ordinário manteve a tendência já mencionada em seus artigos 307 e 930, do projeto de lei, ao instituir o instrumento normativo do Artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, porém, exigiu no novo código, que a sentença que rejeitasse liminarmente o pedido, fosse fundamentada em súmula ou decisão proferida em julgamento de casos repetitivos, *in verbis*;

CAPÍTULO III DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:
I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306”.

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

A referida reforma foi merecedora de várias críticas pelas doutrinas por ter sido ventilada a hipótese de inconstitucionalidade do artigo 285-A do código de processo civil, pois feriria os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia, que são garantias atreladas ao devido processo constitucional, assegurado no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988.

Vale frisar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº. 11.277/06 processo nº. 3695, alegando que o referido diploma legal estaria maculando o artigo 5º, caput e incisos XXXV, LIV e LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Mesmo diante do entendimento da Ordem dos Advogados do Brasil, alguns doutrinadores defendem, veemente, que o artigo 285-A do CPC não se mostra inconstitucional, dentre eles, o professor Fredie Didier Junior (2008, p.348), que sustenta tratar-se o artigo de julgamento pela improcedência, diferente do indeferimento, sendo o réu vitorioso, sem que haja prejuízo para ele.

Além disso, o mencionado professor alega que o artigo dispõe expressamente que a matéria deve ser unicamente de direito, como ocorre no julgamento antecipado da lide, apresentado no artigo 330 Código de Processo Civil de 1973, antecipando-se ainda mais o julgamento da demanda. (DIDIER, 2008)

Prossegue o posicionamento alegando que o julgamento seria apenas para as causas repetitivas, ou seja, causas que versem sobre a mesma questão jurídica, discutindo-se a mesma tese jurídica, já decidida anteriormente em outras demandas por aquele mesmo juízo.

José Miguel Garcia,(2011, p.286), em sua pesquisa dispõe:

[...]Distingue-se a hipótese do artigo 285-A da contida no artigo 330, I, que trata do julgamento antecipado (ou imediato, já que, a rigor “ antecipada” é a hipótese prevista no art.285-A) da lide em que a produção de provas contituendas (cf.comentário ao art.336) é desnecessária . Além da diferença relativa à fundamentação específica que deve ter a decisão proferida com base no artigo 285-A, distinguem-se as hipóteses também pelo fato de que, no caso do art.330, I, há citação do réu, e o pedido pode ser julgado procedente ou improcedente.

Comparando o artigo 285-A do código de processo civil, com o artigo 330, I do mesmo código, constatarem-se pontuais diferenças a serem consideradas.

O artigo 330, I, do código de processo civil, estabelece o julgamento antecipado da lide, em que permite ao juiz decidir a causa baseado nas provas existentes aos autos, sendo desnecessária a produção de novas provas para seu convencimento.

Outra fundamental diferença relativa aos dois institutos mencionados é que no artigo 330, I, do Código de Processo Civil, há a citação do réu e o pedido poderá ser julgado procedente ou improcedente.

O artigo 285-A, do Código Processo Civil institui que o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, desde que não contrariem súmulas e acórdãos firmados por tribunais, além de ser necessária a fundamentação específica da decisão proferida pelo artigo 285-A do código de processo civil.

O artigo 307 do Anteprojeto vai além do previsto no artigo 285-A do Código de Processo Civil em vigor, uma vez que a improcedência liminar da demanda discutida se fundamenta quando a matéria for exclusivamente de direito e desde que contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou não, sendo considerado o regime de julgamento de casos repetitivos.

Na verdade o Projeto do Novo Código de Processo Civil visa não somente estabilizar a jurisprudência dentre *entre* os tribunais superiores, como, também, uniformizar até mesmo no primeiro grau de jurisdição, conforme o disposto no inciso III do artigo 307, onde o juiz está autorizado a julgar liminarmente o pedido quando “*contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência*”.

Prossigue ainda José Miguel Garcia,(2011, p.286):

[...] Não incidência do art.285-A, quando a jurisprudência é contrária ao entendimento adotado pelo juízo. Deve o juiz optar por evitar a reprodução de sentenças que adotem orientação contrária àquela exarada por órgão jurisdicional hierarquicamente superior, em especial pelo STF e pelo STJ. Decidiu-se que um dos pressupostos para o “julgamento ultra antecipado da lide” a que se refere o art.285-A é circunstância de “os tribunais pátrios, ao apreciar casos idênticos, tiverem sedimentado posicionamento pela improcedência do pedido” (TRF-5ª Reg., ApCív 200683000117598, j.03.05.2007, Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima), que “ a possibilidade de alteração do entendimento pretoriano que não é longo tempo impõe maior comedimento na aplicação” do art.285-A (TRF- 1ª Reg., ApCív 2007340000234803, 2ªT., j.05.03.2008,rel.Des.Neuza Maria Alves da Silva).

No relato descrito acima, fica claro que os juízes que optarem por aplicar o instituto do artigo 285-A do código de processo civil, por meio de julgamento ultra-antecipado da lide, deverão se ater se as referidas decisões estão em consonância com o entendimento do órgão jurisdicional hierarquicamente superior, em especial pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, requisito essencial e fundamental para aplicação do instituto.

Neste sentido, continua Miguel Jose Garcia. – padronizar a citação

[...]Caso o juiz de primeiro grau, fazendo o uso do disposto no Art.285-A, profira sentenças que correspondam apenas ao seu entendimento pessoal, ainda que este esteja ao contrário ao dominante ao tribunal que lhe seja hierarquicamente superior, estará a proferir sentença que inevitavelmente será objeto de Apelação.

Ao juiz que aderir o procedimento de reprodução de sentença, é primordial que se atenda ao pressuposto exigido de que essas decisões estejam em conformidade com as prolatadas pelos tribunais hierarquicamente superiores, vez que apenas o entendimento pessoal exarado pelo juiz ao julgamento da causa ensejaria a recurso de Apelação, interposto pela parte Autora, que poderia ver sua decisão modificada pelos Tribunais, neste caso, o instituto esculpido no artigo 285-A perderia sua finalidade.

A intenção do Anteprojeto é ampliar o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, visando conferir mais celeridade aos processos através da valorização da jurisprudência.

Para melhor compreensão de todos os relatos, faz-se necessário analisar o disposto no artigo 930 do Projeto descrito acima, que elenca a possibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Lado outro, percebe-se que a intensão do incidente é criar uma decisão paradigma, ou seja, com força de jurisprudência, devendo a tese ser aplicada a todos os processos que versem sobre a questão de direito ali debatida e que tramitem na jurisdição do respectivo tribunal julgador.

A dúvida persiste na medida em que é instaurado o incidente, a decisão proferida terá força de jurisprudência, devendo todos os casos daquela jurisdição receber o mesmo julgamento?

Desta forma, como seria possível modificar o entendimento de determinada matéria se o Novo Código de Processo Civil prevê que o magistrado pode julgar liminarmente improcedente o pedido?

Assim, verifica-se que a real intenção não é consagrada pelo instituto da celeridade do processo através da valorização da jurisprudência, e sim o engessamento das decisões.

