

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

04

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. JONATHAN BARROS VITA

PROF. DR. YURI SCHNEIDER

Direito Constitucional
Direitos Humanos

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

04

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. JONATHAN BARROS VITA

PROF. DR. YURI SCHNEIDER

**Direito Constitucional
Direitos Humanos**



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marçlio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borgs Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Jonathan Barros Vita, Yuri Schneider. – Madrid : Ediciones Laborum, 2015.
V. 4

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos humanos. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

O Povo Kamba na Fronteira entre Brasil e Bolívia: Um Estudo Jurídico sobre Violação de Direitos Humanos <i>Antônio Hilário Aguilera Urquiza e Luciani Coimbra de Carvalho</i>	8
O Processo Constitucional como Elemento Essencial para a Concretização da Democracia do Direito Ibero-Americano <i>Gabriela Oliveira Freitas e Sérgio Henriques Zandoná Freitas</i>	26
As Crises Interconectadas do Estado Contemporâneo na Transformação Democrática na Participação Cidadã e nos Direitos Humanos Fundamentais Sociais <i>Yuri Schneider e Rogério Gesta Leal</i>	49
Os Desafios da Fundamentação da Dignidade Humana <i>Paulo Umberto Stumpf e Francisco Haas</i>	76
Partidos e Representação Política: Desafios para a Construção de uma Democracia Cidadã <i>Daiane Sandra Tramontini e Orides Mezzaroba</i>	90
Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Dos Problemas que Existem pela Falta de Compensação ao SUS e pelo SUS <i>Simone Letícia Severo e Sousa</i>	107
Positivismo e Pós-Positivismo Constitucional: Um Debate no Seio da Teoria dos Direitos Fundamentais <i>Matheus Felipe de Castro e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches</i>	134
Princípio da Motivação das Decisões Judiciais e Processo Democrático: As Novidades do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/2015) quanto à Fundamentação das Decisões Judiciais <i>Maria Cristina Zainaghi e Mônica Bonetti Couto</i>	152

Processo Judicial, Tributação e Concorrência: A Coisa Julgada e sua Rescisão no Novo CPC	
<i>Rogério Mollica e Jonathan Barros Vita</i>	167
Ressignificando o Direito à Educação como Coadjuvante da Autodeterminação do Homem na Sociedade da Informação	
<i>Carlos Alberto Molinaro e Catarine Gonçalves Acioli</i>	183
Supremo Tribunal Federal vs. Corte IDH: Caso Gomes Lund	
<i>Mário Coimbra e Sérgio Tibiriçá Amaral</i>	207
Tratados de Direitos Humanos após a Emenda à Constituição nº 45/2004: A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	
<i>Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite</i>	225
Uma Abordagem Teórico-Conceitual sobre Políticas Públicas, Modelos de Estado e Atuação do Judiciário Brasileiro	
<i>Andrea Abrahão Costa e Claudia Maria Barbosa</i>	242
Responsabilidade Financeira e Criminal pelos Dinheiros Públicos – Tutela dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais	
<i>Gonçalo S. de Melo Bandeira e Zulmar Fachin</i>	260

O POVO KAMBA NA FRONTEIRA ENTRE BRASIL E BOLÍVIA¹: UM ESTUDO JURÍDICO SOBRE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

ANTÔNIO HILÁRIO AGUILERA URQUIZA

Mestre em Educação (Educação Indígena) pela Universidade Federal de Mato Grosso (1999); *Master* em Educação (*Tecnologías de la educación* – 2001) e Doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca – Espanha (2006). Professor associado da UFMS. Professor da graduação, especialização e do mestrado em direito da UFMS. Bolsista produtividade PQ2 do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Pesquisador e orientador no projeto de pesquisa “Análise do tráfico e migração de pessoas na fronteira de Mato Grosso do Sul: dinâmicas se modalidades”. Coordenador do projeto de pesquisa: Fronteiras étnicas e culturais – Análise do tráfico e migração de pessoas na fronteira de Mato Grosso do Sul.

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Mestre em Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora adjunta da UFMS. Professora da graduação, especialização e do mestrado em direito da UFMS. Coordenadora do projeto de pesquisa “Análise do tráfico e migração de pessoas na fronteira de Mato Grosso do Sul: dinâmicas se modalidades”. Pesquisadora no projeto de pesquisa “Fronteiras étnicas e culturais – Análise do tráfico e migração de pessoas na fronteira de Mato Grosso do Sul”.

Resumo

Este artigo apresenta resultados parciais do projeto de pesquisa interdisciplinar e interinstitucional desenvolvido por nós e que aborda a situação jurídica do povo Kamba, índios bolivianos que cruzaram a fronteira Bolívia/Brasil, há mais de cinquenta anos e se estabeleceram na área urbana da cidade brasileira fronteiriça sul-mato-grossense de Corumbá, em um lugar que era o antigo lixão. O artigo contrasta o compromisso internacional assumido pela República Federativa do Brasil em garantir os direitos humanos dos

1 Artigo com resultados parciais da pesquisa desenvolvida no projeto interinstitucional “Análise do tráfico e migração de pessoas na fronteira de Mato Grosso do Sul: dinâmicas se modalidades” com fomento da FUNDECT - Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul e resultados parciais da pesquisa “Fronteiras étnicas e culturais – Análise do tráfico e migração de pessoas na fronteira de Mato Grosso do Sul”, com fomento do CNPq.

migrantes e indígenas localizados no país, com a realidade do povo Kamba que, até o presente momento, não foi reconhecido como indígena pela FUNAI – Fundação Nacional do Índio e, portanto, encontra-se à margem do exercício de direitos humanos garantidos aos indígenas e sem usufruir de direitos e políticas públicas específicas. Revela também a situação de migrante em uma sociedade discriminatória e sem políticas públicas efetivas de acolhimento e igualdade material de direitos humanos entre nacionais e estrangeiros, que vive em situação de vulnerabilidade social, vítima de discriminação e de exploração do trabalho. A pesquisa é de natureza exploratória tendo sido utilizados dados primários e secundários coletados na doutrina, legislação e pesquisa de campo.

Palavras-chave

Direitos Humanos; Fronteira; Indígenas e Migração.

Resumen

Este artículo presenta resultados parciales de proyecto de investigación interdisciplinar e interinstitucional desarrollado por nosotros y que trata de la situación jurídica del pueblo Kamba, indios bolivianos que cruzaran la frontera Bolivia/Brasil, hace más de cincuenta años y se fijaron en el área urbana de la ciudad brasileña fronteriza sur-mato-grossense de Curumba, en un lugar que era el antiguo basurero. El artículo contrasta el compromiso internacional asumido por la República Federativa de Brasil en garantizar los derechos humanos de los migrantes e indígenas localizados en el país, con la realidad del pueblo Kamba que, hasta el presente momento, no fue reconocido como indígena por la FUNAI – Fundación Nacional del Indio y, por lo tanto, se encuentra al margen del ejercicio de derechos humanos garantizados a los indígenas y sin disfrutar de derechos y políticas públicas específicas. Revela también la situación de migrante en una sociedad discriminatoria y sin políticas públicas efectivas de acogimiento e igualdad material de derechos humanos entre nacionales y extranjeros, que vive en situación de vulnerabilidad social, víctima de discriminación y de exploración del trabajo. La investigación es de naturaleza exploratoria y son utilizados datos primarios y secundarios recolectados en la doctrina, legislación e investigación en el campo.

Palabras clave

Derechos Humanos; Frontera; Indígenas y Migración.

1. Introdução

Desde o ano de 2013 desenvolvemos projeto de pesquisa interdisciplinar e interinstitucional na região de fronteira entre o Brasil e outros dois países da América do Sul:

Bolívia e Paraguai, com ênfase nos aspectos de mobilidade (migração) e tráfico de pessoas, em geral para exploração e trabalho ilegal. A partir deste recorte temático, privilegiamos, no âmbito deste estudo, a realidade histórica e atual do povo Kamba, originários da região da *chiquitania*, terras baixas bolivianas, que há mais de 50 anos está presente em situações precárias nos arredores da cidade de Corumbá/MS/Brasil.

De certa forma, o povo Kamba vive uma situação de marginalização entre as duas culturas, gerando uma invisibilidade construída pelo poder público que nega a eles a identidade de povos indígenas e dos próprios sujeitos que preferem o anonimato. Esta situação de fronteira cultural e reelaboração identitária a partir dos direitos básicos, será analisada, a partir, especialmente das teorias de Fredrik Barth (2000) e Sayad (1998), tendo como referencial o ordenamento jurídico internacional, em especial a Convenção n. 169 da OIT.

Assim, o presente texto traz a relevância dos direitos humanos dos povos indígenas a seus costumes, línguas, religiões e organizações sociais distintas daquelas reconhecidas pelo governo brasileiro (art. 231 da Constituição Federal de 1988), também garantidos em um plano internacional mais abrangente, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração Internacional da ONU sobre os Povos Indígenas (2007). Este contexto acaba sendo importante para que os Kamba tenham seus direitos reconhecidos pelo Estado brasileiro, tal qual outras etnias que estiveram em situação semelhante, como o caso dos Kaiowá (Pay Taviterá, como são chamados no Paraguai), no sul de Mato Grosso do Sul.

Na atualidade muito poucos conhecem a situação histórica dos Kamba. Eles mesmos são receosos de sua visibilidade, por serem estrangeiros sem documentos, o que traz como consequência, por outro lado, o fato de as políticas públicas geralmente não os atingirem. Somente muito recentemente foram realizadas duas pesquisas de doutorado sobre este povo, ressaltando sua história, organização social e particularidades culturais.

Morando junto à cidade, na periferia do município sul-mato-grossense de Corumbá, no bairro Cristo Redentor, reduto São Francisco de Assis, área usada antigamente como “lixão”, residem os descendentes dos primeiros Kamba de origem Chiquitano que migraram das *tierras bajas* na parte oriental da Bolívia, no Departamento de Santa Cruz, em meados do século passado em busca de trabalho e melhoria de condições de vida e, acabaram se tornando vítimas de um duplo preconceito: por serem índios e por serem estrangeiros no Brasil.

Deslocados de seu contexto de origem e inseridos em espaços que não lhes corresponderiam, passaram por dificuldades econômicas, tornaram-se vítimas, aliciadas pelos traficantes, condicionados ao trabalho escravo, tráfico de drogas ou mesmo exploração

sexual. Por falta de consciência de seus direitos, por vergonha de expor o que passaram e por serem estrangeiros, tornaram-se vulneráveis às condições de ilegalidades com medo de terem que retornar a seu país de origem.

Dessa forma, neste estudo acerca da migração e fronteira, queremos tratar desse povo que encarna em sua trajetória, as duas dimensões, de migração e de fronteira, e em alguns casos, são vítimas de práticas de tráfico e de exploração, sem verem concretizados seus direitos básicos às políticas públicas.

2. Os Kambas na Bolívia²

Segundo dados de historiadores e antropólogos, o povo Kamba possui ligações com os Chiquitanos da Bolívia, os quais receberam esta denominação por volta do século XVIII pelos colonizadores europeus. Trata-se de uma denominação genérica dada a diferentes grupos étnicos alocados em uma vasta região chamada de *Chiquito* (Chiquitania), no atual oriente da Bolívia. A área geográfica do oriente boliviano é compreendida pelo espaço localizado entre o Chaco (sul) e os rios Paraguai (leste) e Rio Grande (oeste).

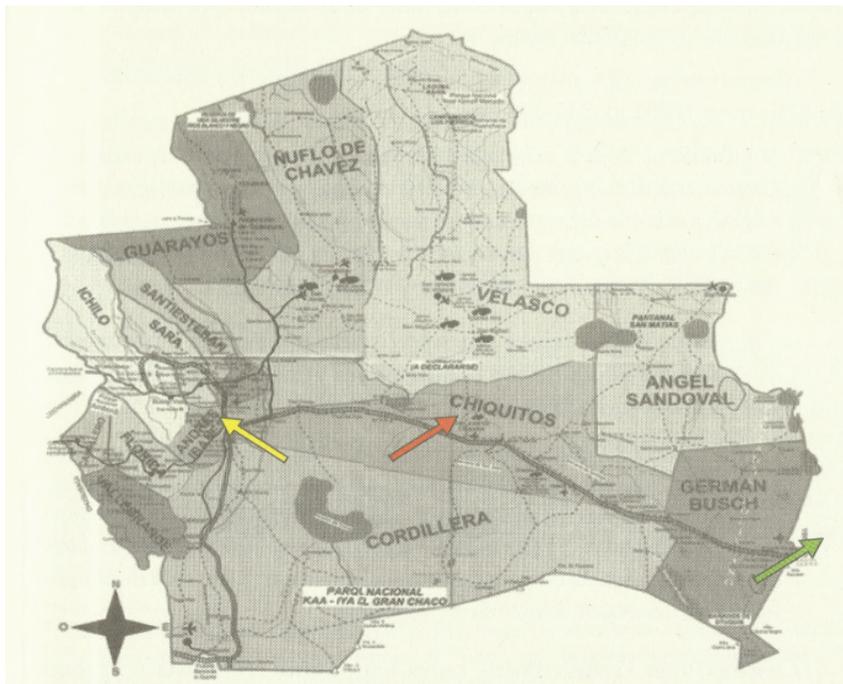
A Estrada de Ferro Santa Cruz de La Sierra-Corumbá que passava pela Chiquitania, provocou fortes impactos sobre as populações indígenas e não-indígenas da região. No caso dos Kamba, descendentes dos Chiquitano, esse impacto se deu na saída de determinada parcela deste povo das proximidades de Roboré, Tapera e San José de Chiquitos, dando entrada no Brasil em meados do século passado (SILVA, 2011).

Os Kamba e, também, os Camba-chiquitano¹ são provavelmente o grupo indígena mais numeroso da Bolívia oriental, vivendo nos municípios de Ñuflo Chávez, San Ignacio, Velasco e na Província de Pando, todos situados na porção oriental do país (SOUZA, 2009).

Sua vinda ao Brasil se dá em meados do século XX, a partir da construção da ferrovia (*Ferrocarril*) Santa Cruz de La Sierra, que irá passar pelas cidades de San Jose de Chiquitos e Puerto Suárez. Esse momento foi de grande importância para o processo de migração dos Kamba para o Brasil. E, não podemos esquecer da chegada das missões jesuíticas nessa região da Chiquitania, no século XIX, que trouxe consigo graves consequências. Dentre estas, tem-se a “mistura” entre diversas comunidades indígenas que viviam ali na região demarcada pelos jesuítas europeus.

2 Alguns itens deste texto fazem parte do texto “**A dinâmica e a mobilidade étnico-social dos Kamba e suas ressignificações identitárias**” foi publicado originalmente no evento IX Semana de Ciências Sociais da UFMS (2014), com o orientador e dois bolsistas PIBIC da pesquisa (Andréa Lúcia Cavararo Rodrigues e Alyson Matheus de Souza)

**Figura 1. Localização do departamento de Santa Cruz, na atual Bolívia, com destaque para Santa Cruz de la Sierra (seta amarela), San José de Chiquitos (seta vermelha) e Puerto Suárez (seta verde).
A Estrada de Ferro Brasil-Bolívia**



Fonte: SILVA, Giovani José da. Identidades cambiantes: os Kamba na fronteira Brasil-Bolívia. Goiânia, Editoria UFG, 2012, *apud* SILVA, Ruth Henrique da. 2009.

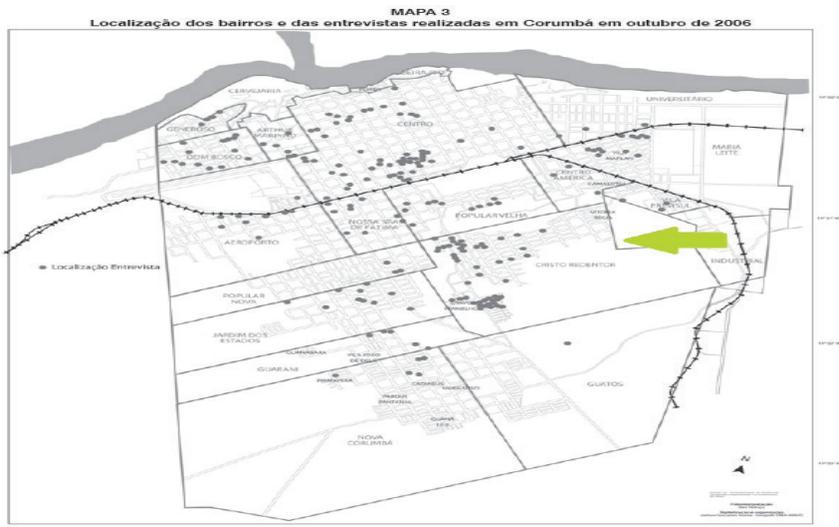
Através deste mapa podemos ter uma noção da localização dos Kamba na Bolívia antes de sua vinda para o Brasil. A partir dele poderemos analisar o processo migratório deste povo para o Brasil, onde atualmente grande parte encontra-se alocada em uma área urbana, na periferia do município sul mato-grossense de Corumbá, no bairro Cristo Redentor, reduto São Francisco de Assis, área usada antigamente como “lixão” da cidade. Neste local, residem os descendentes dos primeiros Kamba, de origem Chiquitano, que migraram das *tierras bajas* (terras baixas), na parte oriental da Bolívia, no Departamento de Santa Cruz, em meados do século passado em busca de trabalho e melhoria de condições de vida.

Dessa leva de migrantes indígenas vindos da Bolívia, temos como exemplo o Sr. Nazário. Um jovem senhor, liderança dos Camba-chiquitano (Kamba), que luta pelo

reconhecimento de seus direitos como indígenas no Brasil. Através de relatos de conversas do Giovani José da Silva (2009) com a liderança, pudemos saber que o Sr. Nazário é uma liderança que luta diariamente em função desse reconhecimento dos Kamba (Camba-chiquitano) através da FUNAI, elucidando em suas falas, apontando para o chão, que “não queremos que nossa história fique no lixo”. Isso se dá porque, como já foi dito, eles estão alocados em uma região onde foi o antigo “lixão” de Corumbá-MS.

Por estarem habitando uma localidade que reproduz fortes estigmas com relação aos povos bolivianos e indígenas, acabaram se tornando vítimas de um duplo preconceito: por serem índios e por serem estrangeiros (bolivianos) no Brasil.

Figura 2. Bairro Cristo Redentor, onde reside cerca de 300 indígenas Kamba



Fonte: <http://www.scielo.br/img/revistas/rbepop/v25n2/a05mp03.jpg>

E mesmo assim, rodeados por estigmas e exclusões, eles lutam pelo seu reconhecimento nacional, chegando a se auto afirmarem como brasileiros – isso é algo recorrente entre crianças e adultos –, pois “talvez estejam com medo de não receberem os mesmos direitos que os brasileiros têm” (informação oral)³.

Deslocados de seu contexto de origem e inseridos em espaços que não lhes corresponderiam e por passarem por dificuldades econômicas tornaram-se vítimas de trabalhos

3 Dados coletados em pesquisa de campo realizada na região de Corumbá.

subalternos e informais. E é assim que encontramos os Kamba, “desterritorializados, migrantes e sofrendo dupla discriminação, por serem índios e, ao mesmo tempo, por serem considerados estrangeiros no Brasil: eis a situação atual dos Kamba” (SILVA, 2012).

Por uma deficiência dos órgãos responsáveis pelas políticas para migrantes e indígenas em não estabelecerem diálogo com este povo; vergonha de si mesmo, e/ou; por constrangimento para expor o que passaram e por serem estrangeiros, tornaram-se vulneráveis às condições de ilegalidade por medo de terem que retornar a seu país de origem.

3. Os Kamba em Corumbá/Brasil

Corumbá é um município da Região Centro-Oeste do Brasil, situado no estado de Mato Grosso do Sul, à margem esquerda do rio Paraguai e também na fronteira entre o Brasil, o Paraguai e a Bolívia (situação conhecida como tríplice fronteira). Considerado historicamente o primeiro polo de desenvolvimento da região, abriga 60% do território pantaneiro, e é o 11º maior município em extensão territorial do Brasil (e o maior fora da região Norte), com aproximadamente 65 mil km². De acordo com estimativas do IBGE de 2012, possui uma população de aproximadamente 105 mil habitantes, sendo a terceira cidade mais populosa de Mato Grosso do Sul, além de ser o 5º município fronteiriço mais populoso do Brasil.

Corumbá está conurbada com mais três cidades: Ladário, única cidade vizinha brasileira, além das cidades Bolivianas de Puerto Suarez e Puerto Quijarro. Com isso existe uma rede urbana de cerca de 150.000 pessoas. A proximidade com a Bolívia, 15km até a fronteira seca com esse país, e a distância das demais cidades do Brasil, traz grandes diferenças culturais para essa cidade fronteiriça.

Tanto os Kamba, quanto uma pequena parcela destes que se autodenomina *Camba-chiquitano* – iremos discutir sobre este termo mais à frente –, residem na periferia da cidade de Corumbá, no Reduto de São Francisco, e estão alocados nesta região desde a sua chegada em Corumbá, em meados dos séculos XX. Entre os diversos fatores que influenciaram na vinda dos Kamba para a cidade de Corumbá, consideramos de suma importância a Ferrovia Santa Cruz de La Sierra (BOL) – Corumbá (BRA) (1939-1954); e as consequências da implantação das missões jesuíticas europeias fundadas pelos padres da Companhia de Jesus.

Levando em consideração as narrativas coletadas por *Giovani José da Silva* os Kamba entrevistados temiam a desapareção do seu povo:

[...] Alguém que soubesse ouvir, escrever e depois divulgar a história dos Kamba, que, na opinião dele, irão desaparecer em breve... Isso porque, de acordo com o velho narrador, as gerações mais novas sequer se sabem

indígenas, já nasceram em ambiente urbanizado, completamente sem perspectivas de fazerem Camba-Chiquitano num meio hostil a “índios” e “estrangeiros” (SILVA, 2009, p. 37-38).