Na opinião de Luiz Wambier, Tereza Wambier e José Medina (2006, p.63-64),

[...] o novo art. 285-A é uma demonstração eloquente e lamentável da tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) pela via da negativa de fruição de garantias constitucionais”, acrescentando: “Segundo os mentores desse projeto, essa iniciativa tenderia a desafogar o juízo de primeiro grau, evitando o contraditório, que se daria através da citação (pasmem!), e a sobrecarga de trabalho, portanto. Ora, e o Tribunal? Este certamente será sobrecarregado com apelações e terá que cumprir, de certo modo, papel de juízo de primeiro grau, na hipótese de o réu oferecer suas contrarrazões. Que diferença terá esse novo método, em relação ao julgamento antecipado da lide, esse, sim, com pleno contraditório e como exaurimento da atividade jurisdicional de primeiro

grau? Certamente nenhuma diferença expressiva, até porque a única ‘fase’ que se está evitando será a citação seguida da apresentação da contestação. Ora, se trata de matéria de direito, logo após o eventual exercício do direito de defesa, pelo réu, ou, ainda, na hipótese de revelia, pode o Magistrado (pela via do julgamento antecipado) proferir sentença, sem qualquer atropelo e sem qualquer fissura no conjunto de garantias processuais constitucionais”

Na verdade, o referido instituto somente deveria ser aplicado, quando houvesse consequências jurídicas vantajosas em face do jurisdicionado, ou seja, daquele que espera resposta do judiciário e não para os juízes de primeiro grau e dos tribunais.

É certo, que o poder judiciário está necessitado de transformações e soluções que resolvam a quantidade de demandas a serem julgadas, devido ao excesso de ações tramitando em todo país. Entretanto, eventuais medidas devem atender especialmente o jurisdicionado.

Atender as necessidades jurídicas apenas do judiciário, principalmente no que se refere ao juiz de primeiro grau, é grande perda de tempo da atividade jurisdicional, acarretando afronta à garantia constitucional da duração razoável do processo, consoante artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988 .

Os mentores do referido projeto que defendem a aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil mencionam que essa tendência desafogaria o juiz de primeiro grau, evitando que o réu apresente qualquer defesa, já que não haveria citação do réu para a apresentação da defesa, e consequentemente amenizaria a sobrecarga de processo. Entretanto, o que se percebe é que o acúmulo de trabalho tende a ser migrado para os Tribunais em caso de interposição de recurso de apelação por parte da autora, bem como, apresentação de contrarrazões por parte do réu.

Aplicar o instituto esculpido no artigo 330, I do Código de Processo Civil, nos casos que lhe são cabíveis, certamente é uma saída atraente, uma vez que a pretensão será atendida igualmente em relação ao artigo 285-A, porém com a diferença primordial, conceder o julgamento antecipado da lide com o pleno contraditório e com o exaurimento da atividade jurisdicional de primeiro grau.

Pode-se dizer que o juiz ao deferir o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I do Código de Processo Civil, estaria alcançando o objetivo pretendido no artigo 285-A, somente com a pequena diferença que esse último estará evitando a única fase do processo, qual seja, a citação seguida da apresentação da contestação.

Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, e ocorrendo efetivamente o direito de defesa pelo réu, com a apresentação da contestação, certamente não haverá infringência ao conjunto de garantias constitucionais.

2. DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A controvérsia discutida no presente estudo está consubstanciada na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, e é objeto de discussão no Conselho Federal da OAB, que propôs ação direta de inconstitucionalidade, enfrentando a aplicação do referido instituto no Código de Processo Civil. Os estudiosos desse projeto defendem a violação de diversos princípios de ordem constitucional.

Data	Adamento	Observação
29/11/2012	Substituição do Relator, art. 38 do RISTF	MIN.TEORI ZAVASCKI
28/09/2012	Decisão de julgamento (Lei 9.868/99 publicada no DJE e no DOU	ATA Nº39, de 12/09/2012.DJE Nº190, publicada em 27/09/2012
27/09/2012	Ata de julgamento Publicada, DJE	ATA Nº39, de 12/09/2012.DJE Nº190, publicada em 26/09/2012
13/09/2012	Juntada	Certidão de retirada de pauta da sessão plenária de 12/09/2012

Quadro 1: Processo Físico - ADI 3695- Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo física)

Os adeptos da Inconstitucionalidade do Artigo 285-A do Código de Processo Civil defendem que há violação ao princípio do contraditório e às garantias fundamentais, especialmente ao princípio do contraditório. Muitos são os argumentos para corroborar esse entendimento, especialmente a necessidade de garantir às partes a participação efetiva no desenvolvimento do processo em todas as suas fases, na medida em que oportunizar ao réu a participação apenas em sede de recurso não haveria a concretização efetiva do contraditório.

Rosemiro Pereira Leal, (2007,p.264), posiciona-se de forma crítica a essa inovação legislativa, dizendo:

[...] Espécie insólita de tutela antecipada ex officio a favor do espírito do réu em que o juiz, transfigurando-se (ectoplasmando-se)em Dom Quixote, elegendo-se defensor dos ausentes em nome de uma justiça veloz (olímpica).É mesmo uma situação tragicômica.

Renomado autor é considerado defensor da inconstitucionalidade do artigo, 285-A do Código de Processo Civil, argumentando que o juiz adotará uma

postura sem tanta precisão que lhe é inerente para descobrir qual é o verdadeiro direito pleiteado, mas sim a preocupação de se proferir sentença terminativa e definitiva de mérito, sem processo, sem o contraditório entre as partes, postergando o devido processo legal assegurado constitucionalmente.

Gustavo Felipe Barbosa Garcia, (2006, p.39), fornece uma formulação do problema:

[...] réu teria a possibilidade de apresentar em sua defesa novos argumentos, não vislumbrados pelo juízo nos feitos anteriores, bem como preliminares e alegações peculiares ao caso em debate. No entanto, o que o art. 285-A, caput, autoriza é justamente a prolação de sentença julgando totalmente improcedente o pedido do autor. Assim, não haveria qualquer prejuízo ao réu, que não poderia obter provimento jurisdicional mais benéfico do que a improcedência in totum. Aliás, o que se nota é verdadeiro benefício, ao privar o demandado de eventuais despesas, por exemplo, com advogado, preparação de defesa e locomoção, bem como preocupações decorrentes de estar sendo ajuizado.

Portanto, como referimos em obra anterior, entendemos que o art. 285-A do CPC não viola o princípio do contraditório, porque o seu nítido objetivo é a efetividade do processo em demandas que tenham por objeto casos idênticos. O dispositivo legal, ora comentado, pode significar uma redução de tempo de até mais de cinco anos em alguns Estados brasileiros (tempo de duração de um processo no primeiro grau de jurisdição). A opção do legislador foi bastante clara: entre proporcionar ao réu a mesma defesa já deduzida em outras demandas por outros réus, a produção dos mesmos meios de prova, repetição dos mesmos atos, quando de antemão já se sabe o julgamento do feito e reduzir-se o tempo de duração do processo, a escolha foi pela última hipótese.