Desde que chegaram ao Brasil, os Kamba são vistos pelos não-índios como estrangeiros, seja pela população corumbaense ou mesmo pelo Estado brasileiro. Dificultando o reconhecimento da identidade indígena desse povo no estado de Mato Grosso do Sul pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

Com relação à atuação da FUNAI sobre o reconhecimento dos Chiquitano em território brasileiro, *Alda Lúcia M. de Souza* nos diz que:

No Brasil, os Chiquitanos sempre foram reconhecidos pela população regional como “índios bolivianos”. Apenas recentemente, há cerca de 10 anos, o órgão indigenista oficial (FUNAI) reconheceu a existência dos Chiquitanos em territórios brasileiro (SOUZA, 2009, p.11).

E é esta a situação em que se encontram os Kamba no território brasileiro: um grupo reconhecido como “índios bolivianos”, por terem migrado da Bolívia para o Brasil no século XX, sem reconhecimento oficial pela FUNAI como indígenas no Brasil, impedidos de usufruir de políticas públicas destinadas às comunidades indígenas brasileiras.

A partir desses pressupostos já apresentados, iremos apresentar a partir de agora um breve panorama sobre os Kamba e o ordenamento jurídico internacional de direitos humanos.

4. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Minorias: Índios e Migrantes

A situação jurídica dos Kamba no Brasil demonstra as dificuldades encontradas pelos países em efetivar, em seus territórios, o compromisso assumido em âmbito internacional de garantir os direitos humanos, quando se torna país destinatário de migrantes, fazendo com que a igualdade material não seja realizada e que os estrangeiros sofram todas as formas de violações de direitos durante o processo de deslocamento e de permanência no país receptor.

O gozo de direitos fundamentais por estrangeiros enfrenta barreiras no Brasil de várias naturezas, seja pela: ausência, incompletude ou irregularidade dos documentos pessoais necessários para acesso a direitos por parte dos estrangeiros; dificuldade de comunicação com a sociedade local em virtude de diferenças das línguas ou discriminação que estrangeiros em situação vulnerabilidade social sofrem da sociedade que os recebe.

Segundo Antônio Cançado Trindade (2013, p.7) em tempos da chamada “globalização”, “as fronteiras se abriram para o capital, bens e serviços, mas, infelizmente, se

fecharam para os seres humanos”. O processo de “globalização” que presume a ampla participação de todos, na verdade “esconde a fragmentação do mundo contemporâneo, e a exclusão e marginalização social de segmentos cada vez maiores da população”. Nesse mundo contemporâneo, convive lado a lado, o progresso material de uns e a exploração de muitos, principalmente de “imigrantes em situação irregular, prostituição forçada, tráfico infantil, trabalho forçado e escravo, em meio ao aumento da pobreza e da exclusão e marginalização social”.

A República Federativa do Brasil é signatária de tratados internacionais que reconhecem que há um núcleo de direitos humanos universais da pessoa humana e que independe da origem, raça ou etnia. O compromisso internacional assumido visa evitar a reprodução de violações de direitos humanos em função da dicotomia entre o interno e o externo. Segundo Flávia Piovesan (2013, p. 139) “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”.

A desconfiança e o medo daquilo que é diferente sempre foram combustíveis para atos de discriminação e segregação. No fenômeno migratório, essa máxima é igualmente válida. As maiores atrocidades cometidas contra a pessoa humana e violações a direitos fundamentais foram motivadas pela ideia de superioridade e de intolerância.

O arranjo internacional, portanto, criou um sistema global de proteção de direitos humanos que tem como fim precípuo impedir a ocorrência de novas violações de direitos básicos do ser humano. Esse sistema tem como uma de suas premissas a igualdade formal entre os povos do globo, o que possibilita a garantia de direitos a todas as pessoas, sem qualquer tipo de distinção, independentemente de qualquer condição social, econômica ou política.

Antes de se pensar o ser humano como cidadão universal, entendia-se que o Estado somente tinha obrigação de salvaguardar direitos dos seus nacionais, sendo muito pouco, ou quase nada, os direitos que eram tutelados nas legislações domésticas aos estrangeiros. Entretanto, a nova concepção sobre o papel do Estado na tutela dos direitos universais do ser humano, surge para fazer um contraponto à antiga dicotomia existente entre Estado e cidadão, o qual governava todas as ações do Estado na proteção de direitos inerentes à pessoa. Assim, com a sistematização de um mecanismo de proteção dos direitos da pessoa humana, são introduzidos novos sujeitos no direito internacional e o papel dos Estados nacionais na tutela e respeito de garantias humanas é repensado, tornando-se a questão da proteção e do exercício de direitos fundamentais mais complexas.

A titularidade universal de certos direitos convencionados entre Estados signatários de tratados internacionais fez com que a pessoa humana tivesse um núcleo de direitos independentemente da nacionalidade ou do local de residência do seu titular, eliminando

as diferenças entre os nacionais e estrangeiros no tocante a viver em condições dignas, fazendo com que existisse a preocupação de proteção global e local dos sujeitos de direitos, bem como da possibilidade de se responsabilizar o Estado nacional de forma externa pelo descumprimento ou violações às garantias universais, pelos instrumentos de fiscalização e responsabilização internacionais.

A universalidade de direitos influi diretamente na questão migratória e nos direitos dos migrantes, uma vez que, o Estado nacional assume a obrigação internacional de garantia e proteção dos direitos fundamentais universais de todos aqueles que estejam em seu território, não importando, a origem, a situação jurídica, a cor, a raça ou a nacionalidade dos titulares desses direitos. Com a universalidade, o Estado assume a obrigação de proteger a dignidade da pessoa humana, o que implica em um dever de tutela dos direitos humanos através de proibições às condutas violadoras de direitos praticadas principalmente por particulares (DIMOULIS; MARTINS, 2011).

Há que se destacar que a universalidade ainda não é absoluta, pois há uma relativização dos direitos em função de critérios culturais e estágio de desenvolvimento do país. Tal visão é resultado do consenso de duas correntes: a universalista e a relativista (culturalista). A primeira reconhece o direito fundamental como universal e a segunda entende que os direitos civis e políticos são “expressões de ideologias e da cultura ocidental” e que, portanto, “deviam ser relativizados conforme o estágio de desenvolvimento e a tradição cultural de cada povo” (SILVEIRA, 2010, p. 239).

O artigo 5º da Declaração de Viena representa bem o consenso das duas correntes, na primeira parte apresenta a universalidade ao dizer: “todos os direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase”. E a relativização, na segunda parte: “embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais”.

A universalização sempre buscou a padronização dos direitos entre os povos, o que ocorreu quando se reconheceu internacionalmente como direito humano fundamental a “dignidade da pessoa humana”. Todavia a completude da interpretação do conceito de dignidade da pessoa humana é relativa, uma vez que é construída democraticamente por cada sociedade em conformidade com seus próprios valores culturais. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 134) a adoção da dignidade da pessoa humana como bem jurídico absoluto, encontra-se em aberto, pois sua construção dependerá da vontade do intérprete em conformidade com um sentido cultural e socialmente vinculado.

4.1. Os Direitos Humanos das Minorias

Reconhecer que os direitos humanos devem ser vislumbrados como multiculturais implica na aceitação de que a discordância é essencial em uma sociedade democrática e que é “fator preponderante para os avanços do conhecimento, sendo os abalos das opiniões tradicionais necessários para a produção de respostas ou concepções novas ou mais abrangentes” (CARDOSO, 2010, p. 21).

A dignidade da pessoa humana em um Estado democrático pluralista tem por fundamento a liberdade de pensamento de cada pessoa humana e a possibilidade de manifestar seu pensamento e de lutar por viver segundo as suas próprias opiniões. O respeito ao pensamento de cada um convive com o respeito ao pensamento do outro, em equivalência de proteção. Nessa ótica, a autonomia e a liberdade individual não podem ser suprimidas pela vontade da maioria (NOVAIS, 2007).

O pluralismo propicia o respeito à diversidade e à preservação de culturas que não representam a maioria. A Declaração Universal da Diversidade Cultural da UNESCO declara que a diversidade cultural é patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras:

Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade
A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

A Declaração também prevê o pluralismo cultural como a resposta para a convivência das diversas identidades culturais:

Artigo 2 – Da diversidade cultural ao pluralismo cultural

Em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública.

O pluralismo e a diversidade cultural na medida em que defendem a convivência e o respeito entre os diferentes retoma a discussão sobre qual o mínimo fundamental de direito que a pessoa humana possui e que se encontra entre as acepções majoritárias e minoritárias e quais são os direitos que são culturais.

Flávia Piovesan afirma que o diálogo entre as culturas com respeito à diversidade e ao reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e de direitos é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irredutível” alcançado por um universalismo de confluência e não de imposição (2008, p. 25). No mesmo sentido Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos (1991, p. 54).

O mínimo existencial da pessoa humana congrega os direitos humanos de todos, justamente por serem humanos, independentemente da ideia de pertencimento a grupos majoritários ou minoritários e reside no reconhecimento do outro como ser pleno de dignidade e de direitos. Segundo Flávia Piovesan “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (2003, p. 13).

Todavia, a evolução dos direitos humanos com o reconhecimento da diversidade cultural e da dignidade humana nos documentos internacionais não são suficientes para proporcionar a efetividade dos direitos às minorias. Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 313):

[...] o recrudescimento das diferenças, em um mundo cada vez mais transparente, parece haver realçado em nossos dias a importância da questão da proteção das minorias (culturais, étnicas, linguísticas, religiosas, dentre outras) e, sua condição como resultado de distintas formas, inaceitáveis, de dominação e exclusão (cultural, política, econômica, social e até mesmo legal). É inegável que o fato de pertencer a uma minoria - e.g., étnica ou religiosa – às vezes, e não raro, se torna uma fonte de insegurança pessoal, - como ilustra o crescimento e agravamento da xenofobia em diferentes partes do mundo.

Surge, portanto, nesse complexo cenário, uma nova discussão sobre a real efetividade na proteção aos direitos fundamentais garantidos à determinados grupos de pessoas, chamados de “minorias”. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012) na primeira fase de reconhecimento, o princípio da igualdade corresponderia a noção de que todos seriam iguais independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais, razão pela qual, nesta perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei, típica do estudo constitucional de matriz liberal.

Os tratados internacionais ao declarar direitos com fundamento na igualdade, o fazem formalmente, uma vez que, para o direito, as pessoas são iguais sendo irrelevante a origem, etnia, cor da pele, sexo, condição social. Todavia, o que se vê é que muitas pessoas não usufruem da igualdade porque estão em condições de vulnerabilidade social que as impedem de exercer a sua autonomia e se tornam vítimas de tratamentos degradantes e desumanos.

A constatação do descompasso entre a igualdade declarada nos documentos internacionais e a vivenciada diuturnamente pelas pessoas, fez com que fosse atribuído o sentido material à dignidade humana. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012):

a atribuição de um sentido material à dignidade, que não deixou de ser também uma igualdade de todos perante a lei, foi uma reação à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiças, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que de uma igualdade perante a lei e não da aplicação da lei, se migrou para uma igualdade também na lei. Igualdade em sentido material, além, disso, significa a proibição de tratamentos arbitrários, ou seja, a vedação de utilização, para efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais.

A atribuição do sentido material à igualdade tem como pressuposto a visão do sujeito titular de direitos com suas peculiaridades e particularidades. Para Gilmar Ferreira Mendes “pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os aspectos”. E continua “a tolerância, segundo o princípio da igualdade, exige a consideração do outro respeitando as suas peculiaridade e idiosincrasias. A igualdade só pode ser igualdade numa sociedade pluralista quando há reconhecimento do direito à diferença e, em consequência, aceitação das minorias” (MENDES, s/d, p. 5).

A compreensão do direito à diferença demanda a delimitação dos grupos sociais que se encontram em situação de vulnerabilidade, para se identificar, com precisão, quais são os direitos que a estes devem ser garantidos, uma vez que, tratar o ser humano com igualdade, mas de modo genérico, tornou-se ineficiente. Para que ocorra a efetiva proteção de direitos, há a necessidade de um olhar específico para cada sujeito de direitos fundamentais, em suas peculiaridades, a fim de ser delimitado quais são as suas maiores necessidades, e supri-las, a fim de se construir uma sociedade mais justa.

Os Kamba são índios migrantes que se encontram há mais de cinquenta anos em território brasileiro e que até agora não receberam a atenção necessária do governo, não

existindo uma política pública que os atenda enquanto migrantes ou indígenas, fazendo com que vivam em situação de vulnerabilidade social em uma área onde funcionava o lixão da cidade, sem o mínimo de infraestrutura, marginalizados em uma sociedade discriminatória.

4.2. *Os Direitos Humanos dos Indígenas*

A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção 169 da OIT que ingressou no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002 e que estabelece no artigo 3º que “os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação”.

A convenção fixa como sujeitos de direitos: i. os povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial e ii. aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (artigo 1º).

Estudos antropológicos afirmam que os Kamba são índios bolivianos, enquadrando-se no art. 1º da Convenção, todavia não se encontram em seu país de origem e sim em território estrangeiro, na fronteira entre Brasil/Bolívia, vivendo em núcleo urbano e já possuem descendentes brasileiros, o que dificulta o exercício de direitos como indígenas.

Pelo compromisso internacional, o governo brasileiro assumiu a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos dos indígenas e a garantir o respeito pela sua integridade (art. 2º). Essa ação inclui medidas:

- a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
- b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
- c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

As normas citadas estabelecem formas de proteção relacionadas à diversidade e igualdade material e, ao mesmo tempo em que reconhece as diferenças culturais dos indígenas, estende-lhes os direitos sociais previstos na legislação pátria para os nacionais.

A Convenção protege os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios dos indígenas e fixa como diretriz a adoção de políticas públicas que levem em consideração os problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente, bem como a participação e cooperação dos indígenas, na adoção de medidas voltadas a aliviar as dificuldades experimentadas ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho (art. 5º).

Pela Convenção, o requisito para o reconhecimento dos indígenas é a auto identificação, por este critério, a pessoa precisa se reconhecer como indígena para se tornar sujeito de direitos, ainda que o auto reconhecimento seja verificado por alguém que recebeu a competência de analisar a qualidade de indígena ou não, que no Brasil é realizada por antropólogos a serviço da FUNAI – Fundação Nacional do Índio. Nesse ponto, tem-se que nos estudos encomendados pela FUNAI, os Kamba foram reconhecidos como indígenas, todavia nos estudos de campo desenvolvidos, muitos não se reconhecem como indígenas e como já existem muitos descendentes nascidos no Brasil, há preferência de alguns em serem brasileiros não indígenas.

A ausência de unanimidade da consciência da identidade indígena entre os Kamba e a demora no reconhecimento oficial da FUNAI, faz com que eles não sejam incluídos em uma política pública específica, o que compromete direitos garantidos nos tratados internacionais como da autodeterminação e autogoverno, fazendo com que permaneçam na invisibilidade, enquanto indígenas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma o direito à autodeterminação, devolvendo aos indígenas o direito de buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como de autogoverno em relação aos assuntos internos e locais bem como de disporem de meios para financiar suas funções autônomas. Tal determinação retira a visão equivocada de incapacidade ou capacidade parcial do indígena dependente de um órgão curador que realize a sua proteção e que realize a mediação das suas relações com os nacionais (artigos 3º e 4º).

Pelo artigo 5º, os povos indígenas têm direito de conservar as suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, ao mesmo tempo em que têm direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

O fato dos Kamba estarem em uma área urbana desde que cruzaram a fronteira também dificulta o seu reconhecimento como indígenas, pois o “modelo” jurídico de indígena no Brasil é do índio que vive aldeado em terras tradicionalmente ocupadas pelos seus ascendentes.

5. Conclusões

A fronteira é, de fato, vivida por seus habitantes como um espaço contínuo de tráfego de pessoas, mercadorias, conhecimentos e tradições, ou seja, são coletividades que se vinculam através da linha divisória entre os países e que muitas vezes desconhecem os conceitos jurídicos de territorialidade.

Os Kamba são considerados “índios bolivianos” embora nas entrevistas realizadas se encontrem duas dicotomias: índio/não índio e brasileiro/boliviano. É comum a geração que nasceu em solo brasileiro e que descende dos migrantes se autodeclarar brasileiros e tentar a integração e não o reconhecimento das diferenças, situação que dificulta o reconhecimento da etnia, vez que a normativa internacional vigente é pela auto identificação e do reconhecimento de uma consciência da identidade indígena.

Os Kamba também não se encaixam no modelo jurídico tradicional brasileiro representado pelo índio aldeado que vive em terras tradicionalmente ocupadas pelos seus ascendentes, considerados povos pré-colombianos, pois são migrantes que cruzaram a fronteira e se estabeleceram em uma área urbana e passaram a viver como migrantes e não como índios.

Para serem destinatários de políticas públicas de direitos humanos e exercerem plenamente os direitos de autodeterminação e autogoverno, os Kamba precisam ser reconhecidos pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI como indígenas, situação que não ocorreu até o presente momento, embora tenha existido um estudo antropológico no passado em que o parecer foi pelo reconhecimento como indígenas.

Da mesma forma, os Kamba também não são destinatários de políticas públicas específicas para migrantes, estando desde a vinda para o país em condição de vulnerabilidade social, ocupando uma área onde funcionava o lixão da cidade, sendo vítimas de discriminação e exploração pela sociedade local.

A omissão do Estado brasileiro em reconhecer os Kamba como indígenas e, portanto, sujeitos de direitos com políticas públicas específicas, compromete a manutenção da identidade indígena e o exercício de direitos humanos básicos pertencentes ao sistema global de direitos humanos.

A falta de uma política pública nacional para os migrantes, também sujeita os estrangeiros a condições de vulnerabilidade social, pois não há uma política de acolhimento e garantia mínima de direitos.

O estrangeiro em situação de vulnerabilidade social disputa da insuficiente infraestrutura de serviços com os nacionais, ao mesmo tempo em que são vítimas de violações de direitos humanos, tais como exploração sexual e trabalho em condições análogas a de escravo.

Embora a República Federativa do Brasil seja signatária de tratados internacionais sobre direitos humanos que reconhecem os direitos da pessoa humana independente de origem e etnia, bem como das minorias e suas diversidades culturais, o que verificamos em relação aos Kamba é a sua invisibilidade social como consequência da negativa dos direitos humanos básicos e que exige com urgência a inclusão dessa etnia em uma política pública de minoria.

6. Referências

- ALBUQUERQUE, José Lindomar C. **Fronteiras em movimento e identidades nacionais: a imigração brasileira no Paraguai**. Fortaleza, UFC, 2005. Tese (Doutorado em Sociologia)
- AMARAL, Ana Paula M., CARVALHO, Luciani C. **Direito do Estrangeiro ao Sistema Único de Saúde: Um olhar para as fronteiras de Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2013.
- BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. A proteção das minorias na fixação do mínimo ético sobre direitos humanos In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Estudos e debates em direitos humanos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto & BAINES, Stephen (Org.). **Nacionalidade Etnicidade em Fronteiras**. Brasília, Editora UNB. 2005.
- CASTLES, Stephen. **Globalização, Transnacionalismo e novos fluxos migratórios dos trabalhadores convidados a migrações globais**. Lisboa: fim de século, 2005.
- COSTA, Edgar Aparecido. COSTA, Gustavo Vilela Lima, OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado. (org.) **Estudos Fronteiriços**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2010.
- COSTA, Edgar Aparecido. SILVA, Giane Aparecida Moura, OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado. (org.) **Despertar para a fronteira**. Campo Grande: Ed. UFMS 2009.
- COSTA, Gustavo, Vilela Lima. OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado, SIQUEIRA, Kiasse Moraes. (org.) **Fronteiras: Conflitos, Integração e Políticas Públicas**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2011.
- DELGADO, Paulo Sérgio, SILVA, Ruth Henrique. **Constructos identitários e territorialidade: ser ou não ser Camba no Brasil**. In: Revista Ibero-americana XI, 42; 2011. Pg. 127-141;
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- FARIAS, Adriano Lúcio Bezerra. **Migração e presença Camba-Chiquitano em Mato Grosso do Sul**: fronteira, práticas culturais e construções identitárias. Trabalho científico apresentado no VI Congresso Internacional de História. ISSN 21764446, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf> . Acesso: 13 mai. 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. IN CLÉVE, Clemérson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Direitos Humanos e o Trabalho. **Revista da AMATRA II**, São Paulo, 2003.
- _____. Migrantes sob a perspectiva dos direitos humanos. **Revista Diversitas**. Março/setembro. São Paulo: USP, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**, prefácio de Pierre Bourdieu; tradução Cristina Muracho. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1998.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo Saraiva, 2010.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. **Tratado de direito internacional dos Direitos humanos**. V. 3. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.
- _____. *Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. **Opinião consultiva OC-18/03**. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso: 14 mai 2015.

O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA DO DIREITO IBERO-AMERICANO

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

Doutoranda, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Coordenadora-Adjunta e Pesquisadora do IMDP - Instituto Mineiro de Direito Processual. Editora Chefe das Revistas Cadernos Jurídicos do IMDP e Revista Jurídica IMDP. Assistente Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Professora de Direito Processual da FUNCESI - Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira e da Anhanguera Educacional. E-mail: gabriela.freitas@funcesi.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4971454368506778>.

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual e Metodologia da Pesquisa Jurídica na UNIVERSIDADE FUMEC. Coordenador do Núcleo de TCC e Supervisor do NPJ-REVISTA da UNIVERSIDADE FUMEC. Associado fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). E-mail: sergiohzf@fumec.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>.