Assim, na hipótese prevista no art. 285-A do CPC, a escolha do legislador foi a de preservar o princípio da duração razoável do processo, em razão da efetividade. Da mesma forma, os postulados da ampla defesa e do devido processo legal não restam violados pela aplicação do art. 285-A do CPC, na medida em que esses preceitos podem, e até devem, observar as regras infraconstitucionais que lhe servem de regulamentação.”

Portanto, como referimos em obra anterior, entendemos que o art. 285-A do CPC não viola o princípio do contraditório, porque o seu nítido objetivo é a efetividade do processo em demandas que tenham por objeto casos idênticos. O dispositivo legal, ora comentado, pode significar uma redução de tempo de até mais de cinco anos em alguns Estados brasileiros (tempo de duração de um processo no primeiro grau de jurisdição). A opção do legislador foi bastante clara: entre proporcionar ao réu a mesma defesa já deduzida em outras demandas por outros réus, a produção dos mesmos meios de prova, repetição dos mesmos atos, quando de antemão já se sabe o julgamento do feito e reduzir-se o tempo de duração do processo, a escolha foi pela última hipótese.

Assim, na hipótese prevista no art. 285-A do CPC, a escolha do legislador foi a de preservar o princípio da duração razoável do processo, em razão da efetividade. Da mesma forma, os postulados da ampla defesa e do devido processo legal não

restam violados pela aplicação do art. 285-A do CPC, na medida em que esses preceitos podem, e até devem, observar as regras infraconstitucionais que lhe servem de regulamentação.

Para o pesquisador, muito embora o réu tenha sido lesado pela não participação efetiva no processo, o benefício adquirido se torna ainda mais evidente, quando da prolação da sentença de improcedência *in totum*, pois ficará isento de eventuais despesas processuais, contratação de advogado, preocupação com a demanda judicial.

Defende ainda que não há infringência ao princípio constitucional do contraditório, uma vez que objetiva a efetividade do processo em demandas que tenham por objetos casos idênticos, e que a escolha do legislador ao inserir o referido artigo no ordenamento jurídico, foi a de preservar o princípio da duração razoável do processo.

A doutrina não é uníssona quanto à inconstitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, a exemplo disso, o entendimento reverberado por Ernane Fidélis dos Santos (2009, p.230).

[...] que o contraditório e a ampla defesa estariam assegurados pela faculdade reconhecida ao autor de recorrer da sentença de improcedência, não negada pelo parágrafo 1º, do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

Na verdade o autor, em seus dizeres, menciona que o artigo de lei não pode ser inconstitucional pela infringência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que poderiam ser concretizados em fase recursal quando da prolação da sentença de improcedência liminarmente, o autor relatar o seu inconformismo através de recurso de Apelação.

Os argumentos são assim defendidos, segundo o pesquisador, em virtude da redação exarada nos §§1º e 2º, que faculta ao juiz decidir no prazo de cinco dias eventual apelação interposta por parte do Autor, oportunidade que será determinado o prosseguimento da ação, se não mantida a sentença. Já em caso de manutenção da sentença de improcedência, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Afirmam, ainda que tenham sido postergados, esses princípios constitucionais teriam sido assegurados.

Tal assertiva, pode se tornar contraditória, pois no §1º do discutido artigo, ao dizer que na eventualidade de o autor apelar, o juiz determinará o prosseguimento da ação. Neste momento, qual medida judicial seria pertinente? O Réu contrarrazoar o recurso de Apelação? Ou seria apresentação de defesa, seguindo o regular andamento do processo?

Na mesma linha de intelecção, o §2º do mesmo artigo prossegue a contradição. Em caso de ser mantida a sentença, haverá a citação do réu será ordenada para responder ao recurso.

Ora, se deverá ocorrer à citação do réu, teoricamente o próximo ato processual a ser realizado seria apresentação da defesa. Entretanto, no mesmo parágrafo, ao prosseguir com a leitura, nos deparamos com a ideia de realizar resposta ao recurso interposto pelo autor.

A indagação é se o réu deveria realizar a defesa, em virtude da fase processual ou deveria responder ao recurso de Apelação, apresentando as contrarrazões de Apelação?

A discussão traz divergência sobre as inversões dos institutos processuais, o que pode ainda mais relativizar a constitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

Vicente Greco Filho (2009, p.80), em defesa do texto legal, atribui que:

[...] o contraditório, a ampla defesa e devido processo legal devem conviver com a efetiva prestação jurisdicional, seriamente comprometida pela multiplicação de demandas com a mesma tese jurídica e que poderiam ser decididas rapidamente com o desafogo evidente da Justiça.

A ideia principal defendida, neste caso, é que o primeiro ponto a se pensar, é na aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil, pois, relaciona-se quanto a constitucionalidade da norma, uma vez que pode alegar-se a violação dos princípios do acesso à justiça do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que a sentença é prolatada sem antes ocorrer a citação e consequentemente sem o desenvolvimento regular do processo.

Entretanto, prossegue afirmando, que embora seja cogitada a possibilidade da infringência constitucional citada no parágrafo anterior, os argumentos não devem ser acolhidos, posto que nenhum princípio ou norma constitucional deve ser considerada absoluta, sendo necessária harmonia entre todos os demais

Neste interim, assegura que o princípio do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal devem relacionar harmoniosamente com a efetiva prestação jurisdicional, que nesse caso, resta seriamente comprometida pela multiplicação de demanda com a mesma tese jurídica e que poderiam ser decididas rapidamente com o desafogo da justiça.

Em que pese os argumentos trazidos, é necessário refletir, que o artigo ora estudado, só permite ao Juiz proferir a sentença de improcedência liminarmente e independente de citação do réu, nos casos de controvérsia a respeito de questão de direito e quando o mesmo juízo já houver proferido sentença de total improcedência em outras causas semelhantes.

Ainda que ações tenham as mesmas matérias ou os mesmos argumentos jurídicos, é comum, na prática diária, nos depararmos com ações aparentemente “idênticas”, entretanto, as diferenciações existem em alguns pontos sutis que se mostrarão cruciais para o deslinde da sentença, sendo necessário, o prosseguimento do processo pelo rito ordinário, oportunidade em que as diferenciações serão

apreciadas para melhor deslinde da ação, a não observância ou supressão da fase probatória do procedimento, poderá acarretar afronta ao princípio do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Lado outro, muito deve se argumentar qual é o sentido da terminologia “idêntico”, mencionada pelo legislador com a pretensão de aplicar o referido instituto jurídico nas causas, já que se trata de *conditio sine qua non* para se efetivar a pretensão do dispositivo.

O mencionado artigo dispõe que se tratando de matéria controvertida sendo unicamente direito e no juízo já houver sido proferida sentença de improcedência em outros casos “idênticos” (...) poderá ser aplicado na íntegra o instituto.

Deve-se refletir até que ponto são semelhantes as ações julgadas por aquele determinado Juiz que possui entendimento consolidado sobre a discutida matéria. Possui os mesmos argumentos jurídicos? E os argumentos fáticos? Esses são totalmente iguais aos demais casos julgados anteriormente?

A terminologia “idêntica”, segundo o dicionário online “Que não se alterou (ex.: a situação está idêntica à relatada anteriormente).” (PRIBERAM,2014).

Logo, não apresentando as razões fáticas que diferencie das mesmas ações julgadas por aquele mesmo juízo, não seria razoável, considerá-las idênticas.

Em respeito às considerações ditas, os argumentos pesam mais a favor da inconstitucionalidade.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há muita divergência sobre a inconstitucionalidade do art. 285-A, caput, do CPC, Alexandre Câmara Fretias, (2008, p.315) enfrentando o mesmo artigo ressalta que:

“ trata-se de dispositivo que, a meu juízo, é inconstitucional. Digo isto por ver, nesse dispositivo, uma violação do principio constitucional da isonomia”

O defensor dos argumentos acima descritos ressalta com vigor que a aplicação à norma veiculada pelo artigo 285-A do Código de Processo Civil, exige-se que em demandas anteriormente ajuizadas e julgadas por aquele mesmo juízo, já tenham sido proferidas sentenças de total improcedência, em casos idênticos.

Prossegue a narrativa afirmando que somente faz sentido a aplicação do dispositivo se as sentenças que servirão de precedentes estiverem de acordo com a jurisprudência dominante dos tribunais, uma vez que ao contrário, a mesma poderia ser revista pelos tribunais, e automaticamente haveria a afronta ao princípio da isonomia.

A infringência do princípio da isonomia também pode ser constatada quando o autor tenha sua ação distribuída no juízo que aplique a norma veiculada, enquanto outros autores, que tenham suas ações distribuídas em juízos diversos

que não adotem o procedimento, e que possuem situações jurídicas substancialmente iguais, seriam submetidos ao trâmite processual do procedimento ordinário, para ao final obter o julgamento de procedência do pedido.

Na verdade, a necessidade de dar mais agilidade aos trâmites processuais, talvez tenha sido a maior intenção do legislador ao instituir o artigo 285-A no Código de Processo Civil, porém a inconstitucionalidade do artigo se tornou ainda mais evidente quanto às infringências das garantias fundamentais.

Segundo os ensinamentos de Daniel Mitidiero (2006, p.173 e 174).

[...] a pretexto de agilizar o andamento dos feitos, pretende o legislador sufocar o caráter dialético do processo, em que o diálogo judiciário pautado pelos direitos fundamentais, propicia ambiente de excelência para reconstrução da ordem jurídica e consequente obtenção de decisões justas. Aniquila-se o contraditório, subtraindo-se das partes o poder de convencer o órgão jurisdicional do acerto de seus argumentos.

No entendimento Daniel Mitidiero o artigo estudado está afrontando diretamente o princípio do contraditório do Autor e não do Réu (2007, p. 37).

Na mesma linha de pensamento, o citado pesquisador ressalta a inconstitucionalidade do artigo 285-A, uma vez que é retirada da parte Autora a oportunidade de convencer o órgão jurisdicional do acerto de seus argumentos.

Como se sabe, o processo é sedimentado em fases processuais, pautados na oportunidade em que cada parte possui em se manifestar nos autos, trazendo nesse momento, todos os seus argumentos fáticos e jurídicos.

Segundo o defensor dessa tese, aplicar o instituto exarado no artigo 285-A do Código de processo civil é sufocar o caráter dialético, uma vez que o diálogo judiciário é constituído pelos direitos fundamentais, e retirar da parte autora a oportunidade de se manifestar no processo é infringir a garantia fundamental do devido processo constitucional.

Nessa mesma linha de intelecção, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Jose Garcia Medina, defendem que:

[..] a infeliz regra do art. 285-A do Código de Processo Civil, a pretexto de permitir julgamento mais célere de processos ditos repetitivos, afasta irremediavelmente o princípio do contraditório". (Artigo: Sobre necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do Código de Processo.

Para esses pensadores, o discutido artigo afasta o princípio constitucional. A fim de que tal não ocorra, surge à necessidade de o juízo de primeiro grau, antes de aplicar o dispositivo do artigo 285-A do Código de Processo Civil, determinar a intimação do demandante para se manifestar, sobre se é o caso de aplicação da norma processual aqui em exame.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,(2008, p. 556). ressaltou,

O Código de Processo Civil 285-A é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (Constitucional Federal, 5º, caput e inciso I), do devido processo legal (Constituição Federal, 5º, LIV), direito de ação (Constituição Federal, 5º, XXXV, do contraditório e da ampla defesa (constituição Federal 5º, LV), bem como, o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do Réu.

Ressalta-se que há súbito bloqueio da regular formação da relação jurídica processual ante o direito de ação, ao tentar extinguir a relação jurídica, antes mesmo que se estabeleça a efetivação da citação, fato que ocasiona a infringência do princípio constitucional quanto ao devido processo legal do contraditório e da ampla defesa, devido à afetação de direitos e de garantias tradicionais condutoras do processo.

Finalizam o entendimento de que não se sustenta o artigo 285-A do Código de processo civil, por ferir ao artigo 5º, caput, e incisos I, XXXV, LIV, LV, da Constituição da República de 1988.

Candido Rangel Dinamarco (2009, p.412), esclareceu que:

[...] na tentativa em salvar a constitucionalidade do artigo 285-A, dispõe ao explicar que o dito artigo “não vislumbra a inconstitucionalidade, exige para sua efetivação, que o juízo, antes de proferir a sentença de improcedência, venha determinar a intimação do autor, tal qual ocorre nas hipóteses da emenda da petição inicial , sob o argumento de que, assim procedendo, estaria resguardado o contraditório e o diálogo que lhe é inerente.

DIANAMARCO (2009, p.412) coaduna com o entendimento de CAMARA (2013, 365) , de que havendo intimação do Autor, utilizando aplicação analógica do artigo 284 do Código de Processo Civil que se refere a emenda da petição inicial, estaria resguardado o contraditório e o diálogo que lhe é inerente.

Na verdade, tal assertiva não é efetivamente a intenção teleológica da lei 11.277/2006, ao inserir, ao CPC o polêmico artigo 285-A, que teve o único propósito de desafogar o judiciário relativo às demandas denominadas “repetitivas”, com a justificativa de estar exercendo o princípio constitucional da duração razoável do processo.

4. CONCLUSÃO

Pretendeu-se no presente artigo, analisar a controvérsia acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

A aplicação do referido artigo mostra clara afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal e demais

garantias processuais, tornando a possibilidade de improcedência, *initio litis*, podendo ser considerado o artigo inconstitucional.

Mesmo diante da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº. 11.277/06 nº. 3695, ingressada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil alegando que a referida lei estaria maculando o artigo 5º, caput e incisos XXXV, LIV e LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alguns doutrinadores defendem o artigo 285-A do CPC, reafirmando a sua constitucionalidade.

Entretanto, ainda que exista divergência justificada sobre o assunto, a inconstitucionalidade se torna evidente, tanto por mitigar o princípio das contraditória e ampla defesa do Autor (sede de primeiro grau de jurisdição), quanto por tornar vulnerável o princípio da isonomia.