Resumo

O presente artigo científico aborda a mudança na concepção do processo e, por consequência, da atividade jurisdicional, a partir da instituição do Estado Democrático de Direito em diversos países europeus e da América Latina, ocorrida após a queda dos regimes totalitários. A partir de tal análise, demonstra-se como essa revisitação do conceito de processo, tornou-o essencial para a concretização da democracia, por se tratar de um mecanismo de inclusão e participação popular contramajoritário, permitindo a discussão sobre temas que envolvem as minorias, normalmente excluídas dos procedimentos decisórios do Estado. Para o presente estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

Palavras-chave

Democracia; Processo Constitucional; Direitos Fundamentais.

Resumen

Este artículo científico aborda el cambio en el concepto del proceso y por lo tanto de la actividad judicial a partir de la institución del Estado Democrático de Derecho en varios países europeos y de América Latina, que tuvo lugar después de la caída de los regímenes totalitarios. A partir de este análisis, se muestra cómo esta revisitación del proceso de concepción, hace que sea esencial para la realización de la democracia, ya que es un mecanismo de inclusión y participación popular, contramayoritario, lo que permite la discusión de las cuestiones relativas a las minorías, generalmente excluidos de los procedimientos de toma de decisiones del Estado. Para el presente estudio, hemos utilizado la literatura y el método deductivo, a partir de una perspectiva macro para vista analítico micro sobre el tema objeto de estudio y, por último, como un procedimiento técnico para el análisis temático, teórico e interpretativo, buscando sugerencia para resolver la cuestión pendiente.

Palabras clave

Democracia; Proceso constitucional; Derechos Fundamentales.

1. Introdução

A Ibero-América representa uma região geográfica composta por três países da Península Ibérica (Portugal, Espanha e Andorra) e os países da América Latina hispanófono e lusófono, que integram a Comunidade Ibero-Americana de Nações, com afinidades linguística, histórica, cultural e jurídica. Assim, consideradas as referidas afinidades, diversos países componentes da Comunidade Ibero-Americana de Nações passaram por um processo semelhante de queda de regimes totalitários, seguidos da promulgação de uma nova Constituição, que instituiu, inaugurando ou reinaugurando, o Estado Democrático de Direito.

A instituição da democracia teve por objetivo a retirada da autoridade do Estado, transferindo o poder para o povo, o que se dá não só pelo direito ao voto, mas também pela possibilidade de fiscalização dos atos do Estado pelo povo e pelo direito de participar ativamente na construção dos provimentos estatais, sejam eles emanados pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Assim, com a queda do Estado Social e instituição do Estado Democrático de Direito, tornou-se necessário visitar alguns institutos jurídicos, dentre eles o Processo, o qual ganhou uma nova perspectiva. Essa mudança tão significativa inviabiliza uma análise do direito e, por conseguinte, da atividade jurisdicional sob outra perspectiva que não seja a democrática. Isso porque os textos constitucionais incluíram diversas garantias processuais dentre o rol de direitos e garantias fundamentais.

Os princípios básicos do Direito Processual passaram a ser tratados como parte do Direito Constitucional, o que modifica por completo o conceito de processo, que não pode mais ser compreendido como uma relação jurídica entre as partes, na qual um excesso de poderes, sejam eles instrutórios ou decisórios, é conferido ao órgão julgador, diante da justificativa de busca pela “justiça” e “paz social”, dentre outros escopos metajurídicos. Tal concepção do processo seria típica de um Estado Social.

Nessa nova conjuntura, o processo passa a ser compreendido como um procedimento constitucionalizado realizado em contraditório entre as partes, com o objetivo principal de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, ou seja, a partir do marco teórico da Teoria Constitucionalista do Processo, sistematizada por Hector Fix-Zamudio.

Diante de tais considerações, pretende-se analisar, no primeiro capítulo, as garantias processuais previstas nos textos constitucionais pós-regimes totalitários, que aproximam o processo do texto constitucional, e também estruturam o procedimento sobre bases democráticas ibero-americanas.

Em seguida, serão apresentadas algumas considerações sobre a compreensão do que seja processo na matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito, buscando esclarecer como ocorre a democratização do processo.

Por fim, analisar-se-á como essa nova concepção de processo faz com que este instituto seja essencial para a concretização da democracia no direito ibero-americano, abordando sua perspectiva contramajoritária, no sentido de permitir a participação popular daqueles que não conseguem se manifestar nas decisões tomadas pela maioria.

2. As Garantias Processuais nas Constituições Europeias e Latino Americanas

Diversos textos constitucionais preveem a instituição de um Estado Democrático de Direito. Todavia, não basta a mera previsão no texto da Constituição, sendo necessário que esse mesmo texto, assim como o resto do ordenamento jurídico, institua mecanismos para o pleno e efetivo exercício da cidadania¹.

Como já mencionado, a democracia não pode se limitar à vontade da maioria, mas deve permitir a inclusão de todos, com suas individualidades. Isto significa que a democracia deve estar diretamente vinculada à “prerrogativa de autoinclusão da Cidadania”, garantindo que “cada pessoa promova sua própria inserção na ordem jurídica” (GRESTA, 2014, p. 10).

1 Compreende-se cidadania como “deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou” (LEAL, 2002, p. 150-151).

Assim, as Constituições analisadas neste trabalho caracterizam pela verdadeira pretensão de construir o Estado Democrático de Direito, trazendo não só direitos fundamentais para todos, como exemplo para as demais, mas também mecanismos de garantia desses direitos.

Induvidoso que a Constituição deve não somente tutelar determinados direitos humanos, mas como também inserir em seu texto meios de garantias para que esses direitos possam ser amplamente exercidos, ou seja, a positivação dos direitos humanos é insuficiente para assegurar “a efetividade do livre exercício de tais direitos” (BARACHO, 2006, p. 53), exigindo-se que o ordenamento jurídico também crie garantias que os tornem eficazes.

No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que “de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 72).

Assim, conclui-se, conforme o ensinamento de José Cirilo Vargas, que a mera previsão e proclamação dos direitos é insuficiente, vez que é preciso “dar os meios para exercê-los, para desfrutá-los”, de modo a “afastar a ideia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória” (VARGAS, 1992, p. 50).

As garantias constitucionais passam a ter grande relevância no estudo do processo, tendo em vista que várias dessas garantias, apesar de previstas no texto constitucional, possuem natureza processual, motivo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, torna-se inviável desvincular o processo da Constituição.

Neste contexto, há duzentos anos, era aprovada a Constituição Espanhola de 1812 ou La Pepa, também conhecida como Constituição de Cádiz, em 18 de Março de 1812, pelas Cortes Gerais Extraordinárias reunidas na cidade de Cádiz, Espanha. Considerada a primeira constituição aprovada entre os países ibero-americanos, com características revolucionárias para a época e princípios consagradores do Estado de Direito e a democracia, influenciou profundamente o desenvolvimento do constitucionalismo espanhol, português e latino-americano, deixando um legado de inclusão política e social. A Constituição Espanhola de 1812 foi antecedida apenas pela Constituição Corsa de 1755 (a primeira efetivamente democrática), pela Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e pela Constituição Francesa de 1791. (ESPANHA, 1912).

No Brasil, este marco constitucional apenas foi efetivamente atingido em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República, findando um longo período ditatorial. O novo texto constitucional, em seu artigo 1º, reconhece o Brasil como um Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal, e modificando não só os limites da intervenção do Estado na esfera privada, mas também

possibilitando que a atuação do Estado se tornasse a representação da vontade popular. (BRASIL, 1988).

No caso do Brasil, apesar de desde a primeira Constituição da República, promulgada em 1891, ter expressa previsão de que o texto constitucional tinha por objetivo a organização de um “regime livre e democrático”, é certo que somente com a Constituição de 1988 foram criados mecanismos para efetivar tal promessa democrática, tendo existido, até então, um verdadeiro Estado Social, com um excesso de poderes do Estado e pouca, ou quase nenhuma, participação popular.

O mesmo se verifica na Constituição de Portugal, datada de 1974. Além de deixar claro em seu preâmbulo, a restituição aos cidadãos portugueses dos direitos e liberdades fundamentais, em razão da derrubada de um regime fascista, a Constituição Portuguesa inclui em seu texto garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa (art. 32), o dever de fundamentar as decisões judiciais (art. 205) e o amplo acesso à jurisdição e a razoável duração do processo (art. 20). (PORTUGAL, 1974).

No mesmo sentido, a Constituição italiana de 1947, aqui incluída a título exemplificativo eis que não componente da Comunidade Ibero-Americana de Nações, trouxe uma seção específica para a regulamentação da atividade jurisdicional, iniciando-se com a previsão da atuação mediante observância do devido processo legal (“giusto processo reglato dalla legge” – art. 111), seguindo, no mesmo artigo, com a previsão das demais garantias essenciais ao processo democrático. Dispõe a Constituição que “cada processo se desenvolve pelo debate entre as partes, em condições de igualdade, perante tribunal independente e imparcial. A lei prevê a duração razoável.”² (ITÁLIA, 1974).

A abordagem das garantias processuais como garantias fundamentais também se encontra na Constituição da Espanha de 1978, que prevê o acesso à jurisdição como direito fundamental, tutelado pela ampla defesa, dispondo que “todas as pessoas têm direito a proteção efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em qualquer caso, não haja defesa”³. (ESPANHA, 1978).

O mesmo dispositivo ainda prevê:

Além disso, todos têm direito a um juiz ordinário predeterminado por lei, a defesa e a assistência por um defensor, a ser informado das acusações contra eles, a um julgamento público, sem dilações indevidas e com plenas garantias, a utilização de todos os meios de prova relevantes para a

2 No original: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

3 No original: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

sua defesa, não se incriminar, não confessar-se culpado e a presunção de inocência.⁴ (ESPANHA, 1978).

Cabe aqui aclarar, interessante o posicionamento de Lenio Luiz Streck sobre a utilização da hermenêutica jurídica para intermediar o texto da lei e seu sentido. Para tanto:

na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar ‘capas de sentido’ aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção. Conseqüentemente, o método (ou o ‘procedimento discursivo’) sempre chega tarde, porque pressupor saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da ‘realidade’. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, ‘a linguagem não depende de quem a usa’ (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, v.g., que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica). Na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou uma ‘terceira coisa’ que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). Numa palavra: o ‘abismo gnosiológico’ que ‘separa’ o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende — no plano da hermenêutica jurídico-filosófica — de pontes que venham a ser construídas — paradoxalmente — depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita. (STRECK, 2006, p. 286).

Como exemplo, vale ainda mencionar a Constituição de Andorra de 1993, que traz as garantias fundamentais do processo em seu art. 10⁵, que também se encontram previstas

4 No original: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

5 No original: “Article 10

1. Es reconeix el dret a la jurisdicció, a obtenir d’aquesta una decisió fonamentada en Dret, i a un procés degut, substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei.

2. Es garanteix a tothom el dret a la defensa i a l’assistència tècnica d’un lletrat, a un judici de durada raonable, a la presumpció d’innocència, a ésser informat de l’acusació, a no confessar-se culpable, a no declarar en contra d’ell mateix i, en els processos penals, al recurs.

3. La llei regularà els supòsits en què, per garantir el principi d’igualtat, la justícia ha d’ésser gratuïta.” (ANDORRA, 1993).

no art. 19 da Constituição do Chile de 1980⁶, no art. 139 da Constituição Peruana de 1993⁷ e no art. 29 da Constituição da Colômbia de 1991⁸.

Percebe-se que a inclusão no texto constitucional de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação “modelo constitucional de processo”. (BARACHO, 1984).

3. O Processo no Estado Democrático de Direito

Os textos constitucionais analisados no tópico anterior preveem a instauração do Estado Democrático de Direito, o que, em resumo, significa que o Estado contemporâneo fundamenta-se no exercício do poder pelo povo e limitação deste poder pelas normas do ordenamento jurídico, superando as noções de Estado Social e Estado Liberal. Portanto, entende-se por Estado Democrático de Direito aquele submetido às “normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional”, em que se estabelece uma “estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 54).

6 No original: “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.” (CHILE, 1980).

7 O texto da Constituição do Peru de 1993 estabelece em seu art. 139 os princípios e direitos fundamentais da função jurisdiccional, incluindo “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”, “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan” e “El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley” (PERU, 1993).

8 No original: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” (COLÔMBIA, 1991).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que o Estado Democrático de Direito representa uma fusão entre o Estado de Direito e o princípio democrático e acrescenta que:

[...] essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (BRÊTAS, 2010, p. 147).

No que se refere ao princípio democrático, deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia “governo do povo”. Ou seja: democracia significa permitir a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República do Brasil de 1988, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. (BRASIL, 1988).

Buscando conceituar democracia, Simone Goyard-Fabre afirma que esta:

[...] define a forma de um regime que, fundando a autoridade do governo no povo, garante a presença dos governados ao exercício do poder. Por outro lado, transporta e transpõe para a esfera política o caráter conflituoso das paixões humanas, de forma tal que, no mesmo movimento que suscita a esperança da liberdade e da igualdade, faz pesar sobre a Cidade as ameaças da desrazão que o desejo insaciável do povo introduz na razão. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 13).

Assim, nessa matriz disciplinar, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico, também “possui direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder” (MADEIRA, 2009, p. 22), o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

É o que assevera Ronaldo Brêtas:

Tudo isso significa permanente sujeição do Estado Brasileiro ao ordenamento jurídico vigente, integrado por normas de direito (regras e princípios jurídicos), emanadas da vontade do povo, que se manifesta por meio dos seus representantes eletivos ou diretamente, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, motivo da menção explícita da Constituição brasileira ao princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei), como garantia fundamental das pessoas (artigo 5º, II), e ao princípio da legalidade, estruturante do Estado de Direito brasileiro (artigo 37). (BRÊTAS, 2006a, p. 156).

Do princípio democrático ainda resulta, no âmbito jurisdicional, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Em razão da consagração jurídico-constitucional dessa nova principiologia, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado, a fim de compreendê-la como um direito fundamental. Esse rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Büllow, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo. (BRASIL, 1973a)

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 sofreu, ao longo dos quarenta anos de vigência, mais de sessenta e seis leis modificadoras de seu conteúdo, sendo seis na década de 70, onze na década de 80, vinte e duas na década de 90, demonstrando forte produção legislativa, que resultou em uma descaracterização do principal mecanismo processual brasileiro. (BRASIL, 1973b). Assim é que, a elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro, através da recente aprovação da Lei Federal n. 13.105/2015, encontrou sua essência fundamental na necessidade de resistemização do principal instrumento processual brasileiro. Ressalte-se ainda o aumento dos poderes instrutórios e decisórios do julgador, como exemplo a própria concessão de tutelas de evidência de ofício, tanto nas mãos do magistrado de primeiro grau, quanto do relator do processo nos tribunais, o que parece ser o tônus da nova codificação brasileira, com amplo prestígio ao princípio da celeridade e o vínculo infraconstitucional à teoria instrumentalista do processo (BRASIL, 2015), objeto principal de estudo no Instituto Brasileiro de Direito Processual (INSTITUTO, 2015a).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela “paz social” e “pela justiça”, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, buscando aplicar sua própria e subjetiva noção de “justiça”, assim desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional do processo.

Assim, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto democrático, não se pode “reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano” (NUNES, 2011, p. 49).

Como superação da mencionada teoria, na tentativa de ampliar a participação das partes no processo jurisdicional, surge a teoria estruturalista⁹ de Elio Fazzalari, segundo o qual o processo seria o procedimento em contraditório, cuidando Fazzalari de diferenciar procedimento de processo e de elevar o contraditório à condição de pressuposto essencial para a existência de processo. (FAZZALARI, 2006).

Dessarte, esclarece Fazzalari:

Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

A teoria de Fazzalari é de grande relevância para a compreensão do processo democrático, uma vez que inclui o contraditório como parte do conceito de processo, concluindo que não há processo, mas tão somente procedimento, quando ausente o contraditório. A relevância dos estudos de Fazzalari não está somente na diferenciação entre processo em procedimento, mas também na inclusão da participação das partes como elemento essencial para que haja processo.

Percebe-se que, assim, iniciam-se os estudos do Direito Processual a partir de uma perspectiva democrática, fazendo com que a atividade jurisdicional deixasse de ser controlada pelo julgador, incluindo, agora, a participação e fiscalização dos interessados.

A atividade jurisdicional não pode, portanto, ser reduzida a mera “vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva”, tendo em vista que a função do julgador se limita a ser “o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental” (LEAL, 2010, p. 63).

Complementando a teoria de Fazzalari, a teoria constitucionalista do processo, marco teórico do presente trabalho, não afasta a alegação de ser o processo um procedimento em contraditório, mas acrescenta que o processo seria também uma garantia de exercício dos direitos fundamentais, o que lhe concede uma perspectiva constitucional.

9 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares afirmam que a teoria elaborada por Fazzalari é denominada estruturalista, porque trata o processo como “procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética e constitucionalizada do contraditório” (SOARES; BRÊTAS, 2011, p. 103).

É o que considera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (BRÊTAS, 2010, p. 91).

A teoria constitucionalista do processo tem por base o estudo dialógico participativo, principal foco de pesquisa na Escola Mineira de Processo, conforme destaque no Instituto Mineiro de Direito Processual (INSTITUTO, 2015b). Para tanto, comentário de Dierle Nunes:

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedade altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões. Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder. (NUNES, 2011, p. 203).

A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio¹⁰ e ao uruguaio Eduardo Couture¹¹.

Em homenagem a memória de Eduardo J. Couture, o Instituto Iberoamericano de Direito Processual foi fundado em Montevideú, nas Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual, realizadas em 1957, representando importante associação civil nos estudos da democratização do Direito Processual. (INSTITUTO, 2015c).

10 Fix-Zamudio, em sua obra “Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica”, de 1974, analisou a relevância que as garantias fundamentais passaram a ter nos estudos de direito processual, concluindo que, diante da existência de numerosas disposições constitucionais acerca dos direitos das partes no processo civil, torna-se impossível desvincular qualquer legislação processual de tais direitos fundamentais. (FIX-ZAMUDIO, 1974).

11 Apesar de verificar que Eduardo Couture ainda considera o processo como um instrumento da jurisdição, seguindo a orientação da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Büllow, é possível constatar em seus estudos um esboço de um direito processual constitucional, a partir da ideia de que o processo deve ser estruturado por meio de um método dialético, permitindo que as partes e o juiz realizem o debate, tendo esclarecido Couture que a atividade jurisdicional se “serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade” (COUTURE, 2008, p. 44).

Diante dos avançados estudos do Processo constitucionalizado, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que “o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias” (BARACHO, 2006, p. 14), ainda acrescentando que “o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” (BARACHO, 2006, p. 95).

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição¹², uma vez que o processo é considerado uma importante garantia constitucional. Por isso, as normas processuais, como já demonstrado, surgem consolidadas nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, “sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 92).

Conforme informa Baracho, “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional” (BARACHO, 2006, p. 15), o que leva ao entendimento de que a jurisdição é direito fundamental, e que, por consequência, seria inviável compreender o processo como mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

Em consonância com tais apontamentos, André Del Negri esclarece que “são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz” (DEL NEGRI, 2011, p. 87). Assim, percebe-se a clara vinculação do princípio do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 132).

12 Segundo José Afonso da Silva, Supremacia da Constituição significa que esta se encontra no vértice do sistema jurídico conferindo validade a todos os atos do Estado realizados conforme reconhecido no texto constitucional, na proporção em que os poderes estatais forem distribuídos (SILVA, 2007, p. 45). Afirma também José Cirilo Vargas que a “constituição é que forma o arcabouço jurídico-político de uma Nação”, traçando “os pressupostos de todos os setores da ordem jurídica”, inclusive do Processo. (VARGAS, 1992, p. 57).

Assim, a inclusão no texto constitucional brasileiro, em 1988, de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação “modelo constitucional de processo”. (BARACHO, 1984).

4. A Construção do Estado Democrático de Direito Ibero-Americano por Meio do Processo Constitucional

Diante da análise realizada nos tópicos anteriores, percebeu-se que, mediante a inclusão das garantias processuais nos textos constitucionais, alterou-se a compreensão do processo e da atividade jurisdicional, não mais existindo uma atividade solitária e autoritária do julgador, o qual deve garantir que as partes exerçam o contraditório, em simétrica paridade, de forma a construir conjuntamente o provimento jurisdicional.

No processo democrático, não se trata o julgador como um ator criativo, nem, por outro lado, como um burocrata, mas sim como indicado pelo Estado para exercer a função jurisdicional, preservando o exercício do contraditório pelas partes, para que estas também construam o provimento jurisdicional, de forma participada.

Apesar das previsões contidas no texto constitucional, é certo que a instauração da democracia não é automática, dependendo da verdadeira inclusão dos interessados na participação da construção das decisões estatais.

Outro ponto de destaque e essencial acréscimo para o entendimento do tema foi a contribuição de Jürgen Habermas na teoria do discurso ao dar visibilidade as minorias e ao mencionar a necessidade do processo legislativo de justificação das normas jurídicas, em que os sujeitos são ao mesmo tempo autores e destinatários das normas, como compreensão do Estado Democrático de Direito. (HABERMAS, 2003, p. 191).¹³

Ressalta-se, também, a relação entre autonomia pública e privada, enumerada por Jürgen Habermas para o processo de legiferação como respeito aos direitos fundamentais

13 A importância da Teoria do Discurso, para Rosemiro Pereira Leal, está no fato de que “a desmitificação do Judiciário no Estado democrático de direito não se faz pela melhoria do nível técnico dos juízes e por juramentos mais fervorosos de obediência à lei e à prática de justiça, mas por sua inclusão e submissão, como instância pública, ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático que pressupõe a compreensão da teoria do discurso como base de validade da construção jurisprudencial (jurisdicente).” (LEAL, 2002, p. 142), sendo que quem “administra” é o processo constitucional, reservando ao magistrado o papel de partícipe (diretor dialogador do processo) da construção da decisão jurisdicional. Na modernidade o magistrado não é a “boca” da lei, e sim o seu hermeneuta, desde que entendido o referencial lógico que é o Estado Democrático de Direito, bem como a aplicação do processo constitucional. Há que se ter em mente que a lei, por si só, não dita o direito, mas o faz pela teoria do discurso. (Cf. LEAL, 2010, p. 269).

em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia. [...] O processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação. (HABERMAS, 2003, p. 224-225).