Apesar da demonstrada afronta constitucional de todos os princípios elencados no artigo 5º e incisos XXXV, LIV e LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que mais é atacado pelo artigo 285-A do CPC é o princípio constitucional da isonomia.

Dito isso, ressalto que a razão central desse entendimento está relacionada também à ideia de que há ofensa ao princípio de contraditório. O artigo 285-A permitiu ao julgador diminuir e encurtar o direito do Autor em se manifestar nos autos ao considerar a possibilidade de improcedência de *initio litis*, antes mesmo da efetivação da citação.

Em se tratando de ampla defesa como direito reconhecido ao Autor, principalmente no que concerne ao artigo 285-A do Código de Processo Civil, inconstitucionalidade pode ser evidenciada, uma vez que consiste na supressão de quase todo o procedimento de primeira instância diminuindo consideravelmente as oportunidades de suas manifestações e para influir no convencimento do juiz da causa.

Lado outro, embora haja controvérsia entre renomados doutrinadores acerca da constitucionalidade e inconstitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, os argumentos que melhor convencem estão relacionados à inconstitucionalidade do dispositivo em tela, por mitigação do princípio da ampla defesa.

No que se refere ao princípio constitucional da isonomia, conforme já ressaltado, não necessariamente haverá consonância de entendimento de diversos juízes que irão julgar causas que são passíveis de aplicação do instituto, posto que para alguns o dispositivo deva ser aplicado, já outros optam por seguir o procedimento ordinário do processo. Tal situação se torna ainda mais gravosa, já que torna vulnerável a situação daquele que pretende ver o seu direito resguardado.

Entretanto, mesmo diante das inúmeras ponderações, não se pode deixar de apreciar os esforços de interpretação e entendimento de alguns processualistas, que defendem a ideia da prévia intimação do autor pelo Juízo antes de proferir a

sentença de improcedência com base no artigo 285-A do código de processo civil, ficando consagrado o princípio do contraditório, e por outro lado, considerando a possibilidade de improcedência *initio litis*, sendo utilizado o parâmetro não por uma “sentença do juízo”, mas sim, Súmula e Jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou Tribunal superior.

Mesmo diante da tentativa do artigo 285-A do Código de Processo Civil em satisfazer a pretensão social com intuito de uma prestação jurisdicional mais célere, houve afronta aos princípios constitucionais e processuais inderrogáveis, reforçando a tese de inconstitucionalidade do referido instituto.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Luciana. Uma Análise da Segurança Jurídica no Ordenamento Brasileiro à luz do Artigo 285-A do CPC. Disponível em: < www.text.pro.br >. Acesso em: 06 jan.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento processual ADI 3695. Disponível em www.stf.jus.br/portal/processo. Acesso em 07/03/2014.

CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DINAMARCO, Cândido . Instituição de Direito Processual Civil. 6. Ed. 1. Malheiros. São Paulo: 2009.

FIGUEIRA, Joel. Artigo: Julgamento de Mérito conforme o Estado Inicial do Processo”, p.p.02 e 03. Disponível em: < www.joelfigueira.com >. Acesso em 18/11/2013.

GRECO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 2 ed.-20. São Paulo: Saraiva, 2009.

IDÊNTICO terminologia: Dicionário Priberiam da Língua Portuguesa. Disponível em <www.priberam.pt/dlpo/identico>. Acesso em 07/03/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações Repetitivas e Julgamento Liminar. Disponível em: <www.text.pro.br>. Acesso 06/01/2014.

MEDINA, Jose; WAMBIER, luiz. Processo Civil Moderno - V. 1 - Parte Geral e Processo de Conhecimento. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. Comentário ao Código de Processo Civil, III. Memória Jurídica. São Paulo: 2006.

MITIDIERO, Daniel. Processo Civil e Estado Constitucional, Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil Reformado, Del Rey. Belo Horizonte: 2007.

NERY, Nelson. Principios do Processo na Constituição Federal. Ed. 9-São Paulo: RT: 2009.

SCARPINELLA, A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Ed.2-São Paulo: Saraiva: 2006.

THEODORO, Humberto. As novas Reformas do Código de Processo Civil. Ed-Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil. Ed-São Paulo: 2006.

WAMBIER, Luiz. Artigo: Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-j do CPC – inserido pela Lei 11.232/2005. Disponível em.< www.text.pro.br>.

CAPÍTULO 22

(RE)PENSANDO HEGEMONIAS: ESTADO PLURINACIONAL COMO UM NOVO PARADIGMA DE ESTADO NA AMÉRICA LATINA

Paula de Sousa Constante¹

1. INTRODUÇÃO

“Toda mudança, assim como essas, suscita indagações, que em alguns casos, como o de implantação de um novo modelo político, leva algum tempo para serem respondido. É assim mesmo que todas as rupturas se deram na história” (KUNH, 1994)

No dia 02 de fevereiro de 2009, após a promulgação da Constituição Política do Estado da Bolívia descobriu-se uma nova América que agora se torna Plurinacional. Entretanto no que consiste esse novo Estado? Quais suas pretensões frente ao direito internacional? E quais tem sido as mudanças de paradigmas do direito contemporâneo com a promulgação dessa Carta Constitucional? Consiste em um novo poder constituinte revolucionário? É o início do chamado pós-modernidade?

De fato a Constituição da Bolívia delineou novas fronteiras acerca da reforma institucional e, além disso, definiu novos canais de comunicação com a sociedade civil, com os povos indígenas e novas atuações para os partidos políticos. É importante ressaltar que esse novo modelo constitucional propõe e definiu uma Bolívia descentralizada politicamente e em distintos outros aspectos. Será que a Bolívia está preparada para o advento de uma nova construção histórica, uma nova Constituição e desde modo novos paradigmas para a sua sociedade?

¹ Mestranda em Direito Público pela PUC-MG Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Estudo em Direito Internacional- CEDIN, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduanda em Ciências do Estado pela UFMG. Formação em Relações Internacionais e Políticas Públicas de Território pela Universidade Técnica de Lisboa-Portugal. Member of International Law Students Association. Membro do Grupo de Direito Internacional-GEDINP. Endereço eletrônico: psconstante@gmail.com

O novo projeto de Estado trazido pela Bolívia discute a visão do Estado Nação e a tradição política ocidental da América². As reformas que estão ocorrendo na Bolívia abrem caminho para novas possibilidades de democracia e rompimentos institucionais de uma forma geral.

Deste modo, nesse artigo vamos permear o tema do Estado Plurinacional como uma incógnita para o direito internacional (lembrando do seu caráter homogeneizado e europeu) e, para além de definir conceitos, suscitar dúvidas acerca de um Estado que propõe romper com o paradigma de mais de cinco séculos do tradicional modelo de Estado Moderno ou Nacional.

2. DESVENDANDO O ESTADO NACIONAL

O Estado Nacional ou Estado Moderno possui cerca de 500 anos e sua gênese requer, em especial, a tomada de consciência do sentimento de nação, o qual consiste na ideia de um pertencimento a um determinado grupo social. Entretanto, o sentimento de pertencimento a um Estado Nacional é uma criação histórica e necessária para o surgimento de uma forma política e econômica presente até os dias atuais, para a formação do Estado Unificado.