Importante, nesse ponto, a ressalva de Eugênio Pacelli de Oliveira à teoria de Habermas, ao apontar impasses quando afirma que a grande maioria dos membros da comunidade não dispõe de recursos (meios instrumentais e materiais) para participar, e conseqüentemente contribuir, na formação do consenso e do seu próprio destino (construção das decisões políticas e jurídicas), permanecendo como um projeto de coexistência desejada, até que ocorra a igualdade material (“não só na lei, mas na sua capacidade de exercício da liberdade”) com transformação social e inclusão do indivíduo na comunidade jurídica. (OLIVEIRA, 2012, p. 18-19).

Pacelli, no entanto, concorda com a busca sistemática dos melhores argumentos, defendida por Habermas, pelo que se torna alternativa bastante proveitosa à atualização do Direito positivado, a falibilidade das normas jurídicas, evitando-se que a sociedade e o próprio Direito se tornem reféns da legislação que, “via de regra, o tempo cuida de demonstrar a superação de graus mínimos de reprovação social”. (OLIVEIRA, 2012, p. 18-19).

Vale colacionar também a visão crítica de Karl Popper sobre a falibilidade, pelo que

[...] por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Torna-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento. [...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática. (POPPER, 1987, p. 395-396).

Rosemiro Pereira Leal, adotando o falibilismo de Popper, acrescenta à Teoria do Discurso o fato de que

a ligação entre poder e decisão por seqüelas históricas consolidou, na modernidade, uma compreensão distorcida do julgar em que vontade

e inteligência freqüentam, por ensino de muitos, a mesma sede, que é a mente predestinada do sábio-julgador. [...] A processualidade jurídica institucionalizadora e recriativa do acervo normativo do Estado democrático é que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva [Popper] propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia. (LEAL, 2002, p. 27).

No presente ponto, cabe destacar a correlação da Teoria do Discurso (princípio do discurso) com o Estado Democrático de Direito (princípio da democracia) vez que ocorre, conforme observações de Rosemiro Pereira Leal, pelo processo, aqui entendido como processo constitucional. (LEAL, 2002, p. 16).¹⁴

Nesta estrutura técnica, por meio do direito ao voto, permite-se que a democracia se torne a vontade da maioria. Mas, conforme esclarece Simone Goyard-Fabre, “as virtudes da democracia são também sua fraqueza” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 342). Isso porque, diante da diversidade de individualidades, a escolha da maioria pode ocasionar uma exclusão da minoria. Assim, a democracia não permitiria a inclusão de todos os interessados.

Para que seja possível essa inclusão, necessita-se da democratização do processo jurisdicional ibero-americano, o que somente é possível a partir da compreensão do processo a partir da Teoria Constitucionalista.

Acerca da inclusão dos interessados, Fix-Zamudio aponta como essencial o princípio da ampla defesa e afirma¹⁵:

Este princípio fundamental de qualquer regime democrático e que, em termos gerais, implica igualdade de oportunidades, transcendeu a esfera processual em várias direções, e uma das mais importantes é o chamado caráter dialético do processo ou “contraditório”, o qual significa que qualquer procedimento jurisdicional requer a intervenção equilibrada

14 Com o esclarecimento: “A aplicação das normas jurídicas ao caso concreto depende da co-relação do discurso de justificação e do discurso de aplicação, através da argumentação jurídica e racional (fundada só em argumentos de direito — e não na moral, religião, e outra ideologias) realizada pelo consenso das partes, e não da “cabeça” do magistrado. Baseadas na lógica discursiva de Popper e reteorizações de Habermas”. (LEAL, 2002, p. 16).

15 No original: “Este princípio fundamental de todo régimen democrático y que en términos generales implica la igualdad de oportunidades há transcendido el ambito procesal em varias direcciones, y una de las mas importantes es el llamado caracter dialético del proceso o “contraditório”, el cual significa que todo procedimiento jurisdiccional requiere de la intervención equilibrada de las partes esenciales que poseen intereses contrapostos, y se condensa el la frase: *audiatur et altera pars*”.

das partes essenciais que apresentem interesses contrapostos, e condensa a frase *audiatur et altera pars*. (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 63-64).

É o que também esclarecem Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria. (NUNES; BAHIA, 2010, p. 63).

A atividade jurisdicional exercida por meio do processo constitucional deve ser considerada como a função do Estado destinada à repressão de desrespeitos à ordem democrático-legal, sendo “capaz de concretizar condições de desenvolvimento humano através da tutela de direitos fundamentais” (LIMA, 2009, p. 19). Assim, permite-se que todo e qualquer cidadão, e não somente a maioria, sejam detentores dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

José Alfredo de Oliveira Baracho afirma ainda sobre processo constitucional:

O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais. [...] O processo constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte. Sendo que a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da Ação, da Legitimação e do Processo. As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais. Encontramos no inglês a palavra *warranty*, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (to *warrant*). [...] A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o processo constitucional. Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas. [...] As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do processo constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade efetiva de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação. [...] Todos esses temas são necessários à elaboração definitiva da Teoria geral do processo constitucional. (BARACHO, 2006, p. 46-49).

Por sua vez, Fernando Gonzaga Jayme bem destaca o processo constitucional como garantia para a efetivação dos direitos fundamentais e, dentre estes, o direito à uma decisão por um devido processo constitucional, pela função jurisdicional ou pela função administrativa. (JAYME, 2000, p. 55).

E, complementa o mesmo autor, afirmando que:

a constitucionalização dos direitos fundamentais coloca o Processo Constitucional como instrumento essencial à dignidade humana, já que os textos constitucionais não mais disciplinam apenas a organização do Estado em si mesmo, mas também as relações desse com os cidadãos. O leque dos direitos constitucionalizados foi ampliado consideravelmente ao serem classificados em direitos fundamentais sociais, econômicos e políticos, demandando efetiva e contínua garantia através do Processo Constitucional. (JAYME, 2000, p. 58).

Assim, esclarece Rosemiro Pereira Leal:

O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica – em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos de interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica). (LEAL, 2010, p. 61).

Segundo Dierle José Coelho Nunes, o “processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático” (NUNES, 2011, p. 40). E, em decorrência, torna-se também uma garantia ao exercício dos direitos fundamentais. Ou seja, o processo deve ser compreendido como forma de garantia de direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional.

A concretização da democracia exige não só que os interessados tenham o direito de se manifestar, mas sim que essa manifestação seja considerada pelo ente estatal, seja capaz de construir o provimento final com técnica e que seja eficaz para permitir o amplo exercício de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Tem-se a técnica como o conjunto de procedimentos, numa relação meio-fim, na busca de resultados úteis. Para Aroldo Plínio Gonçalves, trata-se do “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”. (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Para Eduardo García Máynez toda técnica tem que estar fundamentada na ciência, caso contrário torna-se incapaz de cumprir o seu destino. (MÁYNEZ, 1975, p. 317).

Para tanto, tem-se a ciência como atividade de esclarecimentos e fundamentação do conhecimento ou o próprio conjunto de conhecimentos esclarecidos e fundamentados.

A norma é cânone de valorização de conduta, em que o ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes. O ilícito nele comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever.

Nesse ponto, é de se ressaltar o paradigma constitucional do processo, uma vez que influencia como também orienta a técnica de elaboração e de aplicação da norma processual. Frise-se que intimamente relacionado ao princípio do devido processo constitucional, que por sua vez é aglutinador de direitos e garantias fundamentais explícita e implicitamente elencados na Constituição, quais sejam: direito de acesso ao processo (administrativo ou judicial), com observância do tempo útil e razoável; garantia do contraditório; garantia da ampla e irrestrita defesa, por meio de advogado ou defensor público; garantia ao juízo natural; garantia à fundamentação das decisões; e, garantia da utilidade e razoabilidade do processo, com eliminação das etapas mortas do processo. (BRÊTAS, 2006b, p. 229).¹⁶

Ressalta-se que o desrespeito da técnica de elaboração e de aplicação da norma processual ao paradigma constitucional do processo só não é mais grave ao Estado Democrático de Direito, se o julgador utilizar da técnica de interpretação da norma observando o princípio do devido processo constitucional adequado ao caso.

Nesse sentido, o desafio lançado por Rosemiro Pereira Leal:

uma Teoria da Constituição, que se proponha como disciplina científica, há de explicar qual paradigma de Estado está encaminhando à compreensão de seus conteúdos programáticos. Não há uma teoria de uma constituição universal separada das teorias fundantes das instituições que compõem sua enunciação jurídica. Esse aspecto é relevante à elucidação das bases de normação jurídica instituintes das intervenções das Administrações-Governativas (ESTADOS) nos espaços natural e virtual de modo a não tolher pelo panóptico o ontóptico em seu “deixar-fazer-aparecer” por direitos fundamentais de proceder-ser-ter-haver nos espaços-tempos de compartilhamento lingüístico. A permitir que o Estado seja o mesmo em sua ortodoxia opressiva e todista, a açambarcar todos os níveis de liberdade e privacidade em nome de uma segurança pública, a CONSTITUIÇÃO em que esse ESTADO estivesse inserido não teria sido construída a partir do espaço-tempo-processualizado, não se revestindo de qualificação democrático- econômica na concepção pós-moderna de DEMOCRACIA aos moldes teóricos aqui desenvolvidos. (LEAL, 2012, p. 16).

Assim, busca-se uma verdadeira igualdade entre todos os cidadãos e não somente a prevalência da vontade da maioria, ao contrário do que se costuma dizer a respeito da democracia.

16 O autor destaca a “técnica” como conjunto de procedimentos logrados para atingir determinadas finalidades, observadas as garantias e direitos fundamentais constitucionais. (BRÊTAS, 2006, p. 244).

Fix-Zamudio ainda afirma que essa almejada igualdade pode ser concebida de formas diversas, de acordo com o momento jurídico-político. E destaca que, após a segunda guerra, predomina uma concepção socializadora do direito, cuidando os ordenamentos jurídicos latino-americanos de garantir uma igualdade real entre as partes e não meramente formal como ocorre em um regime individualista e liberal (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 64).

Desse modo, percebe-se que o processo jurisdicional, se analisado nessa perspectiva constitucional-democrática, é mecanismo essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a inclusão daqueles que não conseguem exercer sua influência no poder estatal a partir da manifestação da maioria. O processo constitucionalizado, portanto, é capaz de resolver os problemas de individualidade que prejudicam a democracia nos países ibero-americanos.

5. Conclusões

Diante das considerações tecidas no texto, é possível perceber que a instauração do Estado Democrático de Direito ocasionou a mudança da matriz disciplinar que rege a atuação estatal, incluindo a atividade jurisdicional.

Desse modo, a Jurisdição passa a ser um direito fundamental, cujo exercício deve ser democratizado pelos países ibero-americanos, o que somente é possível por meio da adequada compreensão do princípio do contraditório, utilizando como marco teórico a Teoria Constitucionalista do Processo. Ao compreender o contraditório somente como um direito de manifestação das partes interessadas, não se permite a devida democratização do processo e da atividade jurisdicional, tendo em vista que não afasta a discricionariedade e arbitrariedade do julgador e nem mesmo inclui como motivação dos atos jurisdicionais os argumentos apresentados pelas partes.

O Processo deve servir como uma instituição de cidadania democrática, inconcebível a formulação de decisões sem observância da técnica normativa estrutural, pautada principalmente no paradigma constitucional do processo, em que devem ser observadas as razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, pela simétrica paridade, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas nos autos.

A concretização da democracia exige não só que os interessados tenham o direito de se manifestar, mas sim que essa manifestação seja considerada pelo ente estatal, seja capaz de construir o provimento final. Assim, nos atos jurisdicionais, somente é possível falar em concretização da democracia se os provimentos forem proferidos mediante a análise de todos os argumentos apresentados pelas partes interessadas, sendo vedada a decisão em dissonância com a manifestação de qualquer das partes ou que represente, em verdade, a opinião pessoal do julgador.

6. Referências

- ANDORRA, *Constitución del Principado de Andorra*. Disponível em: <<http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cast>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BRASIL, *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.
- BRASIL, *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.
- BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 17 maio 2015.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CHILE, *Constitución Política de la República*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf>. Acesso em: 17 maio 2015.
- COLÔMBIA, *Constitución Política de Colômbia*. Disponível em: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf>. Acesso: 17 maio 2015.
- COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: Discursos, Ensaios e Conferências*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

- DEL NEGRI, André . *Processo Constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.
- ESPANHA, *La Constitución Española de 1918*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/>. Acesso em: 17 maio 2015.
- ESPANHA, *Constituição de 1978*. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionIngles.aspx>> Acesso em: 17 maio 2015.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*. V. 01, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Isonomia e Contraditório na Teoria do Processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?*. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.
- INSTITUTO Brasileiro de Direito Processual. IBDP. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- INSTITUTO Mineiro de Direito Processual. IMDP. Disponível em: <www.imdp.com.br/home>. Acesso em: 17 maio 2015.
- INSTITUTO Iberoamericano de Direito Processual. IIDP. Disponível em: <<http://iibdp.org/index.php/pt/espanol.html>>. Acesso em: 17 maio 2015.

- ITÁLIA, *Constituição de 1947*. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qnrw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito processual*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjetural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP, 2009.
- LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 25. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1975.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.
- NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva: A Litigância de Interesse Público e as Tendências “não Compreendidas” de Padronização Decisória. *Revista de Processo*, Vol. 199, setembro/2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PERU, *Constitución Política Del Perú*. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imágenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Edusp, 1987, v. 2.

PORTUGAL, *Constituição de 1974*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do Contraditório: Tendência de Mudança da sua Aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, vol. 28: jan./jun.2009.

VARGAS, José Cirilo. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

AS CRISES INTERCONECTADAS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA TRANSFORMAÇÃO DEMOCRÁTICA NA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

YURI SCHNEIDER

Advogado. Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS (CAPES conceito 6). Professor de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da UNOESC. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre/RS. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

ROGÉRIO GESTA LEAL

Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

Resumo

Este estudo tem como objetivo evidenciar como as crises pelas quais passa o Estado contemporâneo influenciam na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como nos princípios da dignidade da pessoa humana e, principalmente, no princípio da igualdade. Procura-se, assim, demonstrar que os direitos fundamentais podem vir expressos tanto em princípios como em regras constitucionais, e que a igualdade, direito fundamental de primeira dimensão, não pode ser compreendida sob uma ótica puramente formal-subjetiva, própria do liberalismo. Conclui-se, então, que é imprescindível que o Estado deixe sua posição de neutralidade, cuja insuficiência já foi cabalmente constatada, e passe a promover a igualdade material-objetiva.

Palavras-chave

Crises de Estado; Direitos fundamentais; Democracia princípio da igualdade; Princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract

The purpose of this article is to show how crises undergone by the contemporary state influence the effectiveness of Fundamental Social Rights, and the principles of human dignity, and especially the principle of equality. With this, hopes to demonstrate that the fundamental rights may come in the form of constitutional principles or rules, and that the equality, as a first dimension fundamental right, cannot be understood by a purely formal subjective logic, inherent to liberalism. The conclusion is that it's necessary that the State abandons a position of neutrality, which has a well proved insufficiency, and start to promote an material-objective equality.

Key words

Crisis of the state; Fundamental rights; Equality principle.

1. Introdução

A constante evolução do conceito de Estado é tema complexo, fundamentalmente em face as constantes modificações do mesmo, pois o Estado contemporâneo passa, ainda hoje, por diversas transformações, refletido pelas denominadas “crises interconectadas”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 130).

A luta pela construção de um Estado comprometido com a realização dos direitos e garantias fundamentais, sobremaneira dos direitos humanos, objetos desta pesquisa, e as barreiras enfrentadas para sua manutenção são desafios constantemente abordados pela teoria crítica do Direito e do Estado.

O Estado contemporâneo passa por um momento marcado por um forte antagonismo: de um lado, constitui-se numa associação política de dominação, onde os governados se encontram sujeitos a uma ordem que confere legitimidade a tal domínio, acrescido o fato de a própria natureza humana inferir ao homem um comportamento voltado à busca do poder sobre todos; do outro lado, encontra-se marcado por princípios que amenizam e buscam minimizar essa dominação, através de institutos aperfeiçoantes do regime democrático, limitadores da expansão do poder do governante ou respectivo detentor do poder.

Tais princípios “democratizantes-liberais” têm a sua origem no momento histórico da própria Revolução Francesa, com o surgimento do Estado de Direito, como forma de limitar a ação do governante diante dos direitos do cidadão. Entretanto, tal limitação não

significou, necessariamente, um avanço da própria democracia enquanto persecução da igualdade formal e material entre todos, na perspectiva dos direitos humanos.

Os debates em torno do remodelamento constante da democracia em busca de formas concretas que privilegiem a participação popular no maior número possível de momentos decisórios da atividade estatal advêm de uma crise de legitimidade por que passa o Estado contemporâneo.

Assim, inúmeros juristas fazem deste assunto alvo de suas inferências, principalmente tendo em vista as perniciosas consequências oriundas desse contexto, pois a perda de legitimidade por parte do poder estatal desconfigura a própria natureza do Estado enquanto persecutor do interesse público, com danos incomensuráveis à própria sociedade.

As transmutações ocorridas no Estado moderno, especialmente nas concepções do Estado absolutista – marcado pelo pensamento de Jean Bodin e Thomas Hobbes –, à superação deste mesmo Estado para o Estado de Direito, marcado pela liberdade dos cidadãos em relação ao Estado e pela igualdade entre esses mesmos cidadãos, em que se encontram como expoentes John Locke e Immanuel Kant – foram efetivadas com o objetivo maior de limitar a ação do poder estatal, reduzindo-o ao mínimo, a fim de obter legitimidade, o que não era mais possível com o Estado absolutista.

Entretanto, há de se afirmar que houve inegáveis avanços em proveito da ordem econômica perquerida pela burguesia crescente, através de instrumentos que possibilitaram liberdade suficiente à necessária acumulação de capital do sistema capitalista. Tal contexto, ressalva-se, não obnubila os avanços do Estado de Direito em relação ao Estado absolutista.

Todavia, o crescimento das demandas sociais fez com que o Estado de Direito, também consignado enquanto um Estado liberal, fosse avolumado em um número de ações e atividades cada vez maiores, a fim de suprir as necessidades da sociedade tanto na área social quanto na econômica.

Da idealização de um Estado mínimo, passou-se a um Estado interventor, voltado à satisfação dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração como o fomentador das atividades econômicas. Nesta senda, aduz José Afonso da Silva: (SILVA, 1990, p. 23).

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar o primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Essa nova configuração estatal, essencial para uma legitimidade somente de um Estado capitalista, é denominada “Estado social de direito”, que teve seu espaço solidificado do final do século XIX até a Segunda Guerra Mundial.

Num sentido de evolução constante do Estado, especialmente pelo fato de o Estado Social poder embasar regimes tanto democráticos quanto ditatoriais, surge o Estado Democrático de Direito, com a pontual característica de atuação do indivíduo-cidadão diretamente na gestão e no controle da administração pública. Mais do que isso, como afere José Luis Bolzan de Moraes, “teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao welfare state neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 130).

Essa configuração estatal tem por base uma ampliação significativa do princípio democrático, numa busca cada vez maior de legitimidade ao poder público, através da aproximação dos processos decisórios da sociedade civil. Todavia, há outras perspectivas quanto ao Estado Democrático de Direito, a exemplo de referida por Lenio Luiz Streck, configurando-o decisivamente pelo deslocamento do poder, que, no Estado de direito, pertencia ao Legislativo (ordenador) e, no Estado social, ao Executivo (fomentador).

No Estado Democrático de Direito vê-se o deslocamento deste poder ao Judiciário, que se revela capaz de efetivar a implementação dos direitos sociais descritos na Carta Constitucional, haja vista “Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. (STRECK, 2001, p. 93-94).

Não obstante essa dualidade de concepções, vê-se no Estado Democrático de Direito a subsunção dos avanços que acompanham o processo de transmutação do Estado (Estado de Direito e Estado Social de Direito), na busca da igualdade formal e material através de mecanismos, judiciais ou participativos, que possibilitam a efetivação dos direitos sociais.

A persecução dos fins do Estado Democrático de Direito tem de consubstanciar-se na prática, sendo a participação popular um dos caminhos, não excludente de outros (como a via judicial), pois o Estado, como ordem coativa, conforme o modelo Kelseniano, encontra-se em confronto com a sociedade, colocando em xeque a sua própria legitimidade. Até porque o Estado, em inúmeras situações, têm sido incapaz de atender às necessidades básicas da sociedade, inclusive as consubstanciadas nos textos constitucional e infraconstitucional, fato este que se dá, dentre outros, por uma crise estrutural do próprio Estado, bastando a análise dos direitos sociais consagrados no texto constitucional pátrio para obter uma exemplificação maior do referido, pois nessas se incluem as falsas promessas da modernidade ainda não consubstanciadas, como promessas de igualdade, liberdade, paz perpétua e dominação da natureza, surgidas nos primórdios do modernismo no século XV e que perseguem o Estado moderno. (SANTOS, 2000, p. 24).