Essa forma de Estado ao impor com um determinado padrão de sociedade, uma forma de estado monocultural, pôs fim a uma série de identidades nacionais preexistentes, tendo em vista que desconsidera a realidade presente anteriormente em detrimento da imposição no novo modelo, então denominado Estado Moderno. Consoante os ensinamentos de Eric J. Hobsbawm. 1990, pag 19: “o nacionalismo vem antes das nações. As nações não formam os Estados e os nacionalismos, mas sim o oposto”, contudo na implementação do Estado Moderno primeiro temos a Nação preexistente e, logo em seguida o surgimento do sentimento nacionalista, o qual foi criado.

O Estado Moderno, conforme afirma José Luiz Quadros³, tem dois elementos fundamentais, quais sejam: o *povo e o território*. O primeiro é um quadro humano sufragante, que se politizou, ou seja, o corpo eleitoral⁴ e, é um elemento pessoal na constituição e na existência do Estado. Não podemos vislumbrar a ideia de Estado sem um povo, tendo em vista que esta se configura como fator precípua da própria existência do Estado. O segundo, território, é uma base geográfica do poder e só surge como componente necessário no Estado Moderno.

O Estado Moderno uniformiza os modos de vida, fato de imensa relevância para o constructo social, e assim desconfigura a identidade social de um povo,

² BRUCKMANN, Monica. Civilização e Modernidade: o movimento indígena na América Latina. Disponível em: <http://www.cebela.org.br/site/baCMS/files/44NCT2%20Monica%20Bruckmann.pdf>

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (2010) Democracia e Poder Popular: o Estado Plurinacional na América Latina com uma construção do poder popular. In. MATOS, Virgílio de. (Org.,2010) Desconstrução das Práticas Punitivas. Belo Horizonte, Brasil: CRESS 6ª Região/CRP-MG,p.63-76.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed, 7. Tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p.75.

além disso, ele inaugura um estado pautado na “*intolerância religiosa, cultural, e na negação da diversidade fora de determinados padrões e limites*”⁵. A nova Constituição da Bolívia pretende (re) construir com novos valores, (re) estruturar e compreender a diversidade do seu país, lançando mão ao modelo imposto e (re) construir um Estado Revolucionário - isso analisando frente ao Estado imposto - pautado na igualdade e não na uniformização.

O modelo de Estado (Estado Moderno) adotado, importado a partir do paradigma de Estado Liberal Burguês em voga na Europa, apregoava a igualdade formal (é sabido que é necessário muito mais do que uma igualdade formal para efetivamente se garantir um igualdade, desde modo faz-se mister a igualdade material, a fim de completar os objetivos a serem atingidos), não reconhecendo assim, as peculiaridades das populações originárias, negando-lhes sistematicamente autonomia frente ao governo central, este constituído tão somente pela elite *criolla*.

Nesse sentido, durante os séculos subsequentes à independência formal subsistiram diversas formas de distanciamento dos povos originários do poder central. No entanto, os povos não se portaram de maneira passiva frente a tais arbitrariedades. Como exemplo, tem-se ainda na época colônia, a era das grandes insurreições andinas - *Tupac Amaru II* e *Tupac Katari*. As insurreições são de enorme validade, pois demonstram o descontentamento da população afetada e que necessita de reconhecimento de direitos, os quais durante anos séculos foram cerceados.

O Estado Plurinacional nasce da luta de movimentos sociais internos e, de certo modo demonstra a falência mais do que institucional do Estado Moderno, o que está sendo vislumbrado diante de diversas crises e movimentos dos movimentos sociais cotidianamente, em especial na América Latina. E por que não pensarmos que está iniciando novos tempos, ou melhor, a pós modernidade, a qual como fenômeno histórico é lento e se perdurará no tempo com os outros paradigmas.

3. ENTENDENDO O ESTADO PLURINACIONAL

O processo de nascimento de um novo poder constituinte na Bolívia, país que implanta um Estado Plurinacional, inicia-se com a Marcha dos Povos Indígenas e Originários no ano de 2002. A partir da mobilização social realizada o Estado se viu perante da necessidade de instituir uma Assembleia Constituinte que dialogasse com a realidade social do país e não da imposição do Estado Moderno que advém com a Revolução Francesa. Essa Marcha demarca o início da construção do Estado Plurinacional e, desde modo, uma construção democrática e participativa, ou ainda, um Estado que dialoga com o povo.

⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Identidades e identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal. In: Veredas do Direito, vol.5, no.9/10, jan/dez. 2008, p.47.

Em 2003 houve a renúncia de Gonzalo Sánchez de Lozada, após um movimento insurrecional e de uma aguda crise política que assolou o país. Diante da renúncia, no mesmo ano os representantes das organizações indígenas e originárias se reuniram em Santa e mais uma vez versaram sobre a necessidade de uma Assembleia Constituinte.

O Pacto de Unidade Indígena, Originário e Campesino formado em 2004 assumiu a obrigação de criação de uma lei Convocatória para a Assembleia Constituinte participativa, fundacional e soberana⁶.

Em contrapartida todas as mobilizações ocorridas para a instauração de uma nova Assembleia Constituinte, os setores oligárquicos da capital se contrapuseram e exigiam um processo de descentralização do país. Liderados pelo Comitê Cívico de Santa Cruz tinham como escopo a descentralização regional do ultrajado poder político e econômico já fracassado no país.

Entretanto, em 2006 o Congresso Nacional aprovou dois documentos relevantes: Lei Especial para a Convocatória da Assembleia Constituinte e a Lei Convocatória que versava acerca da autonomia. A partir daí o Pacto de Unidade iniciou um processo de construção conjunta da proposta da nova Assembleia Constituinte.

O resultado das movimentações foi a entrega de um documento, no dia 5 de agosto, ao presidente da Assembleia instituída com os seguintes dizeres:

Propuesta para la nueva Constitución Política del Estado. “Por un Estado Plurinacional y la autodeterminación de los pueblos y naciones indígenas, originarias y campesinas”. Los tres ejes centrales que caracterizan la propuesta de las organizaciones son: la demanda de constitucionalizar el Estado boliviano como Plurinacional, la propuesta de reordenamiento territorial para el país y la defensa de la tierra y el territorio de las comunidades, pueblos y naciones indígenas originarias y campesinas.

É importante salientar que, durante todo o período de criação da Assembleia Constituinte vários setores da sociedade, dentre eles intelectuais, participaram da reflexão acerca da nova instauração do Poder Constituinte, desde modo houve intensa participação popular no processo de construção.

É nesse contexto de lutas para a construção da Assembleia que o Estado aprova a criação da Lei para a criação da Assembleia Constituinte e inicia a criação de um Estado distinto da padronização criada pelo Estado Moderno. Nasce o Estado Plurinacional, um estado capaz de compreender a pluralidade e as especificidades de cada povo, desta forma ele inclui todas as camadas da sociedade e trata-as de forma igual, contudo diferencia para criar uma igualdade.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires., Waldhuter Editores, 2009.