Essa constatação agrava ainda mais o quadro brasileiro, pois se dispõe de uma Constituição que externa o Estado Democrático de Direito como um princípio constitucional, mesmo sem a anterior concretização do Estado Social, criando um abismo social que deve ser superado a fim de se alcançar a própria efetivação do Estado Democrático de Direito.

2. Crises Interconectadas do Estado: Conceitual, Estrutural, Constitucional (Institucional), Funcional e Política

As crises por que passa o Estado contemporâneo foram objetos de abordagem por vários autores da Teoria do Estado e Ciência Política. No entanto, para os fins propostos nesse estudo, adota-se como base a classificação realizada por José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, na obra “Ciência Política e Teoria Geral do Estado”, bem como outra obra do autor Bolzan de Moraes, a qual seria uma continuação de seus estudos a respeito das crises do Estado em conjunto com a transformação histórica/constitucional dos Direitos Humanos, intitulada “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos”, na qual se encontram detalhadamente as dificuldades enfrentadas pelos Estados nacionais, especialmente a partir das últimas décadas do século passado quando a crise da economia, e sobretudo as propostas para a sua superação, passam a interferir com vigor no aparelho estatal. (MORAIS, 2002).

Assim, importa iniciar a abordagem sob a ótica da crise conceitual do edifício estatal, o que se faz necessário atentar à ideia de que os conceitos de Estado e de Direito têm sofrido drásticas modificações desde a segunda metade do século XX. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 129).

Mais que isso, convém salientar que o contexto de discussão da crise conceitual do Estado está atrelado incondicionalmente a uma das bases do tripé do Estado moderno, o qual seria o tópico da soberania, visto esta ser o foco da crise abordada e, como foco em todo o mundo no seio do pensamento teórico, da esquerda à direita neoconservadora, a crise de um entendimento de soberania do Estado permanece sendo um grande desafio a ser enfrentado na recente virada do século, principalmente tocante à promoção e proteção dos direitos humanos.

Tem-se, assim, a clara ideia de que as crises do Estado mantêm suas raízes não somente em crises de natureza econômica ou financeira, senão porque se trata de uma crise de identidade estatal, o que torna fácil a explicação da existência desta crise latente no Estado contemporâneo, principalmente de seu conceito, quando se tem presente na realidade atual a transformação de tempo e do espaço em uma velocidade estrondosa. Isto porque as informações contemporâneas, utilizando a novíssima tecnologia, rompem as fronteiras estatais, deixando clara a ideia de Octavio Ianni, para quem não existe mais “sociedades nacionais”, e sim a “sociedade global”. (IANNI, 2003, p.35).

Falar de soberania, tratada pela primeira vez em “Les Six Livres de la Republique” (1576), com Jean Bodin que mais tarde, caracterizando-se historicamente como um poder juridicamente incontestável é, conforme o pensamento de Morais, falar de um saudosismo pela falta dos vínculos que circunscrevem esta soberania. (BOLZAN, 2002, p. 26). Pois, em verdade, o lato debate acerca da modernidade, como síntese histórica primaz das correções das injustiças sociais, remontando-nos a apontar o que afirmou Ernildo Stein, quando citou os dizeres de Jürgen Habermas ao colocar que a modernidade é um projeto inacabado. (STEIN, 2001, p.11).

De fato, faz-se necessário o equacionamento crítico da soberania nacional (*summa potestas*), diante das vertiginosas mudanças culturais, tecnológicas, sociológicas, enfim, mudanças fronteiriças veladas, ou seja, pelas quais o sujeito cognoscente diante do desterritorializante processo de globalização e regionalização.

Desta forma, para compreender o processo de crise soberana, deve-se atentar a esta caracterização do atual contexto da modernidade. Nesta senda, mostra-se interessante o entendimento de Zygmunt Bauman, para quem, a modernidade é “leve” e “líquida”, e não mais uma modernidade “pesada” e “sólida”, pois a leveza e a “fluidez” são associadas à mobilidade e à inconstância. (BAUMAN, 2001, p. 9-15).

Assim, a modernidade não foi fluida desde sua construção, mas acontece, sim, como um fenômeno contemporâneo, apontada na frase “*derreter os sólidos*”, existente no Manifesto Comunista. Para Bauman, porém, tal expressão não trazia o desejo de eliminá-los e construir um novo cenário sem sólidos, mas sim para “limpar a área para novos e aperfeiçoados sólidos; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso, não mais alterável”.

O “derretimento dos sólidos” apresentou uma nova roupagem no atual contexto da modernidade, um sentido de nova formação de metas. Hoje, os “sólidos” de Bauman são os “padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro”.

E o debate que se coloca sobre a crise conceitual do Estado, mais precisamente quanto à ideia de soberania, no cenário da globalização e dos processos de integração, passa a ser exatamente os mesmos apontados nestas metáforas de Zygmunt Bauman, pois em se tratando da discussão da ideia de soberania estatal e reflexos das transformações de um Estado moderno, a comparação dos aspectos da modernidade com a realidade no Brasil resulta no pensamento de Streck, quando este aponta que no Brasil a modernidade é “tardia e arcaica”, pois há um “simulacro de modernidade”, ou seja, as promessas de modernidade ainda não foram realizadas, razão pela qual o a solução seria, para o autor, o retorno paradoxal ao Estado (neo)liberal.

Não obstante, a ideia de soberania, ao lado de povo e território, representou um dos alicerces tradicionais da formatação do Estado Moderno. No entanto, as noções de desterr-

ritorialização e reterritorialização, ínsitas ao fenômeno da globalização atual, redefinem os conceitos de soberania nacional, em especial quanto ao seu conteúdo. Assim, a soberania, como poder supremo, tornou-se elemento essencial do Estado Moderno, inicialmente através da supremacia da monarquia com o rei sendo o detentor de vontade incontrastada diante de outros “poderes” da época, tais como a nobreza e senhores feudais. Ou seja, o poder era absoluto e perpétuo, pois não sofria qualquer limitação inclusive quanto à sua duração, submetendo-se apenas às leis divinas e naturais. Em um segundo momento, através de Rousseau, a soberania sai das mãos do rei e passa ao povo, que consubstancia a sua vontade geral no contrato originário do Estado e dá um caráter racional a este poder soberano. No decorrer do século XIX ela se desenvolve para uma ideia de emanção do poder político e, posteriormente, passa à titularidade ao Estado.

Portanto, nas palavras de Morais, a soberania é, historicamente, um poder juridicamente incontestável, através do qual é possível definir e decidir acerca do teor e da aplicação das normas, notoriamente pela coercitividade das mesmas em um dado território. (MORAIS, 2001, p. 130). Essa definição expressa as dimensões da soberania adquirida/construída pelo Estado moderno, ou seja, há uma soberania interna e uma externa.

A globalização e, posteriormente, o modelo neoliberal, com suas profundas transformações, não só econômicas, mas também no âmbito social e político, apresentam uma nova e inusitada realidade aos Estados nacionais, pois a descomunal força adquirida pelos conglomerados empresariais transnacionais e a formação das chamadas comunidades regionais (União Europeia, Nafta e Mercosul, por exemplo) teve papel fundamental na relativização da soberania estatal, porquanto o Estado vai continuamente perdendo a sua condição de centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial. (MORAIS, 2002, p. 28).

É claro que o processo de globalização não foi montado todo de uma só vez, mas é certo que o processo acirrou-se a partir do contexto do segundo pós-guerra. A partir de então, nesse momento de reconstrução do mundo, percebe-se uma forte tendência à internacionalização do capital, desenhada pela busca de espaços mais amplos e desregulamentados.

Assim, após despir-se de algumas de suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, o Estado é redefinido, debilitando-se. Por isso o mesmo esvai-se e acaba perdendo o seu escudo da soberania estatal. Por isso, não podemos nos atrelar à ideia de que o Estado possa desaparecer. Existe sim, uma nova noção de sua dimensão, por seus elementos constitutivos não mais servirem para tal função.

Os paradigmas “povo, território e soberania”, principalmente o último, devem ser revisitados, todavia, atentando para os reflexos negativos ao caráter social em um esfacela-

mento dos Estados nacionais, da cultura, da economia, da política e da personalidade. É claro que, com outras bases de apoio e não aquelas que, como comentado anteriormente, traz-nos saudosismo, mormente falando do conceito de Soberania. Daí porque a dita crise conceitual, que atinge indistintamente os Estados nacionais, com maior ou menor intensidade, pois estes já não conseguem dar conta da complexidade das estruturas institucionais que hoje se fazem necessárias. Assim, despontam as demais crises do Estado, quais sejam a estrutural, constitucional (institucional), funcional e política.

Em relação à crise estrutural do Estado, pode-se afirmar que o foco principal do debate gira em torno das críticas feitas à manutenção do Estado do Bem-Estar Social. Esse perfil estatal foi construído ao longo de anos de lutas sociais com intento de aperfeiçoar a regulação social, ou seja, incorporando na ideia de Estado o trato da regulação para a convencionalmente chamada questão social, até então não aplicado de forma efetiva no Estado liberal de Direito. Em razão dessas reivindicações o Estado vai agregar um sentido finalístico, adquirindo uma função social e transformando-se em Estado Social ou *Welfare State*, obrigando-se a uma atuação interventiva-promocional, ou seja, passa do Estado Mínimo àquele garantidor do bem-estar do cidadão.

Todavia, é importante frisar que, em um primeiro momento a mudança de transformação da atuação do Estado, deixando o mesmo de ser mínimo, beneficia outros segmentos da sociedade que não somente as classes trabalhadoras, mas também apontou para outras circunstâncias como investimentos em estruturas básicas no processo produtivo industrial. (MORAIS, 2002, p. 35).

Já como outra circunstância, e não menos importante, ressalta-se a transformação no sentido de que, a democratização dos movimentos sociais refletiu na abertura de outros caminhos onde ficou estabelecido o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Vindo este aspecto ser, uma das principais problemáticas do próprio Estado de Bem-Estar, vindo a confrontarem-se, pelo crescimento da atividade estatal, democracia e burocracia.

A essência do Estado Social está calcada na ideia de intervenção porque a população tem direito a ser protegida, e independente de sua situação social ao indivíduo devem ser garantidos tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, sendo-lhe assegurados não como caridade, mas como direitos políticos, o que vai exatamente à ideia de Morais, no momento em que aponta o *Welfare State* como o Estado em que o cidadão, qualquer que seja sua situação social, possui direito a ser protegido, por mecanismos públicos estatais. (MORAIS, 2002, p. 37-38).

A constitucionalização desse modelo estatal começa a ser construído com as Constituições Mexicana, em 1917, e a de Weimar, em 1919. Embora não uniformes, haja vista vincular-se intrinsecamente a uma conjuntura econômica específica, o Estado Social

apresenta características que lhe dão unidade: a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico no sentido de cumprimento de sua função social. E é neste momento que surge a questão: pode se dizer que tais direitos mínimos estariam esgotando a matéria de uma chamada inclusão social?

Assim, o Estado de Bem-estar social estaria visando proteger o cidadão através de mecanismos contra ocorrências de curta ou longa duração, estando ligado diretamente a noção da efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais visto estes terem como base a questão da igualdade.

Essa constante intervenção estatal com intuito social promoveu a democratização das relações sociais, o que vai desaguar na formulação de um Estado Democrático de Direito, que pode ser resumido como o aprofundamento do Estado de Direito e do *Welfare State*, pois, a par da questão social, agrega-se ou qualifica-se pela busca da *igualdade*. O conteúdo deste modelo representa um *plus* ao Estado Social, pois impõe a ordem jurídica e a ação estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

Esse modelo de Estado, para sua institucionalização, seja como aprofundamento do liberalismo, seja como sua negação caracterizou-se por crises, avanços e recuos, marchas e contramarchas. Contemporaneamente, seus maiores opositores encontram-se entre os denominados neoliberais, pois preconizam abertamente o fim do Estado de Bem-Estar em face da alegada incompatibilidade funcional à era da globalização econômica.

O declínio dessa formulação estatal de bem-estar social foi permeado por outras crises, como aduz Bolzan de Moraes, citando Pierre Rosanvalon, as quais seriam, uma crise fiscal, uma crise ideológica e uma crise filosófica. (MORAIS, 2002, p. 39.).

Inserida na crise estrutural, a *crise fiscal-financeira*, que para alguns está por trás de todas as críticas e revisões ao Estado Social, aparece já na década de 60, quando surgem os primeiros sinais de desequilíbrio entre receitas e despesas públicas. No início dos anos 70, a crise do petróleo, que redundará numa crise econômica mundial, levará a um acréscimo das despesas públicas e, ao mesmo tempo – e também como consequência dessa desestruturação econômica – a impossibilidade de um aumento da carga tributária em virtude das tensões sociais que caracterizaram esse período histórico. Isso resultará, como inescapável corolário, no crescimento do déficit público, haja vista que as demandas sociais aumentam em razão da recessão econômica mundial e, por outro lado, há a diminuição da arrecadação fiscal. Esses fatos – recessão econômica, debilidade pública e demandas sociais – foram grandes incentivadores para o avanço das ideias neoliberais do “enxugamento” do Estado.

Ao final do século passado, a crise do *Welfare State* alcança os países centrais que se defrontam com demandas sociais há muito superadas, especialmente o desemprego. Nestes (os países centrais) e nos periféricos, as situações transitórias de dependência estatal,

razão pela qual aquele modelo se impôs, se tornaram permanentes ou de longa duração. Por consequência, as políticas públicas para remediar essas necessidades sociais se transformaram, obrigatoriamente, em programas recorrentes de governo. Essa ampliação e duradoura despesa pública vai resultar em sucessivos déficits públicos, deixando muitas economias em verdadeiro estado “falimentar”. As alternativas – de imediato encampadas pelo projeto neoliberal – situam-se ou no aumento da carga tributária ou na redução das despesas públicas ou, ainda, as duas concomitantemente. Essa terceira possibilidade é o que, paulatinamente, vem sendo aplicada, com o aval de instituições financeiras multilaterais, em diversas economias nacionais e, conseqüentemente, fulminando a continuidade do modelo estatal do Bem-Estar Social. Isso, sem falar, é claro, da presença das novas tecnologias que transformaram o cenário de trabalho em filas enormes de desemprego e exclusão social.

A crise ideológica também ser denominada de crise de legitimação, haja vista que se estabelece em torno da capacidade de organização e gestão dessa forma estatal. Com efeito, a partir dos anos 80 ocorre o embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política, pois há o aumento de *locus* de participação política, o que impulsiona as demandas sociais, e, por outro lado, a burocratização para formular respostas a estas pretensões, ou seja, a política cede lugar à decisão tecnoburocrática. Saliente-se que não raras vezes a demanda política se vê frustrada pelo caráter técnico da solução apresentada. E, não podendo esquecer as palavras de Norberto Bobbio a esse respeito, “enquanto a democracia tem uma trajetória ascendente, a burocracia faz o percurso inverso, ou seja, descendente”. (BOBBIO, 2000. p. 171).

Trata-se, por isso mesmo, de um processo peculiar de expansão jurídica, e até certo ponto revelador do grau de desarticulação organizacional do próprio Estado. É a crise generalizada do Estado brasileiro do ponto de vista de sua legitimidade, de sua capacidade funcional e de sua competência técnica — crise essa que se traduz pela sua flagrante incapacidade de exercer, de modo minimamente congruente, seus papéis de provedor de serviços básicos, promotor de novas relações sociais, planejador de atividades econômicas, produtor de bens estratégicos, prestador de serviços essenciais e executor de políticas sociais e programas de ajuste macroeconômicos.

No tocante à questão filosófica pode-se dizer, acompanhando Bolzan de Moraes que, como conseqüência dos anteriores, essa crise atinge o fundamento básico do Estado Social, qual seja: a solidariedade. A incapacidade do Estado de Bem-Estar Social em formular um protótipo antropológico que lhe desse sustentação, sobretudo dispendo sobre agentes dotados da compreensão coletiva, compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo. O que se deu, na verdade, foi a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, com a apropriação privada da poupança pública e distribuição clientelista das soluções estatais e dos serviços públicos.

É inevitável que todas as crises anteriores se reflitam no Direito, principalmente no instrumento da modernidade onde se estabeleceram os conteúdos políticos definidos pela sociedade como a organização do poder político e o asseguramento das liberdades – a Constituição.

Na atual conjuntura de crise estrutural do Estado, com o mesmo esgotado em seus aspectos financeiro, ideológico e filosófico, acreditamos que o Direito deva responder, de um lugar afastado do Estado, estes clamores de uma sociedade que não tem esperanças de ver atendidas as políticas de inclusão social. Todavia, deve-se, para isso, atentar que esse mesmo Direito deve ser visto, como Streck já referia, como instrumento de transformação social, pois esta é a ótica do modelo de Estado Democrático de Direito previsto em nossa Constituição, o que não ocorre por haver uma desfuncionalidade do próprio Direito das instituições que são responsáveis por aplicar a lei. (STRECK, 2001, p. 33).

Seguindo esse pensamento é que nos deparamos com a chamada crise *constitucional* ou *institucional*, principalmente porque a Constituição, sendo um documento jurídico-político, e estando sujeita às tensões sociais e ao jogo dos poderes, não pode se transformar em local de explicitação de programas de governo ao sabor dos influxos econômicos, sob pena de fragilizá-la como paradigma ético/jurídico da sociedade e do poder, conforme bem aduz Bolzan de Moraes. (BOLZAN, 2002, p. 47).

Todavia, é importante referir, antes de expormos os aspectos desta crise constitucional, a presença latente de uma crise de uma legislação pátria como um todo, principalmente em se falando da legislação social, pois, como identifica Streck, “é importante observar, no meio de tudo isso, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição”. (STRECK, 2001, p. 27).

Tal crise de legalidade pode ser constatada quando se tem que, à sociedade, o Estado, diante da crescente inefetividade dessa legislação social, vem reagindo por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, intercruzando-se continuamente, produzem vários sistemas legais.

O que se apresenta com isso, é uma profunda mudança em nosso ordenamento jurídico, que tem como característica a ideia de um direito fechado, hierárquico e axiomatizado, substituindo por um direito organizado em suas regras sob formas inter-relacionadas com estas múltiplas cadeias normativas, que entende-se consigam capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica.

E esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. A clássica distinção entre interesses privados comuns e coletivos, por exemplo, não é mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros, mormente em se falando em políticas de inclusão social.

Com o crescimento deste modelo tem-se o aumento incessante de novas regras e matérias regulamentadoras, onde se constata o esvaziamento da função das leis e uma grande ampliação das obrigações deste rol legal, sendo repassado para a magistratura, para que essa possa livremente apresentar a argumentação e fundamentação de suas sentenças, onde ter-se-á, por óbvio a possibilidade de decisões divergentes entre si. E, além disso, temos presente a desvalorização da Constituição em preferência a estas (novas) legislações.

Por isso, num sistema jurídico formado de maneira viciada por leis de circunstância e regulamentos momentâneos de necessidade - condicionados por conjunturas específicas e transitórias -, a velocidade e a intensidade na produção de normas constitucionais, leis ordinárias, portarias, instruções normativas e decretos leva o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras quanto dos atos que disciplina.

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que o Estado tem ao seu dispor, o tipo de legislação descrita nos dois últimos parágrafos tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado nessa matéria.

No primeiro caso, essas tensões são apresentadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas consagradas como direitos e convertidas em obrigações do Estado, os sindicatos, os movimentos comunitários, as entidades representativas, as associações religiosas e as corporações muitas vezes vêem suas conquistas formalmente consagradas em textos legais não atendidos, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas torna-se pesado, ineficaz e impotente.

E, num segundo aspecto, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa complexa rede regulatória e de pequenos sistemas normativos esse ordenamento jurídico viciado (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de fachada (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

Por isso que, nesse contexto, uma discussão que se impõe é a viabilidade de uma Constituição Dirigente, conforme cunhou Canotilho, em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”. (CANOTILHO, 1998).

Conforme o mestre lusitano, nesse tipo de Constituição o legislador ordinário já não é mais totalmente soberano em matéria de direito social e econômico, devendo suas decisões guiar-se por princípios e diretrizes programáticas definidas pelo poder constituinte,

os quais podem ter caráter negativo, mas principalmente positivo, pois estão voltados à consecução de determinadas metas e objetivos materiais. Os governos também ficam vinculados, sob pena de serem acionados judicialmente em face da inconstitucionalidade por omissão. Há, portanto, não uma intervenção estatal temporária ou excepcional, mas sim uma regulação permanente, tornando-se uma obrigação constitucional aos dirigentes do Poder Executivo. (FARIA, 2002, p.34).

Com a emergência do fenômeno da globalização neoliberal, há uma relativização da soberania do Estado em virtude da interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais. Estes se convertem em verdadeiros centros de poder, o que muitas vezes condiciona as ações estatais. Nesse sentido, adverte Faria que “o sistema político deixa de ser o *locus* natural de organização da sociedade por ela própria” e, “em vez de uma ordem soberanamente *produzida*, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente *recebida* dos agentes econômicos”. (2002, p. 35).

Por outro lado, não se pode olvidar que, mesmo no contexto da globalização atual, existe a supremacia constitucional, a força normativa da Constituição e a necessidade de uma Constituição vinculante e programática. Por isso que, finalizando o aspecto da crise constitucional ou institucional, decorrente da crise estrutural do Estado, urge a necessidade de uma racionalidade legal nova e capaz de dar conta do componente corporativista que vai caracterizando seu processo decisório; uma racionalidade forjada a partir da consciência, tanto dos legisladores quanto dos próprios líderes empresariais e trabalhistas, de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as grandes organizações exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação, que somente podem ser exercidas com a colaboração delas. Portanto, uma racionalidade responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais.