4. ESTADO PLURINACIONAL: UM NOVO CONSTITUCIONALISMO

Utopía(...) Ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, Ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más Allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿ Para qué sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar: (Eduardo Galeano, 1994, pag 310)

Assim como afirma o poema descrito acima, a criação do Estado Plurinacional surge como uma nova forma de caminhar, trilhar soluções mais igualitárias para a construção da sociedade respeitando a diversidade, bem como de início parece uma utopia para alguns e para muitos é o *devenir* um novo paradigma.

O constitucionalismo até então presente em diversos países do mundo é de certa forma rechaçado na Bolívia e, a partir daí surgiu um Estado Plurinacional. A ideia de Estado como sendo somente uma nação é desfeita e muitas teorias “*caem por terra*”.

O Estado, segundo Boventura⁷ tem uma razão fundamental que é organizar a sociedade em um nível macro dentre eles a organização do legislativo e de suas autoridades, além de estabelecer um pacto social, ou seja, uma norma de convivência.

A necessidade de criação de uma nova forma de constitucionalismo e, consequentemente, de uma nova forma estatal se deve em relação ao momento vivido da Bolívia, pois vemos nesse país a necessidade de mudanças radicais e uma emancipação em face do colonialismo. Diante disso, podemos afirmar que o constitucionalismo até então vigente no país era um constitucionalismo moderno colonizador e imposto pelos Estados (em especiais os Estados europeus) de forma hierárquica, o que impossibilitou o reconhecimento da luta de distintas classes dentro do país e, também de uma perda de identidade, ou melhor, de construção identitária. São formas de tentar sanar as divergências impostas pelo Estado moderno monocultural.

O novo Estado que surge vem com a bandeira macro da *pluriculturalidade, pluriethnicidade, plurinacionalidade e interculturalidade* entre os países. Essa nova frente constitucional surge com a finalidade de trabalhar as disparidades provenientes do processo de colonização dentro do país.

De acordo com tese defendida por Boventura⁸ o constitucionalismo plurinacional possui três ideias centrais que são:

Primero, reconocimiento recíproco; segundo, continuidad. Cuando hablamos de actos fundacionales, los hablamos con legitimidad. Pero ser originario no signifi-

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales. Buenos Aires., Waldhuter Editores, 2009.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales. Buenos Aires., Waldhuter Editores, 2009.

ca olvidar la historia; al contrario, hay que conocer toda la trayectoria del pasado, porque lo que se busca es una justicia histórica. Por eso no hay que olvidar lo que pasó; es muy importante que se mantenga la idea de continuidad. Tercero, la idea del consentimiento, de que las cosas deben ser consensuadas.

Tendo em vista esses três princípios apresentados por Boaventura depreen-de-se que a efetivação do Estado Plurinacional, a princípio é uma tarefa árdua para o país, pois são tantas as diferenças étnicas presentes que a convivência plurinacional é difícil, entretanto não é uma tarefa impossível, pois, de certa forma, humaniza os direitos humanos tanto defendidos por países europeus e não efetivados nos mesmos. O direito a diferença é um direito fundamental, ou melhor, o direito à diversidade.

Deste modo, o Estado Plurinacional é um novo discurso público e oficial fundamentado na diversidade cultural e a necessidade de promover uma convivência entre brancos, mestiços, indígenas e negros, refletindo em recentes reformas educativas e constitucionais, e em grande parte, da mobilização e da participação política da comunidade indígena.

Esse é o Estado que surge para nós como uma quebra de paradigma do Estado Moderno, e o qual ainda não têm certezas em fase dos seus desdobramentos. Esta forma de Estado se diferencia de todos os Estados Nacionais existentes até o presente momento, tendo em vista que cada um possui a sua especificidade. Contudo é uma inovação válida e, ainda é cedo para tecermos se essa forma de Estado irá resolver os problemas trazidos pelos anos de exploração as comunidades indígenas.

4.1. Princípios do Estado Plurinacional

A palavra princípio origina-se do latim e significa o início, o começo, o ponto de partida. Nesse sentido, os princípios expressos na criação do Estado Plurinacional são os mandamentos nucleares de um sistema ou melhor o verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência⁹.

Nesse diapasão, a construção de um Estado Plurinacional para a Bolívia se embasa em princípios fundantes para a consolidação de uma gama de direitos pautados na diversidade e na complexidade da sociedade. Pois, como afirma José Luiz Quadros *“vivemos em um mundo cada vez com maior complexidade (...) a compreensão do mundo atual nos impõe um conhecimento transdisciplinar”*.

Os princípios do Estado Plurinacional estão expressos no preâmbulo da Constituição Boliviana assim:

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 5 ed., p.450.

Un Estado basado em el respeto e igualdad entre todos, com principios de soberania, dignidade, complementariedad, solidariedad, armonía y equidad em la distribucion y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; com respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. (BOLIVIA, 2009)

Dessa forma, os princípios previstos na Constituição da Bolívia visam superar as dicotomias excludentes, as quais provêm do Estado Moderno que unificou as culturas massacrando-as. Além disso, visam orientar os novos passos da Constituição. Visa além de tudo, (re) pensar, (re) construir uma sociedade pautada na diversidade e não na exclusão.

4.2. Constitucionalismo Boliviano

De acordo com Boaventura Sousa Santos sobre a transformação política diz: *“Pienso que nunca antes tuvimos una distancia tan grande entre teoría política y práctica política, y que las razones de esta distancia se deben a cuatro grandes factores”*. (SANTOS, 2002, pag 143).

Boaventura faz algumas observações sobre o novo constitucionalismo instaurado na Bolívia que são: o constitucionalismo moderno não levou em consideração a realidade dos países latinos e implantou sem observar as diferenças um modelo ou teoria política de forma global; não há criação de teorias nos últimos anos teorias políticas voltadas para a América latina; até a presente data toda a teoria política produzida é monocultural e tem como marco histórico a cultura eurocêntrica e, mesmo após o fim da colonização formal os países latinos entraram em um processo de pós-colonização.

Conforme expressa TAPIA(2007)¹⁰:

Por eso, tal vez es preferible pensar em una forma de gobierno democrático multicultural que ponga énfasis em el diseño de instituciones que permitan ir superando las desigualdades entre naciones y pueblos así como las desigualdades al interior de cada uno de estos; es decir, afirmar la primacia de lo democrático por sobre lo nacional, ya que la historia nos muestra que no solo las construcciones nacionales, sino también las plurinacionales, han producido sus formas de monopolio político y una estructura de clases.

Essa nova forma de Estado é laica e não esta ligada ao poder da igreja. O artigo 1º da Constituição expressa:

(...)a Bolívia se constituye em um Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, livre, Independiente, soberano, democrático, intercultural,

¹⁰ TAPIA, Luis. (2007) Una reflexión sobre la Idea de Estado Plurinacional. In OSAL. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Año VIII, Nº22, septiembre.

descentralizado y com autonomias. Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, econômico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro do proceso integrador del país.