Há que se repensar doutrinariamente o direito positivo a partir de paradigmas originais e sensíveis tanto à tendência das organizações à autonomia e à independência, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha, quanto à emergência dos novos institutos jurídicos especialmente voltados aos setores sociais marginalizados — aqueles que não têm condições de se integrar no processo de modernização econômica. (CAMPILONGO, 1994, p. 47).

Esse novo tipo de racionalidade jurídica e essa nova forma de se repensar o direito justificam, no Brasil contemporâneo, em face da já mencionada ruptura da tradicional concepção piramidal do nosso sistema jurídico — um sistema que, tradicionalmente, tem sido apresentado como uma totalidade coerente, como uma ordem unitária que exclui a

contradição e a descontinuidade, como um conjunto de normas hierarquizadas e solidárias, vinculadas por meio de relações lógicas e necessárias.

Daí a necessidade de se repensar não apenas o papel dos operadores do direito em seus diferentes níveis, mas o da própria organização judicial e da respectiva cultura técnico-profissional de seu corpo de magistrado, o que implica na necessidade de se tratar com profundidade o desafio da reordenação institucional do país, a fim de se evitar que, em nome da restauração da governabilidade, seja sutilmente promovida a desmontagem de importantes direitos sociais duramente conquistados pelas minorias segregadas após décadas de luta.

Com a mudança do pensamento sobre a aplicação da Constituição, da legislação infraconstitucional, e do Direito como um todo, poder-se-á vislumbrar outras condições de possibilidade para a efetivação das políticas de inclusão social, onde com haverá com isso uma transformação do imaginário social.

Outras duas crises também se apresentam como corolário das primeiras – a crise funcional e a crise política. A funcional representa, conforme Bolzan de Moraes, a perda da exclusividade, apresentada na multiplicidade dos *loci* de poder, cria com isso um afastamento de centralidade e exclusividade do Estado. (MORAIS, 2002, p. 50).

E essa perda de centralidade não pode ser analisada somente por um viés interno (separação/harmonia das funções estatais), mas também, e muito importante nesse ponto, a sua análise externa, onde tem-se a invasão de um dos setores da estrutura tripartite, pelo outro, quando se tem, por exemplo, atividades do legislativo sendo efetuadas pelo executivo, como no caso das Medidas Provisórias, bem como quando o Estado perde a concorrência para outros setores. Isso nos traz a ideia de uma fragilização de um poder perante o outro.

Já em se tratando da crise política, salientar-se que o modelo de democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade transformada historicamente, deixa claro um aspecto de impotência para dirimir as questões sociais. A democracia representativa apresenta-se como uma fórmula de *pseudo* ditadura, onde durante quatro anos, a candidato representante de seus eleitores atua da forma que bem entende sem haver a possibilidade de manifestação de seus próprios votantes, ou seja, com tal modelo se expressa um enfraquecimento do espaço público na política, conduzindo o cidadão a um processo de “apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições”. (2002, p.50).

Para isso, acompanhamos a ideia de Bolzan de Moraes, no que se refere à utilização de fórmulas da chamada democracia participativa, como alternativas possíveis de inserção dos cidadãos novamente no cenário político, ultrapassando os esquemas que caracterizam a democracia representativa, onde o controle público é diminuído. (2002, p.50).

Aliás, não seria incorreto referir que esta seria a realidade de um sistema político estigmatizado por um profundo déficit de representatividade, gerado pela perversão da proporcionalidade na representação parlamentar no Congresso e pela incapacidade dos partidos de promoverem agregações de interesses; de um sistema econômico conhecido pela sua ineficiência na formulação, implementação e execução de políticas públicas; de um sistema social caracterizado por crescentes déficits de integração, uma vez que a pauperização de amplos contingentes populacionais, o desemprego e a inflação comprometem os padrões de coesão vigentes; e de um sistema cultural marcado por um déficit de motivação, revelado pelo descrédito com relação às instituições, pela descrença com relação a certos valores éticos e pela apatia.

Finalizando, entende-se que estas crises interconectadas do Estado, podem ser consideradas o pano de fundo na fundamentação para o déficit crescente da inefetividade das políticas de inclusão social, haja vista, primeiro, a falta de sustentação no edifício estatal concretizado na questão da soberania e sua relativização (crise conceitual), segundo, a problemática estrutural do Estado, em se tratando das crises do Welfare State, como as crises fiscal, ideológica e filosófica, bem como do modelo que emerge como uma transformação da fórmula Estado de Direito/Welfare State, o qual seria o Estado Democrático de Direito, as quais apresentam uma perda de terreno para as ideias neoliberais de Estado mínimo, e, em um terceiro momento uma crise institucional (constitucional), onde vislumbramos de maneira exacerbada uma desconstitucionalização, o desrespeito a Carta Maior, com a inefetividade dos direitos fundamentais, mormente se falando, o que é o cerne desta pesquisa, a inefetividade do princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material.

3. Direitos Sociais Fundamentais (?). A Dificuldade da Transformação Democrática e da Participação Cidadã nos Direitos Humanos Fundamentais Sociais, para a Eficácia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Após a análise dos argumentos sobre o Estado e suas crises interconectadas, interessante seria agora expor sobre assunto que está ligado indissociavelmente da crise estrutural do Estado, assim como a crise constitucional, não afastando a interconexão existente destas duas com as crises conceitual, funcional e política, como abordado anteriormente.

Trata-se de abordagem sobre a Democracia e a efetivação desta para a concretização dos Direitos Sociais previstos na Constituição Federal, inseridos na ordem dos direitos fundamentais e que são dispositivos consecutórios para a efetivação daqueles mencionados anteriormente, os quais seriam os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade. Todavia, há quem diga que tais direitos não possam ser considerados como direitos fundamentais, pois não restariam elencados como direitos auto-aplicáveis, visto os mesmos dependerem da ação política do governo, não tendo

inclusive, instrumentos processuais constitucionais que possam obrigar sua aplicação no âmbito social.

Para começar esse novo e importante tópico é importante afirmar o que, de certa forma, já se comentou anteriormente, mas de maneira superficial. A democracia assenta-se sobre as mesmas premissas de distribuição do poder.

Conforme Leonardo Avritzer, a introdução da problemática das práticas cotidianas nos leva a entender a democracia enquanto uma prática que é transformada pelas mudanças estruturais da modernidade. Tanto a democracia quanto a cidadania passam a ser consideradas enquanto rupturas com formas de poder privado incompatíveis com a relações impessoais introduzidas no Estado moderno. Elas são parte do *trade-off* no qual a introdução de restrições no nível do trabalho e das práticas administrativas são compensados pelo estabelecimento de limitações à ação dos agentes econômicos e administrativos. (AVRITZER, 1996, p. 139).

É completamente aceitável que passamos atualmente por momento de grande crise econômica, política, social e conceitual. O que nos é claro é que nenhum espaço parece escapar ileso a essas modificações que tornam a própria linguagem um campo limitado e, sem medo de errar, esgotável em suas fontes de reordenação. Os efeitos desse momento de transformação e ruptura são tão marcantes, justamente por estes aspectos.

Não é diferente no espaço político. Nota-se um fracionamento em sua engenharia e em toda sua amplitude, pois que ele está envolvido pela quebra dos antigos paradigmas que, durante todo o século que se passou, alcançaram o seu fizeram-no sentir o seu apogeu. A democracia é figura que também está envolvida nestes elementos que o formam e que sofrem essa crise.

Mas o simples fato de se constatar a presença do signo da crise não significa, necessariamente, um resultado negativo. Nesse sentido, a crise é aqui percebida como um instrumento que estimula a transformação, pois que nela há a presença de uma potência de significado positivo, pois que obriga aos institutos do vasto campo social, a desenvolver uma eterna capacidade de se transformar. É, assim, com a democracia, principalmente a partir da década de 80, do século XX, invadindo os dias atuais.

A democracia vivenciou, desde ao final dos anos 80, como exemplo privilegiado do espaço político, os incontestáveis louros da vitória. Das ditaduras militares da América Latina, até aos regimes socialistas da Europa Oriental, pôde-se perceber o triunfo de sua doutrinação.

Entretanto, chegando-se a uma criação de um paradoxo ao apogeu que foi por ela alcançado, quase que instantaneamente, iniciou-se o influxo de uma crise que tem exaurido a sua capacidade de resposta.

A vitória que a democracia alcançou a partir do momento em que o espaço socialista se fragmentou, é o resultado deste paradoxo, pois com o fim desse sistema político, o discurso democrático, obrigado a se confrontar consigo mesmo, acabou por se perder em suas próprias contradições e limitações.

Assim, a democracia vive com intensidade a mesma dificuldade que o Estado e os seus poderes, que a soberania e que a cidadania estão a atravessar.

Levada a teste como forma política que pode constituir alguma alternativa para superar a crise atual, ela não tem conseguido explicar-se enquanto solução uniforme e perceptível, o que vem criando um certo sentimento de estagnação e descrédito tanto aos setores da administração, quanto ao universo do senso comum.

Se junta a esse cenário de dificuldades, os efeitos do instituto da globalização, que ao mesmo tempo em que oferece saídas para a crise sentida pela democracia (bem como para o conjunto do campo político), aprofunda novas dificuldades que desafiam o projeto democrático, e, com tal intensidade são essas dificuldades, que para muitos, obriga esse projeto a uma redefinição e reafirmação constantes.

Ao se referir ao conceito de democracia deve-se partir de uma premissa fundamental: enquanto signo do campo político o seu sentido é multiforme e contestável.

É multiforme porque, enquanto sinal político, pertence a todos os ideários sociais, isto é, a democracia sofre todas as influências dos conflitos, das contradições e das significações que os sujeitos sociais vão crescendo a ela ao longo de sua trajetória.

Efeito dessa intensa inter-relação com os sujeitos sociais têm sido o fato de que, a democracia, não raro, alcançou variadas definições, muitas, contraditórias entre si. Desse modo, conjugada com outros tantos conceitos do campo político, que lhe emprestam distintas significações, a democracia vem praticando um difícil exercício em se adequar aos diferentes usos que dela são exigidos, a ponto de ter esgotado essa tradicional elasticidade conceitual, resultando, com isso, na pasteurização da sua própria natureza.

A democracia, portanto, ao longo de sua trajetória, foi mesclada com diferentes tradições: com o republicanismo, com o liberalismo, com o socialismo, com o elitismo etc. De um poder do povo, enquanto representante da “velha” *polis*, foi conduzida para ser a forma política definitiva da nação.

De direito do cidadão, foi carreada para ser exercício de cidadania nos modernos Estados capitalistas, até confundir-se e violentar-se, finalmente, com a noção desagregadora de mercado econômico.

Nesse último estágio, ela acabou servindo para legitimar um discurso crítico à política de desigualdade fruto do capital, e que acabou por assentar os sonhos de toda uma geração revolucionária.

Ao longo do século XX e neste início de século XXI, a democracia se viu, ainda, reduzida a mera estratégia de marketing político, no discurso partidário que, demagogicamente propalando-a como objetivo último, buscava, na verdade, alcançar o máximo exercício do poder político através do voto, da eleição, enfim, da conquista do aparelho estatal.

Agora, na abertura do novo milênio, onde a crise é a marca de todo o campo político, a democracia é confrontada com a extra-territorialização do capital, que na sua forma virtual, impõe uma nova noção de tempo e de espaço.

Ficou demonstrado alhures que o processo de globalização efetivamente é o catalisador de um sem-número de mudanças no arranjo estatal que a muito custo puderam ser resumidas nos comentários anteriores.

O fato de haver diversos subprodutos da globalização não se pode eximir de perceber que, desde o início, a estrutura do princípio da soberania nacional encontra sérias dificuldades de conviver com as dinâmicas de mercado que, por característica própria, não conhece os mesmos limites das fronteiras jurídicas.

O dilema principal do Estado contemporâneo é que as exigências da ação social e as estratégias de desenvolvimento entrecrocavam-se com tendência à desagregação que essas mesmas estratégias determinam.

A dificuldade do Estado para resolver as questões sociais se dá, entre outras coisas, porque ele trabalha diante dessa estrutura social que se caracteriza por fortes desigualdades socioeconômicas e diferenças étnico-culturais importantes que estabelecem prioridades fracionadas e horizontes temporais diversificados.

É evidente que a globalização, em múltiplas frentes, é perversamente assimétrica, classificando os Estados em duas categorias diferentes e opostas: os beneficiados pelas conseqüências da globalização e aqueles a margem dela. Esse último e mais numeroso grupo tenta normalmente diminuir sua tardança, implantando políticas sociais formuladas em função de regras de eficiência econômica descomprometidas com a coesão social – a transferências da prestação de serviços públicos para particulares através de concessões e permissões e os mecanismos estatais de seguridade social são muitas das vezes os primeiros a serem modificados em benefício de seguros individuais –, mas o certo é que há certa arritmia entre a urgência das necessidades do mercado e o vagar das decisões governamentais.

Assim sendo, o momento dessa economia virtual, muito mais rápido, oblitera o padrão tempo tradicional, pois que subverte o presente, reduzindo-o a um simples toque de uma tecla de computador. Ao mesmo tempo, o espaço não é mais o da fronteira territorial, mas é o do globo, passando por cima das diferenças culturais, o que dá a esse capital a possibilidade de impor seus interesses além dos interesses pragmáticos da nação, e conseqüentemente, da democracia.

Os institutos democráticos herdados do Estado liberal não se mostram suficientes para absorver essa miríade de elementos culturais diversos.

Por isso Bobbio já mencionava (BOBBIO, 1997, p. 94)

“[...] os interesses contrapostos são múltiplos, donde não é possível satisfazer um deles sem ofender um outro, numa cadeia sem fim. Que o interesse das partes singulares deva estar subordinado ao interesse coletivo é uma fórmula, com efeito, privada de um conteúdo preciso. Geralmente, o único interesse comum a que obedecem aos vários componentes de um governo democrático, de um governo em que os partidos singulares devem prestar contas aos próprios eleitores das opções feitas, é o de satisfazer os interesses que produzem maiores consensos e são sempre interesses parciais”.

A sociedade, dessa forma, acaba se desconectando da produção normativa centrada no Estado produtor do direito. A esfera política tem pouca, e por vezes não tem capacidade de estabelecer funções vinculantes a outros subsistemas que obedecem a outros códigos.

O deslocamento da capacidade decisória dos Estados nacionais, no passado ligada ao poder soberano, altera profundamente todo o sistema de fontes legais, inclusive com risco de enfraquecimento da autoridade sociopolítica das constituições nacionais.

A inadequação da conduta política expõe a dispersão do espaço social, no qual o Estado como vértice da pirâmide social encontra-se limitado na definição da ação do conjunto. É perigosamente evidente que tanto quanto essas novas fontes desorganizadas de poder conseguir tergiversar as leis e Constituições, maiores oportunidades serão abertas para novas formas de absolutismos.

Aqui, seria importante abordar os valores e pressupostos teóricos em que se baseia a tradição liberal-democrática e sua influência para a conformação de um modelo institucional hegemônico nas sociedades que partilham dessa cultura ética. Até mesmo porque, é esse modelo de democracia que está até hoje, mesmo que veladamente, dominando, encrostado, no cenário político-social, ou seja, uma tradição liberal com uma roupagem neoliberal.

Defende-se que há de ser definitivamente afastada a ideia de que o Estado atual seja reduzido a representar, unicamente, um aparato a serviço do Governo. O Estado, através da Administração Pública é instrumento do governo que esteja governando naquele momento, mas também instrumento da sociedade.

A vida da Estado deve ser considerada como produto do contemporâneo desenvolvimento de várias tendências, correspondentes a exigências reais da sociedade; exigência de quadro organizacional resultante da integração de Administração e governo, capaz de

produzir atividades com o empenho e a presteza que a realidade atual exige dos Poderes Públicos. Há uma exigência no sentido de que os processos de decisão em curso na esfera administrativa tenham em conta os direitos e as aspirações dos cidadãos isolados, associados e de toda a sociedade.

A satisfação dos interesses e necessidades vitais é mediatizada pela máquina administrativa, razão pela qual um meio apropriado aos cidadãos para lutarem por tais interesses é a sua atuação sobre o funcionamento desta máquina.

Na esfera administrativa, o consenso entre Administração pública, cidadãos e sociedade civil - ou ao menos as decisões administrativas previamente negociadas - resultam do exercício do direito de participação na Administração Pública.

Mais do que uma tendência do Estado contemporâneo, a participação administrativa é uma realidade inafastável, e deve ser entronizada no corpo administrativo do Estado.

No entanto, para serem considerados mecanismos cooperativos úteis, tudo o que for discutido ou configurar resultado do emprego de instrumentos participativos (*v.g.* audiências pública, consultas públicas, referendos administrativos, coletas de informação, entre outros) deve ser devidamente considerado pelo órgão ou autoridade decididora, previamente à emissão do provimento administrativo.

Assim, a concordância ou aderência dos cidadãos aos provimentos emitidos pelos centros decisórios administrativos será uma consequência da maior legitimidade dessa decisão, pois seus pleitos, opiniões e sugestões foram ao menos apreciados. Isso acarretará *maior eficácia e efetividade das decisões administrativas*, sendo o caso de defender-se hodiernamente a *legitimidade pela participação*, inclusive como meio de obter-se maior *eficiência* no desempenho da função administrativa e maior *justiça* da decisão administrativa para concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Parece estreme de dúvidas que a estruturação e a consolidação de um Estado Democrático, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representa um inestimável reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as suas atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais.

Diferentes formas de argumentação se apresentam para sustentar a inconsistência dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, vale dizer, afirmados universalmente e consagrados no sistema jurídico nacional. Apesar disso, todas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos como verdadeiros direitos. E, uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais, é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais, ficando aqueles, assim, privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, tornando-se meras pautas programáticas.

Baseia-se nestes argumentos, a doutrina jurídica atual, pelo nosso entendimento, para justificar modelos políticos sociais que se antepõe à ideia central do Estado Democrático de Direito, que afirma ser a observância dos direitos sociais uma exigência ética, não sujeita a negociações políticas. (CAMPILONGO, 1995, p.135).

Por isso, não há dúvida de que os direitos sociais são uma forma de manifestação dos valores humanos da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana. Mesmo sabendo disso, é interessante desconstruir alguns argumentos que vão contra a idéia de que os direitos sociais devam ser considerados direitos humanos fundamentais. Aliás, várias são as questões que se colocam atualmente ao se tratar de direitos sociais, como direitos não elencados no rol dos “fundamentais”.

Para alguns autores, existe então um processo de multiplicação de novos direitos que conduzem a questionamentos a respeito da adequação desses direitos à característica “fundamental”, ou seja, questiona-se se todos esses direitos são direitos fundamentais. Sob um outro enfoque, poder-se-ia falar que há um pensamento de desvalorização da noção de direitos fundamentais, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais, elevando à mesma categoria a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX da CF), o direito de proteção em face da automação (art. 7º, XXVII da CF) e o direito ao lazer (art. 6º, caput da CF), haveria uma propagação descabida da própria noção de direitos fundamentais. A partir dessas ideias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais. Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal. (MARTÍN-RETORTILL, 1988, p. 65).

Acaba que esses direitos, evidenciam-se rebaixados na norma constitucional, por uma hierarquia equivocada, onde os mesmos ficam reduzidos a simples normas programáticas a espera de regulamentação para surtirem efeitos. E o ponto crucial do argumento que não inclui na categoria dos direitos humanos (fundamentais) os direitos sociais, refere-se a sua universalidade. A teoria e a prática, seja elas políticas e/ou legislativas, contestam essa universalidade, separando os direitos sociais dos direitos civis e políticos, estes sim, entendidos sem discussão como fundamentais.

Mas ao analisar a atual conjuntura, nem neste aspecto os direitos fundamentais sociais têm sido observados na realidade brasileira. Na sua grande maioria, eles ainda continuam esperando regulamentação, por isso mesmo, considerado pelos doutrinadores e até mesmo juízes, como não obrigatórios de cumprimento. Ou seja, o detalhamento social dos direitos sociais passa a servir como mera decoração ao arranjo político que termina por preservar as desigualdades sociais que a própria constituição pretende corrigir. Assim,

pode-se afirmar que a crítica ao caráter meramente formal das liberdades acabou por servir de fundamento político-jurídico para a instituição destes direitos.

A rejeição política da obrigatoriedade dos direitos sociais pode ser baseada em argumentos teóricos e políticos, o que aqui passamos a expor aqueles que entendemos serem os mais utilizados pelos doutrinadores que vislumbram os direitos sociais longe da ideia de aplicabilidade como direitos humanos fundamentais. Num primeiro momento teríamos uma questão no âmbito do conflito dos direitos, ou seja, em um conflito entre os ditos direitos sociais e os já considerados fundamentais direitos civis e políticos. Basicamente esta questão apoia-se no fato de que, se os direitos sociais fossem considerados humanos/fundamentais estariam colidindo com os direitos constitutivos do núcleo do Estado liberal, ou seja, as liberdades individuais e a propriedade. (KRELL, 2002, p.47).

Quando falamos em direitos humanos fundamentais, incluído nestes os direitos sociais, não podemos deixar de analisar as transformações e tendências de efetividade em nosso cenário que é afetado em seu cunho social por um constante processo de globalização calcada no neoliberalismo.

Luiz Roberto Barroso sustenta que, nesta linha de argumentação muitas das normas constitucionais sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, acabam servindo como álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade. (BARROSO, 2006, p.61).

Um dos grandes desafios seria o rompimento/desconstrução destas ideias equivocadas sobre a natureza dos direitos sociais, visto as mesmas estarem diuturnamente influenciando no processo judicial, onde a grande parte da magistratura brasileira interpreta a constituição baseado no formalismo jurídico positivista, pensamento este predominante na formação dos profissionais do direito de nosso país.

Neste sentido, entendemos que o Direito haveria que ultrapassar as feições de um ordenamento lógico-racional, de cunho liberal-individualista, assumindo estampas de um sistema diferenciado, não somente regulando as relações particulares, mas, também, solucionando conflitos de natureza social. Mas, infelizmente, a grande maioria dos juristas pátrios, com seus posicionamentos teóricos de matriz liberal-individualista-normativista, de caráter excessivamente dogmatizante, não têm mostrado alternativas (nem mesmo interesse) na construção do denominado Estado Democrático de Direito, mostrando assim a sua efetividade na concretização dos direitos sociais fundamentais.

É por isso que, sobre tal aspecto, acompanhamos o pensamento de Jorge Miranda que, pelo simples fato destas normas integrem texto constitucional, devem ser consideradas na interpretação das outras normas, podendo inclusive contribuir para o preenchimento de possíveis lacunas através de procedimentos de integração como a analogia. (MIRANDA, 1992, p. 250).

Entretanto, mais do que isso, e nesse aspecto seguimos o pensamento de Flávia Piovezan, para quem: (PIOVEZAN, 2002).

Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmeros outros tratados internacionais (ex: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres). [...] Compartilha-se assim da noção de que os direitos fundamentais - sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais - são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância..

Neste ponto, alguns argumentos político se demonstram equivocados a respeito dos direitos humanos e sociais, pois guarnecem-se no fato de que os direitos sociais encontram-se no estágio de sua justificativa e fundamentação recebendo, por isso, impedimentos quanto a sua implementação no Estado Democrático de Direito.

Por fim, trazemos à baila outro argumento utilizado equivocadamente e que tem o intuito de afastar os direitos sociais do rol dos direitos humanos fundamentais, seria a alegação de um elevado custo orçamentário que aqueles direitos despenderiam para o Estado. E, mais uma vez aqui, apoiando-se na teoria da “reserva do possível”, é um argumento que tem como raízes o pensamento neoliberal contemporâneo. Esta teoria, arraigada em uma ilusória racionalidade que a caracteriza como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais, e não somente aos direitos sociais.

Já como primeiro contraponto a este argumento estaria no fato de que, aqueles que defendem este ponto de vista, não atentarem para o alto custo que o edifício estatal tem como necessário para garantir os direitos civis e políticos. Ou seja, a escassez de recursos como argumento para a não aplicação dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, afetaria tanto os direitos civis e políticos, exaltados pelo Estado Liberal de Direito, como os direitos sociais; tal argumento ameaça a existência de todos os direitos. É como se no sistema jurídico só fosse possível dirimir solução em igualdade absoluta esquecendo as desigualdades sociais.

Uma Constituição, enquanto fórmula política simbolizadora do pacto social, deve possuir um comprometimento com a realização e garantia dos direitos fundamentais, sejam os de primeira geração como os direitos e liberdades individuais, sejam os de segunda geração como os direitos sociais e econômicos e de terceira geração, os chamados direitos transindividuais, e mesmo os de quarta geração, tema ainda novo em nosso ordenamento.

Em verdade, existe neste mascarado Estado Liberal ativo, uma intervenção no domínio econômico que não cumpre em nenhum momento, papel socializante, muito pelo

contrário, razão pela qual entendemos que se os direitos sociais forem considerados, em sua fundamentação (mas também em sua consagração constitucional), sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do Direito e do Estado, talvez, somente aí, a superação desse impasse no pensamento social contemporâneo poderá ser realizada.

Indubitavelmente, o Estado Democrático de Direito serve para sustentar esta fundamentação, através da democracia, implementado por indivíduos racionais, no exercício da cidadania participativa.

Veja-se que os direitos humanos se situam, em virtude de suas características morais, acima da organização estatal, deitando suas raízes, em última instância, na consciência ética coletiva. Tem-se que, os direitos sociais possuem as mesmas características de obrigatoriedade dos direitos humanos. A demonstração dessas características dos direitos sociais, como direitos humanos, pode ser elaborada em função da atribuição de qualidades que têm a ver com a dignidade humana.

Nesta senda é que surge a importância de abordar a noção da dificuldade de estabelecimento e asseguramento dos direitos humanos neste processo de globalização de cunho prioritariamente econômico-financeiro.

Se se for analisar os reflexos nos direitos humanos e também na democracia no âmbito da economia globalizada, e case se questione qual a possibilidade de futuro positivo para aqueles, com certeza, pelo caminho que se está trilhando, as respostas serão cétricas.

Com o fenômeno da globalização, no entanto, conforme já se viu, os poderes legislativo, executivo e judiciário são funcionalmente esvaziados ou relativizados. Por isso, as três gerações de direitos humanos (os relativos à cidadania civil e política, os relativos à cidadania social e econômica, e os relativos à cidadania “pós-material” (direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos e ao reconhecimento da diferença, da singularidade e da subjetividade, etc.), acabam enfrentando problemas para serem efetivadas.

A exclusão socioeconômica gera reflexos graves na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no “Estado da natureza” que propriamente no Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o caráter indivisível desses direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um

entreve ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional.

Ou seja, urge a necessidade da ruptura com um modelo (neo)liberal-individualista, sustentáculo da globalização econômica, que visa a instalação definitiva de um modelo Estado mínimo, mencionado anteriormente, para que as camadas da população menos favorecidas, vítimas de uma sociedade caracterizada pela desigualdade social, vítimas de uma posição conservadora de Estado, de Direito e mesmo de Sociedade, alcancem a igualdade, fazendo valer os preceitos fundamentais constitucionais.

4. Conclusões

Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade. Além dos valores da igualdade e da liberdade, os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pelo qual se pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos da cidadania, onde esta estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado.

No Estado Democrático de Direito este vínculo é mais abrangente, pois o cidadão é aquele que goza e detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais em tempo de vulnerabilidade.

A sociedade preocupa-se que o indivíduo sobreviva dignamente, mostrando que somente um cidadão poderá ser responsável quando a comunidade política tiver demonstrado de maneira hialina que reconhece este mesmo indivíduo como membro desta sociedade, garantindo seus direitos sociais humanos/fundamentais básicos.

Tentamos demonstrar neste trabalho que a elaboração de referenciais aptos a uma mudança de paradigma de Direito e de noção de Estado é fundamental, superando-se as posições mais conservadoras, que impedem um desvelamento dos conceitos de Estado e do Direito, que não mais condizem com as necessidades da coletividade, da cidadania, modo que os operadores jurídicos passem a utilizar a Constituição Federal e o Direito como instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais, inclusive os sociais com base nos princípios da igualdade material e dignidade da pessoa humana presentes em nossa Constituição, carta maior de um Estado considerado Democrático de Direito.

5. Referências

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia. Ensaios em Teoria habermasiana e Teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996, p. 139.

- BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.
- _____. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994.
- _____. *O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal*, em Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica. Coordenação Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovezan, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Cocchioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARTÍN-RETORTILL, Lorenzo. *Regimen constitucional de los derechos fundamentales. In Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV, 3ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2000.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização, em Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCAFF, Fernando F. *A responsabilidade do Estado intervencionista*. S. Paulo: Saraiva, 1990.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos, em Teoria dos Direitos Fundamentais* / Organizador Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1999.

OS DESAFIOS DA FUNDAMENTAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

PAULO UMBERTO STUMPF

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1993), graduação em Bacharel em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (1989), graduação em Licenciatura Plena em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1990), graduação em Teologia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (1997), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Reitor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Atualmente desenvolve Atividade Extraclasse na Escola Superior Dom Helder Câmara, Diretor Geral da Fundação Movimento Direito e Cidadania e Diretor Geral da Revista Eletrônica Dom Total.

FRANCISCO HAAS

Francisco Haas. Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Puc Rio. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2001), Pós-graduação em Filosofia (1992) e licenciatura em Filosofia, História pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1991), graduação em Filosofia pelo Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus (1989), graduação em Teologia pelo Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus (1994). Atualmente é Pró-reitor de Extensão, Supervisor Administrativo e professor de Sociologia da Escola Superior Dom Helder Câmara, Coordenador do Movimento Ecos.

Resumo

Na sociedade contemporânea os direitos do ser humano e da sociedade chegam à convicção ética de que a pessoa humana é sempre um fim e jamais um meio e de que todo o poder somente se legitima à medida que se faz mediação da justiça e do bem comum dos cidadãos e da natureza. Que todo desenvolvimento técnico deve ser orientado para a promoção integral da pessoa humana e dos povos. Habermas discute o conceito de dignidade humana e a utopia realista dos Direitos Humanos a partir da declaração da inconstitucionalidade da Lei de Segurança Aérea Alemã. Pelè discute a tensão entre as bases teóricas da dignidade humana e suas implicações práticas. Stumpf analisa o conceito da dignidade humana subjacente no imperativo categórico kantiano e finalmente apresentaremos a dignidade humana como fonte moral dos direitos humanos.

Palavras-chave

Dignidade humana; Direitos humanos; Desafios teóricos/práticos; Kant.

Resumen

En la sociedad contemporánea los derechos del hombre y de la sociedad llegan a la convicción ética de que la persona humana es siempre un fin y nunca un medio y que todo el poder sólo es legítimo en la medida en que se hace la mediación de la justicia y del bien común de los ciudadanos y de la naturaleza. Que todo el desarrollo técnico debe orientarse hacia la promoción integral de la persona humana e de los pueblos. Habermas discute el concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos a partir de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea Alemana. Pelè analiza la tensión entre los fundamentos teóricos de la dignidad humana y sus implicaciones prácticas. Stumpf examina el concepto de dignidad humana que subyace en el imperativo categórico kantiano y finalmente presentar la dignidad humana como fuente de la moral de los derechos humanos.

Palabras clave

La dignidad humana; Los derechos humanos; Los desafíos teóricos/práticos; Kant.

1. Introdução

Este artigo visa discutir a problemática em torno da definição conceitual da dignidade humana e seus desafios práticos. As análises se dão em torno do artigo de Pelè (2004) “*una aproximación al concepto de dignidad humana*” e alguns apontamento de sua tese de doutorado; a tese de doutorado do Stumpf (2010) “O princípio constitucional da dignidade humana”, e o artigo de Habermas (2010) “O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos”, entre outros autores.

Na sociedade contemporânea os direitos do ser humano e da sociedade chegam à convicção ética de que a pessoa humana é sempre um fim e jamais um meio e de que todo o poder somente se legitima à medida que se faz mediação da justiça e do bem comum dos cidadãos e da natureza. Que todo desenvolvimento técnico deve ser orientado para a promoção integral da pessoa humana e dos povos.

A problemática de nossa discussão iniciará em torno da fundamentação moral do artigo de Habermas “o conceito de dignidade humana e a utopia realista dos Direitos Humanos”, que analisa a declaração do Tribunal Constitucional Federal sobre a inconstitucionalidade da Lei de Segurança Aérea Alemã, diante da intangibilidade da dignidade humana. Num segundo momento a discussão dar-se-á em torno da tensão entre as bases

teóricas da dignidade humana e suas implicações práticas apresentadas por Pelè. Em terceiro lugar analisaremos a dignidade humana subjacente no imperativo categórico kantiano a partir de Stumpf que chama a atenção sobre a formulação do imperativo categórico de Kant e a dignidade humana e finalmente apresentaremos a dignidade humana como fonte moral dos direitos humanos. Procuramos desenvolver uma análise dedutiva através da pesquisa exploratória, baseado em levantamento bibliográfico.

2. A Dignidade Humana como Direito Absoluto

Para Habermas (2010) no imperativo categórico de Kant¹ cada pessoa goza de direitos absolutos e nada justificaria sacrificar o direito de poucos em proveito dos direitos de muitos, mesmo que fosse através do Estado. Kant em seu imperativo categórico parte do princípio que o homem, pela sua capacidade de autodeterminar suas ações, também teria autonomia sobre sua própria vontade, característica essa inerente ao seu ser racional, tornando-se o que ele chamou de “um fim absoluto em si mesmo”.

Segundo Habermas

O dever estatal (decorrente do art. 2.2 da Lei Fundamental²) de proteger a vida das vítimas de um potencial ataque terrorista deveria ceder diante do dever de respeitar a dignidade humana dos passageiros: “Ao terem suas vidas dispostas unilateralmente pelo Estado, às pessoas a bordo da aeronave é negado o valor que é devido a um ser humano por si”³. (HABERMAS, 2010, p. 2)

Para Bobbio (2000), na concepção de Kant, a função fundamento do direito era assegurar a garantia das liberdades individuais, através de regras que permitissem a convivência social e a não transgressão das liberdades dos cidadãos. Nesse caso da Lei da Segurança Aérea da Alemanha em 2006, o Tribunal Constitucional Federal considerou inconstitucional a Lei que permitisse a atuação do Estado para além da prescrição de normas que regulassem as liberdades individuais.

Segundo o Habermas (2010) “o conceito filosófico de dignidade humana, que surgiu na Antiguidade e adquiriu sua formulação atual em Kant”, originou-se devido as enormes atrocidades cometidas em nome dos direitos humanos, durante a Segunda Guerra

1 No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalência, então tem ela dignidade. (KANT, 1995, p.77)

2 “Todas as pessoas têm direito à vida e à integridade física”.

3 BverfG, 1 BvR 357/05 de 15.02.2006, parágrafo 124; sobre o julgamento cf. J.v. Bernstorff, Pflichtenkollosion und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat 47, 2008.

Mundial, e que a partir de lá tem recebido destaque especial nas constituições nacionais e nos textos do direito internacional. A pergunta que Habermas se faz, porque os Direitos Humanos foram abordados desde o século XVII e somente no Século XX teria emergido o conceito de Dignidade Humana? Para o autor, o processo histórico de atrocidades cometidos contra o homem, durante a segunda guerra mundial, teria feito emergir com mais força o conceito da dignidade humana, expressos de uma forma bem clara nas constituições e tratados internacionais.

É somente no contexto histórico do Holocausto, que a ideia de direitos humanos se tornou retrospectivamente carregado moralmente com o conceito de dignidade humana – e possivelmente sobrecarregada? A carreira recente do conceito de “dignidade humana” nas discussões constitucionais e internacionais sugere essa ideia. (HABERMAS, 2010, p. 3)

3. Tensão entre as Bases Teóricas da Dignidade Humana e suas Implicações Práticas

Pelè em seu artigo, “*una aproximación al concepto de dignidad humana*” afirma que alguns autores apontam uma certa tensão entre as bases teóricas da dignidade humana e suas implicações práticas.

Vemos que alguns autores observaram uma tensão entre a base teórica da dignidade e suas implicações práticas. A filosofia moral e política atual nos trazem o conceito de dignidade através de casos e a discussão sobre a indignidade de determinadas condições (sociais, psicológicos, etc.) onde se encontram alguns indivíduos ou grupos. (PELÈ, 2004, p. 9, tradução nossa)

Segundo o autor (2004), historicamente houve várias tentativas de uma aproximação conceitual⁴ contemporânea sobre a dignidade humana, essa, no entanto, não aceita uma explicação racional para o fundamento da dignidade humana, devida a sua complexidade subjetiva e mutável. E o autor, utilizando-se de uma afirmação de Perez, faz uma defesa sobre essa imprecisão ou seu desconhecimento e a ausência da proteção efetiva da pessoa, rotulando a conceituação da dignidade humana como “vazia”.

No entanto, essas posições tentam evitar abordar a reflexão sobre o fundamento da dignidade, rotulando-a como “vazia”, porque eles são realmente incapazes de decifrar sua complexidade. (PELÈ, 2004, p. 2)

4 *Sin embargo, la reflexión contemporánea tiende a rechazar cualquier explicación racional al fundamento de la dignidad, considerando que siempre dicha explicación es subjetiva y cambiante; algunos incluso, frente a la presunta incapacidad de definir la dignidad humana, piensan que de todas formas “(...) una fuerza instintiva innata sabrá advertirnos de cuando se desconoce, no se protege o lesiona la dignidad de una persona” (PEREZ, Apud, PELÈ, 2004, p. 9)*

Diante deste embate teórico, Pelè (2004) procura descrever as várias fases do conceito de dignidade humana. Durante a era pré-moderna, o homem é concebido como a imagem de seu criador, atribuindo-lhe superioridade sobre as demais criaturas. A dignidade humana estava fundamentada na sua imanência originária⁵. Na modernidade esse conceito é reformulado. Com a concepção antropocêntrica, a perspectiva do conceito da dignidade humana deriva de sua natureza humana⁶, dissociado de qualquer origem divina, mantida a sua singularidade da espécie humana em relação aos outros animais. Segundo o autor, essa nova concepção da dignidade tem refletido no campo jurídico com o surgimento dos Direitos Humanos, definindo a superioridade dos seres humanos sobre os animais e criando o conceito de igualdade entre os humanos.

Por outro lado, Pelè acredita que há precedentes da igualdade humana já nas sociedades pré-modernas⁷. Uma vez que o homem é criado à imagem e semelhança de seu criador e que todos são filhos do mesmo criador, deduz-se que são todos irmãos e, portanto, deverá ter trato mútuo respeitoso, garantidos pela ordem jurídica dos direitos humanos. A superioridade do homem, em relação às outras criaturas, está no caráter da singularidade proveniente da justificação divina e sua hereditariedade originária. Portanto, a dignidade do homem fundamenta-se nas habilidades de poder manifestar sua essência divina.

Segundo Pelè (2004), o conceito moderno da dignidade humana resgata essa ideia de forma secularizada, não decorrente da filiação divina, mas da imanência da própria natureza humana, dada pela sua liberdade e pela autonomia, distanciando-se dessa forma do reino animal⁸. Portanto, para o autor, apesar de sua diferença originária, as duas concepções da dignidade humana produzem a mesma consequência: dar um valor absoluto aos seres humanos. No entanto, Pelè (2006) afirma que nas duas dimensões da dignidade humana há uma tensão inerente à autonomia do indivíduo moderno que pode ser tensionada por uma definição estrita e moral da natureza humana.

5 *El concepto de dignidad era así un concepto religioso y las razones de su aparición deben buscarse en el antropocentrismo fomentado en gran parte por la religión judeo-cristiana.* (PELÈ, 2004, p. 2)

6 *A esta reformulación parcial del concepto se ha añadido una más profunda: el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio. Esta nueva formulación de la dignidad se plasmará en el ámbito jurídico con la aparición de los derechos humanos. Desde ahora, la dignidad humana no sólo tiene un alcance vertical (la superioridad de los seres humanos sobre los animales) sino también un alcance horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos sea cual sea el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad).* (idem, p. 10)

7 *Si el concepto de dignidad nace en la época pre-moderna, su alcance ha sido desarrollado en la época moderna. De la igualdad de los miembros del género humano se deduce la necesidad de un trato mutuo respetuoso; trato garantizado en particular por las herramientas jurídicas que son los derechos humanos. El concepto moderno de dignidad humana es así deudor del concepto pre-moderno en la medida que recupera esos rasgos humanos pero los interpreta de forma secularizada: el individuo es valioso en sí y no por su parentesco divino. Introduce además una novedad: la igual dignidad pretende generar una igualdad jurídica y política de los individuos a pesar de sus posiciones sociales y desigualdades naturales.* (Idem)

8 *Como podemos ver, esos tipos de fundamentación vincula la dignidad humana con una presumida excelencia natural del ser humano. El valor del ser humano deriva de sus capacidades aunque éstas se manifiestan de distintas formas en cada individuo e incluso, no se manifiestan en ciertos individuos.* (PELÈ, 2004, p. 9)

Al mismo tiempo, existe una tensión entre ambas dimensiones ya que la autonomía inherente que se otorga al individuo moderno puede chocar con una definición estricta y moral de la naturaleza humana. Como señala Taylor existiría hoy un consenso moral, (religioso y laico) que reconoce “algún fundamento en la naturaleza humana o en la situación humana que hace de los seres humanos objetos dignos de respeto” pero no se aceptaría ninguna definición estricta y particular de esta naturaleza humana. (PELÈ, 2006, p. 7)

Por sua vez, Habermas (2010) defende a linha de pensamento que a dignidade da pessoa humana já estaria desde os primórdios numa conexão.

Em oposição à tese de que o conceito de direitos humanos teria recebido retrospectivamente uma carga moral a partir do conceito de dignidade humana, eu gostaria de sustentar a tese de que existiu desde o começo uma conexão conceitual íntima entre ambos os conceitos, ainda que de início apenas implícita. Os direitos humanos sempre foram o produto da resistência ao despotismo, opressão e degradação. (HABERMAS, 2010, p. 4)

Neste sentido o autor defende a ideia que a dignidade humana não é uma sucessão classificatória, um vazio racional, e sim uma fonte moral da qual todos os direitos fundamentais derivam.

Diferentemente de Habermas, Pelè (2004) na sua análise afirma que o indivíduo moderno carrega um “vazio”, pelo fato do conceito moderno da dignidade igualar a todos os seres humanos, sem considerar sua filiação, sua origem, posição política e social, rompendo com os fundamentos pré-modernos de dignidade. Na visão do autor, esse “vazio” da dignidade humana na modernidade, de um lado, estaria vinculado à ausência de fundamentação emocional¹⁰ e por outro lado, da dificuldade da apreensão do conceito¹¹. Portanto, esse “vazio” é decorrente de sua fundamentação filosófica abstrata, de uma perspectiva meramente humanista do homem, onde a sua dignidade deriva de sua razão e de sua autonomia e o valor do indivíduo encontra-se apenas em seus traços humanos, independentemente da sua condição social, origem e filiação.