O Estado Plurinacional surge com a chegada ao poder dos grupos até então excluídos da sua própria sociedade, pois seus saberes e culturas foram desconsiderados com a implementação do Estado Moderno.

É um Estado democrático, participativo pautado na propriedade coletiva e que tem o compromisso com a unidade e a integridade do país. São no total de 411 artigos presentes na Constituição e destes 80 versam especificamente sobre os direitos indígenas. Esses povos tiveram seus direitos reconhecidos pela Constituição de maneira formal e têm nesse documento o reconhecimento de sua representação no parlamento, o da autonomia e o poder de administrar seus recursos financeiros.

É importante salientar que o constitucionalismo plurinacional propõe romper com o paradigma das bases uniformizadoras do Estado-Nação, também denominado Estado Moderno, deve ser dialógico e concretizante, o primeiro, por que demanda uma abertura comunicativa e o segundo, pois se compromete a buscar soluções específicas e ao mesmo tempo consistentes para situações individuais e complexas¹¹.

Deste modo, José Luiz Quadros¹² expressa:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de família, direito de propriedade e sistema econômico, entre outros aspectos importantes da vida social.(...)A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático, participativo e dialógico, pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado Nacional constitucional e democrático representativo uniformizador de valores e, logo, radicalmente excludente.

Assim sendo, o novo Estado em contraposição ao Estado Moderno não tem como princípios a uniformização dos modos de vida, da economia, da propriedade¹³ e não está pautado pela exclusão, a qual vigorou até a presente data no país mesmo mediante o processo de independência.

¹¹ AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: Matrizes para um releitura do Direito Internacional Moderno. Disponível no site: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-263-Artigo_Henrique_Weil_Afonso_e_Jose_Luiz_Quadros_de_Magalhaes_\(O_Estado_Plurinacional_da_Bolívia_e_do_Ecuador\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-263-Artigo_Henrique_Weil_Afonso_e_Jose_Luiz_Quadros_de_Magalhaes_(O_Estado_Plurinacional_da_Bolívia_e_do_Ecuador).pdf)

¹² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; WEIL, Henrique. Bioética no Estado de Direito Plurinacional, p.17-18.

¹³ AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: Matrizes para um releitura do Direito Internacional Moderno. Disponível no site: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-263-Artigo_Henrique_Weil_Afonso_e_Jose_Luiz_Quadros_de_Magalhaes_\(O_Estado_Plurinacional_da_Bolívia_e_do_Ecuador\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-263-Artigo_Henrique_Weil_Afonso_e_Jose_Luiz_Quadros_de_Magalhaes_(O_Estado_Plurinacional_da_Bolívia_e_do_Ecuador).pdf)

5. CONCLUSÃO

É notável as insuficiências do Estado Nacional e, por isso, de certo modo o Estado Plurinacional gera um entusiasmo em face do mesmo. A América Latina é um fervor de não esquecimento, mesmo com as imposições arbitradas pelos colonizadores; os movimentos sociais ecoam daqueles países, em especial da Bolívia, e visa resgatar a identidade e a autonomia perdida durante anos.

Como toda “revolução” a instauração do Estado Plurinacional não se deu e não se dará de modo suave. Entretanto é um Estado que inicia com fatores de extrema relevância como o reconhecimento dos direitos historicamente negados a determinado grupo (os indígenas) e, é pautado por uma democracia dialógica e participativa. Nesse novo sistema instaurado existe equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país, além de reconhecer as distintas formas de constituição de família.

O novo constitucionalismo boliviano abre espaço para o início de uma nova série de mudanças na vida dos povos bolivianos e, coloca em voga o Direito Internacional, aqui entendido como sistema europeu uniformizador e hegemônico, o qual se contrapõe a um Estado não hegemônico, democrático, dialógico e plural.

De fato não há certezas em face desse novo Estado, entretanto quando vislumbramos momentos de certezas na sociedade? As crises vistas na sociedade, ao longo dos tempos, são exemplos da incerteza que é natural à sociedade, e essas mudanças, a princípio, ou pelo menos essa tentativa, apresenta-se bem vinda, pois é uma nova maneira de respeitar as diferenças de cada comunidade tradicional e visualizar o surgimento de um novo paradigma. Por isso, o Estado Plurinacional, ainda pouco estudado, se mostra uma incógnita para a comunidade internacional e um viés para o direito da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: Matrizes para uma releitura do Direito Internacional Moderno. Disponível no site: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC17/RBDC_17_263_Artigo_Henrique_Weil_Afonso_e_Jose_Luiz_Quadros_de_Magalhaes_\(O_Estado_Plurinacional_da_Bolivia_e_do_Ecuador\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC17/RBDC_17_263_Artigo_Henrique_Weil_Afonso_e_Jose_Luiz_Quadros_de_Magalhaes_(O_Estado_Plurinacional_da_Bolivia_e_do_Ecuador).pdf)

ARENTH, Hannah. (1989). *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo, Brasil: Companhia das Letras.

BOLÍVIA. (2009) *Constitución Política Del Estado*. Aprovada em referendo constituinte e janeiro de 2009. Documento eletrônico, disponível em http://www.bolivia.de/es/noticias_imagenes/nueva_cpe_textofinal_compatibilizado_version_oct_2008.pdf. Acesso em 20.03.2012

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed, 7. Tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p.75.

BRUCKMANN, Monica. *Civilização e Modernidade: o Movimento Indígena na América Latina*. <http://www.cebela.org.br/site/baCMS/files/44NCT2%20Monica%20Bruckmann.pdf>

CAMARGO, Alfredo José Cavlacanti Jordão de. (2006) *Bolívia A Criação de Um Novo País. A Ascensão do Poder Político Autóctone das Civilizações pré-Colombianas a Evo Morales*. Brasília. Brasil: FUNAG Fundação Alexandre Gusmão.

CRETELLA JÚNIOR. *Curso de direito administrativo*. P.14 15.

HIRST, Paul. (1993) *A Democracia Representativa e Seus Limites*. Trad.Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro. Brasil: Jorge Zahar Editor.

HOBBSBAWN, Eric. (1990) *Nações e Nacionalismo desde 1780*. São Paulo, Brasil: Paz e Terra.

KUNH, Thomaz. (1994) *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo, Brasil: Perspectiva.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (2010) *Democracia e Poder Popular: o Estado Plurinacional na América Latina com uma construção do poder popular*. In. MATOS, Virgílio de. (Org.,2010) *Desconstrução das Práticas Punitivas*. Belo Horizonte, Brasil: CRESS 6ª Região/CRP MG,p.63 76.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Identidades e identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal*. In: *Veredas do Direito*, vol.5, no.9/10, jan/dez. 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5 ed., p.450

NEGRI, Antônio. (2002) *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro,Brasil: DP&A.

SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.,2003) *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2ed. Rio de Janeiro, Brasil: Civilização Brasileira.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafios actuales*.

TAPIA, Luis. (2007) *Uma reflexión sobre la Idea de Estado Plurinacional*. In OSAL. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Año VIII, N°22, septiembre.