9 *Spaemann añade más adelante un punto relevante en cuanto la definición moderna de la dignidad: “(...) el ateísmo despoja a la idea de dignidad humana de fundamentación (...). No es una casualidad que tanto Nietzsche como Marx hayan caracterizado la dignidad sólo como algo que debe ser construido y no como algo que debe ser respetado”. (SPAEMANN, Apud, PELÈ, 2004, p 10)*

10 *Cuando nos referimos a un cierto vacío de la dignidad humana, queremos subrayar lo siguiente: mientras que en su forma anterior, el valor del individuo se sostenía en sentimientos que le permitían sentir su identidad, en la modernidad, la dignidad humana parece carecer de fundamento emocional. (PELÈ, 2004, p 10)*

11 *Por otra parte, el “vacío” relativo al concepto de dignidad humano podría referirse no sólo a la forma cómo uno siente su dignidad sino también en la dificultad de aprehensión del concepto. Dicha dificultad podría derivar del desarraigo de sus elementos constitutivos (razón, autonomía, sociabilidad, sensibilidad, etc.) de cualquier trasfondo religioso. (ibid)*

Por outro lado, Pelè (2004) acredita que não podemos cair no ceticismo sobre o conceito da dignidade humana, uma vez que o problema moderno se apresenta na sua fundamentação abstrata¹² da dignidade humana. Para o autor a fundamentação da dignidade humana deveria originar-se a partir da problemática em torno do conceito entre o ser e o dever ser.

Segundo o autor, essa problemática já teria aparecido no artigo de Bobbio “Igualdade e dignidade dos homens”, quando considerava a igualdade e a liberdade naturais do homem não como um direito, mas como um dever. Decorrente da expressão “nascido com a capacidade de discernir sobre o que se deve fazer e o que não se deve fazer”. Posteriormente a mesma ideia teria aparecido em Spaemann quando a expressa através da frase “que a dignidade do homem é inviolável”. Segundo o autor neste conceito aparece claramente um dualismo entre o ser e o dever ser.

Robert Spaemann abundó también en un mismo sentido cuando apuntó que este concepto “(...) no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general. Lo que con él se nombre es algo más originario que lo que se expresa por medio del termino derecho humano. Y, a la vez, no tiene la misma operatividad que aquel. La frase la dignidad del hombre es inviolable aclara esto de modo inmediato. ¿Quiere ésto decir que la dignidad del hombre no puede o no debe ser violada? El doble sentido de la formulación es un indicio de que el concepto de dignidad humana está asentado en un ámbito precedido por el dualismo del ser y el deber ser”. (SPAEMANN, apud, PELÈ, 2004, 12)

4. A Dignidade Humana Subjacente no Imperativo Categórico Kantiano

Para Stumpf (2010) a formulação do imperativo categórico de Kant não deve ser entendida como se os dois princípios de universalidade e dignidade fossem simplesmente complementares entre si ou fosse apenas o conteúdo da formalidade universal do princípio kantiana.

O constitutivo da dignidade está no fato de que um ser racional não obedece à outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente se dá.

O postulado transcendental da autonomia e a incondicionalidade da

12 *Los fundamentos modernos de la dignidad pretenden justificar la dignidad humana únicamente en los rasgos humanos con el fin de justificar la idea de igual dignidad. Igual dignidad que es el fundamento del Estado de Derecho que considera a los individuos como ciudadanos con iguales derechos y deberes. Sin embargo, dichas fundamentaciones tienen poca relevancia práctica: en efecto, por un lado, dan por sentado y obvio que por su excelente naturaleza, el ser humano tiene un valor absoluto y es merecedor de derechos; por otra parte, dicha obviedad choca con las numerosas situaciones actuales y pasadas donde individuos han visto degradado y vulnerado su dignidad.* (PELÈ, 2004, p. 11)

razão, como pressuposto do reconhecimento da universalidade do princípio da dignidade humana, são condição de possibilidade dos direitos fundamentais.

Em Kant, encontramos a base teórica do imperativo categórico não apenas na perspectiva da universalização de princípios, como também correspondendo especificamente ao princípio da dignidade da pessoa humana na sua formulação de que o agir deve sempre ser tal que permita reconhecer o ser humano em si próprio (no sujeito agente) e em todas as pessoas (relação intersubjetiva e social) também como finalidade da ação, e jamais apenas como meio. (STUMPF, 2010, p. 24)

Para o autor, a razão prática em Kant determina a vontade e o agir moral, na interatividade da comunidade de sujeitos éticos encontra seu espaço de atualização e efetividade.

É nessa relação dialética de sujeitos conscientes do valor moral de suas atitudes (pressuposto kantiano do imperativo moral), que a experiência moral se sobrepõe à razão instrumental e tecnicista da modernidade, sem, contudo, pretender postular o princípio da dignidade e liberdade humana como valores absolutos. (IDEM, p. 26)

Igualmente, Pelè (2004) a partir da concepção kantiana sobre a dignidade humana, crê que o fundamento da dignidade humana na modernidade, deve conceber as dimensões do ser e do dever ser e que essa dualidade inerente ao conceito deve ser analisada numa perspectiva dinâmica, que leve em conta, tanto os elementos constitutivos da dignidade humana e suas manifestações, como um ideal de presente absoluto na natureza e na existência do ser humano¹³ não aceitando nenhuma condicionalidade sobre a dignidade humana.

Segundo o autor, a partir dessa perspectiva o conceito de dignidade humana ganha uma dimensão ontológica, um significado sagrado. Essa concepção impactaria no comportamento intersubjetivo¹⁴, afetando a existência exterior no mundo físico e na existência interior na pessoa humana.

Cuando hablamos de dignidad humana, nos referimos efectivamente a la “dignidad de la persona”, es decir al individuo autónomo y titular de derechos.

13 *El concepto moderno de dignidad humana no niega la existencia de desigualdades entre los individuos. Lo que sí niega es que esas desigualdades naturales y sociales sean la justificación de un tratamiento desigual por parte de las instituciones o un trato degradante entre los individuos. Con otras palabras, cada uno merece un respeto debido por el mero hecho de ser humano. Tal afirmación recuerda la base de la definición moderna de la dignidad que aparece en Kant: “la humanidad misma es dignidad: porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas (...)” (PELÉ, 2004, p. 11)*

14 *los individuos deberían tratarse con respeto es decir, siguiendo las palabras de Karl Larenz, reconociendo “(...) la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)”. (Idem.)*

Esta dimensión contempla estrechamente el concepto de “igual dignidad”, que reconoce una igualdad absoluta entre los individuos. Esta igual dignidad prohíbe en primer lugar, conductas discriminatorias basadas en razones culturales y naturales por ejemplo; es el reducto y el valor último que define por igual a todos los seres humanos, “exigible en sus condiciones reales de existencia”¹⁵. En segundo lugar, requiere una actitud moral de respeto entre las personas. El fundamento de la “dignidad de la persona” está tradicionalmente vinculado con la pertenencia de todas esas personas a la misma familia humana. (PELÈ, 2006, p. 6-7)

Segundo o autor, historicamente de fato a dignidade humana emerge com mais força diante da vulnerabilidade e do sofrimento. Porém, a ideia da dignidade não deve se fundamentar sobre essa natureza precária do homem, mas de entender como e quando o discurso da dignidade nos campos filosóficos e legais surge. É precisamente quando um indivíduo, um grupo ou até mesmo a espécie humana está em uma situação de vulnerabilidade que o argumento de “dignidade” aparece para resolver esta situação¹⁶, mas essa não deveria ser o seu fundamento, muito menos os determinismos sociais ou religiosos.

Por otra parte, el concepto moderno de dignidad humana no puede fundamentarse en el único desarraigo del individuo de los anteriores determinismos tanto sociales como religiosos: ello fomentaría ciertamente la libertad del ser humano pero no lo ayudaría a encontrar un sentido a su identidad. (PELÈ, 2004, p. 13)

5. Dignidade Humana como Fonte Moral dos Direitos Humanos

Habermas (2010) por sua vez acredita que ao longo da história há um vínculo estreito entre os conceitos de *dignidade humana* e *direitos humanos*, que fundamentam a construção realista pela via democrática. Perlatto (2013) defende a mesma linha de raciocínio quando afirma que a dignidade humana na modernidade se tornaria a fonte moral dos direitos humanos individuais construídos pela via da democracia cosmopolita.

Daí, sua perspectiva normativa se fundar na possibilidade da construção de uma agenda democrática cosmopolita que assuma estes dois conceitos como ancoragem e que seja capaz de construir instituições, reunindo Estados e cidadãos do mundo, capazes de defendê-los e ampliá-los. Da mesma forma que a junção desses conceitos teria tido um “papel catalisador” para impulsionar, no curso da história, diversas transformações

15 DÍAZ E., Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 10.

16 *La vulnerabilidad humana debe tenerse en cuenta a la hora de identificar los rasgos de la naturaleza pero no puede constituir el fundamento de la dignidad.* (PELÈ, 2004, p. 13)

democráticas, elas permaneceriam como as vigas de suporte de um projeto no qual, a partir da “força civilizadora do direito estabelecido democraticamente” (p.45), seria possível assegurar a construção de uma ordem democrática para a sociedade mundial contemporânea. (PERLATTO, 2013, p. 47)

Reconhecemos que a história do homem confunde-se com a luta para a preservação da dignidade humana e dos direitos humanos que foram, a partir de sua concretude histórica, dando contornos emancipatórios, principalmente contra as violações dos direitos sociais, políticos, civis, culturais, econômicos, ambientais construindo novos parâmetros de equidade social.

Para Dornelles (2007) a evolução dos direitos humanos se dá no processo de privação e conscientização:

Cada geração de direitos humanos nasceu e se desenvolveu representando momentos históricos onde os indivíduos, os oprimidos, os explorados, os injustiçados, os expropriados levantaram a bandeira da libertação e da emancipação humana, conquistando durante espaços democráticos e liberdades possíveis no contexto histórico vivido. (DORNELLES, 2007, p. 67)

Nesta mesma perspectiva, Cittadino (2000) corrobora com a construção cidadã do Estado Democrático de Direito, quando afirma:

é possível lutar pela conformação de uma identidade política comum, desde que possamos adotar uma compreensão procedimental da Constituição e não torná-la como uma “ordem concreta de valores”. Neste sentido, é preciso que sejamos capazes de perceber, por um lado, que fomos capazes de reconstruir o Estado de Direito, e por outro lado, que a Constituição, neste processo, representa um consenso procedimental em torno de princípios jurídicos universais cuja implementação e inscrição em nossa história política depende dos processos de formação da opinião e da vontade nos quais a soberania popular assume forma política. (CITTADINO, 2000, p. 231)

A história do homem confunde-se com a luta para a preservação dos direitos humanos que foram a partir de sua concretude histórica dando contornos emancipatórios, principalmente contra as violações dos direitos sociais, políticos, civis, culturais, econômicos, ambientais construindo novos parâmetros de equidade social.

Para Dallari (2012) o estado democrático é um ideal possível de ser atingido, desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente. Na visão do autor o pressuposto fundamental do estado democrático possível seria um Estado dotado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, e busque a preservação da liberdade e a preservação da igualdade.

Para Boff (2003)

a centralidade da nova concepção reside em dar-se conta da complexidade da realidade. Junto ao sabido está sempre o não sabido; o contrário e antagônico não são negadores do real, mas manifestações de sua pluridimensionalidade; caos e ordem se pertencem mutuamente. (BOFF, 2013, p. 31)

Para Boff (2003), ao lado do espírito e da matéria entra em consideração especialmente a vida com sua lógica não-linear, com sua complexidade, organicidade e auto-regulação. Conta mais a perspectiva sintético-holística que a analítica, o ser humano não é apenas espectador passivo do espetáculo do mundo, mas ator ativo, sendo sempre incluído na ciência e na pesquisa, por mais objetivas que pretendam ser.

Segundo Boff (2003), neste momento, a história da humanidade passa por uma crise radical. Em termos abstratos percebe-se a crise do paradigma moderno, mas que na concretude histórica manifesta-se como a crise do sonho, da utopia que deu sentido ao mundo nos últimos séculos.

O projeto da modernidade assentado no antropocentrismo, na racionalidade instrumental do domínio da natureza a qualquer custo, a busca de um crescimento econômico ilimitado, a vontade de poder como dominação sobre os outros, sobre povos e sobre a própria natureza chegam ao esgotamento humano e ambiental.

Para Boff (2003) os cientistas já apontam há muito tempo que para evitar uma crise irreversível a solução do equilíbrio não é científico e tecnológico, e sim, político e social. O equilíbrio sustentável é incompatível com uma economia mundial baseada na busca ilimitada do lucro por empresas econômicas competindo globalmente.

O paradigma desta sociedade se expressou em dois sistemas sociais antagônicos: o capitalismo e o socialismo. O primeiro privatizou os bens e socializou os sonhos e o segundo socializou os bens e privatizou os sonhos.

Os dois sistemas tendo o paradigma de poder como dominação do mundo e dos povos levaram a três desvios que marcam profundamente nossa cultura hoje mundializada, o reducionismo na concepção do ser humano, o recalque do feminino e o desrespeito à alteridade e à natureza.

O ser humano mais e mais se descobre como parte da natureza e membro da comunidade de vida. Sua relação não pode ser de dominação, mas de convivência numa nova aliança de respeito e de diálogo. O ser humano precisa de natureza para seu sustento e ao mesmo tempo a natureza, marcada pela cultura, precisa do ser humano para ser preservada e para poder manter ou recuperar seu equilíbrio. Portanto, para Boff (2003) todos os seres da natureza são sujeitos de direito, são portadores de informação e de subjetividade.

Kant, ao defender a legitimação da liberdade e da igualdade da dignidade humana na forma de princípio moral, possibilita uma consideração de temas tradicionalmente relegados como sendo metafísicos e por isso, tidos sem valor científico. Stumpf (2010) defende que a dignidade humana não pode ser refém do cientificismo abstrato, uma vez que a consciência humana tem na sua essência o fator moral com fundamento seu agir humano. Mesmo com todo o desenvolvimento científico em torno da evolução humana através da neurociência, do estudo do cérebro humano, na dissecação dos neurônios, essas ciências empíricas jamais conhecerão a consciência humana, a sua dignidade humana. “Aliás, sua existência humana é tão certa como a afirmação ou a negação de sua existência. E aí, situa-se o fator moral, pois, se pela consciência o ser humano sabe e sabe que sabe, o conhecimento moral é o núcleo dessa consciência” (STUMPF, 2010, p. 38).

6. Conclusões

No decorrer da nossa análise sobre os desafios da fundamentação da dignidade humana, vimos que para Habermas (2010) “o conceito filosófico de dignidade humana, que surgiu na Antiguidade e adquiriu sua formulação atual em Kant”, originou-se devido as enormes atrocidades cometidas em nome dos direitos humanos, durante a Segunda Guerra Mundial, e que a partir de lá tem recebido destaque especial nas constituições nacionais e nos textos do direito internacional.

Segundo Pelè, historicamente houve várias tentativas de uma aproximação conceitual contemporânea sobre a dignidade humana, essa, no entanto, não aceita uma explicação racional para o fundamento da dignidade humana, devida a sua complexidade subjetiva e mutável, o que ocasionado um “vazio” conceitual. Diante deste embate teórico, Pelè procura descrever as várias fases do conceito de dignidade humana passando pela era pré-moderna onde o homem é concebido como a imagem de seu criador até a era moderna onde o conceito da dignidade humana deriva de sua natureza humana, dissociado de qualquer origem divina, mantida a sua singularidade da espécie humana em relação aos outros animais.

Diferentemente de Habermas, Pelè na sua análise afirma que o indivíduo moderno carrega um “vazio”, pelo fato do conceito moderno da dignidade igualar a todos os seres humanos, sem considerar sua filiação, sua origem, posição política e social, rompendo com os fundamentos pré-modernos de dignidade. Na visão do autor, esse “vazio” da dignidade humana na modernidade, de um lado, estaria vinculado à ausência de fundamentação emocional e por outro lado, da dificuldade da apreensão do conceito.

Sobre a visão a concepção moderna da dignidade humana, Stumpf (2010) argumenta que a formulação do imperativo categórico de Kant não deve ser entendida como se os dois princípios de universalidade e dignidade fossem simplesmente complementares

entre si ou fosse apenas o conteúdo da formalidade universal do princípio kantiana. Para o autor a razão prática em Kant determina a vontade e o agir moral, na interatividade da comunidade de sujeitos éticos encontra seu espaço de atualização e efetividade.

Finalmente vimos que Habermas acredita que ao longo da história há um vínculo estreito entre os conceitos de *dignidade humana* e *direitos humanos*, que fundamentam a construção realista pela via democrática e que Perlatto defende a mesma linha de raciocínio quando afirma que a dignidade humana na modernidade se tornaria a fonte moral dos direitos humanos individuais construídos pela via da democracia cosmopolita.

Concluimos que na sociedade contemporânea os direitos do ser humano e da sociedade chegam à convicção ética de que a pessoa humana é sempre um fim e jamais um meio e de que todo o poder somente se legitima à medida que se faz mediação da justiça e do bem comum dos cidadãos e da natureza. Que todo desenvolvimento técnico deve ser orientado para a promoção integral da pessoa humana e dos povos.

7. Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, São Paulo: Ed. Elsevier, 2004.
- _____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 2º ed., Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BOFF, Leonardo. *Civilização planetária: desafios à sociedade e ao cristianismo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DORNELLES, João R. W. *O que são Direitos Humanos*. São Paulo: brasiliense, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos*. Trad. de Eduardo Mendonça e Letícia de Campos Velho Martel, do original, “The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, Vol. 41, Núm. 4, 2010, pp. 464-480.
- HALL, Stuart, *A identidade cultural na pós-modernidade*, trad. de Tomaz Tadeu da Silva & Guacira Lopes Louro, Rio de Janeiro: Ed. Lamparina, 2014.
- LIOGIER, Raphaël, “*Laïcité on the edge in France: Between the theory of Church-State Separation and the Praxis of State-Church Confusion*”, *Macquarie Law Journal*, Vol. 9, 2009, pp. 25-45.

- PELÈ, Antonio. *Filosofía e Historia En El Fundamento De La Dignidad Humana*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto De Derechos Humanos “Bartolomé De Las Casas”. Getafe, julio de 2006.
- _____. *Una aproximación al concepto de dignidad humana*. Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política, n. 1, diciembre-enero 2004, p. 9-13 – ISSN: 1698-7950.
- PEREZ, González Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civita, 2011.
- PERLATTO, Fernando. A utopia realista de Habermas: Cosmopolitismo, dignidade humana e direitos humanos. *BOLETIM CEDES – ABR/JUN 2013 – ISSN 1982-1522*
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Ed. Cortez, 2013.
- STUMPF, Paulo Umberto. *O princípio Constitucional da Dignidade Humana. Fundamentos Éticos e Morais*. Belo Horizonte: Editora o Lutador, 2010.

PARTIDOS E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CIDADÃ

DAIANE SANDRA TRAMONTINI

Doutoranda em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: daianetramontini@gmail.com

ORIDES MEZZAROBA

Professor nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Colaborador no Programa de Mestrado da Uninove SP. Pesquisador de Produtividade do CNPq.

Resumo

A democracia representativa encontra-se cada vez mais minada por conta do gradativo processo de fragmentação da soberania e da fragilidade da política atual. O que leva a uma tentativa de moralização política, por vezes pelo Judiciário, que utilizando-se de ativismos, deixa sua passividade institucional e legisla desde normas gerais a abstratas. O presente trabalho busca analisar a representação política como instrumento para fortalecimento da cidadania, aliada ao papel dos Partidos Políticos, como corpos intermediários entre o povo e o Estado, que irão canalizar a vontade popular, na construção democrática e para a garantia de direitos fundamentais.

Palavras-chave

Democracia; Representação Política; Partidos Políticos; Cidadania.

Resumen

La democracia representativa es cada vez más socavada por el proceso gradual de la fragmentación de la soberanía y la fragilidad de la política actual. Esto lleva a un intento de moralizar la política, a veces por el poder judicial, que utilizando el activismo, abandona su pasividad institucional y legisla desde normas generales hasta abstractas. En este trabajo se analiza la representación política como un instrumento para fortalecer la ciudadanía, junto con el papel de los partidos políticos, como órganos intermediarios entre el pueblo y el Estado, que canalizarán la voluntad popular, en la construcción democrática y para la garantía de los derechos fundamentales.

Palabras clave

Democracia; Representación Política; Partidos Políticos; Ciudadanía.

1. Introdução

É por meio da representação política que fundamentos como a cidadania, a soberania popular, o pluralismo político tomam forma e se concretizam. É a representação política que vai proporcionar a efetivação da soberania popular, que se dará, nos termos do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal do Brasil, através de *representantes eleitos ou diretamente*. E são os Partidos Políticos, que constituem corpos intermediários entre o povo e o Estado, que irão canalizar a vontade popular, fazendo parte da vida da sociedade e fundamentais para a construção democrática.

Não há como se pensar em Estado Democrático de Direito, mais especificamente em Estado Democrático Constitucional de Direito, sem a presença da representação política, da cidadania e dos Partidos.

Contudo, o modelo clássico de Estado de Direito encontra-se em crise, a democracia representativa, cada vez mais minada por conta do gradativo processo de fragmentação da soberania. Em decorrência fragilidade política atual de muitos países, como o Brasil, na tentativa de moralização política, o Judiciário, muitas vezes, utilizando-se de ativismos, deixa sua passividade institucional e passa a legislar, desde normas gerais a abstratas. Apesar de toda a corrupção, do apelo pela moralização, o que o Judiciário esta fazendo vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, e à representação política e a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil.

A transformação da sociedade e do Estado é nítida e tem interferido diretamente no ritmo das relações intersubjetivas, e tem em muito ditado um novo ritmo, fazendo com que o Estado precise oferecer respostas às demandas sociais de modo cada vez mais célere.

Tratar da cidadania, como fundamento da representação política e do próprio Partido, como canal de integração social, é de essencial importância para o fortalecimento da democracia e para a garantia de direitos fundamentais. De forma que, buscar-se-á com o presente trabalho, demonstrar a importância desses institutos, inseridos no âmbito do Direito Constitucional, como fortalecimento da democracia representativa e da cidadania.

Para tanto, considerando-se tratarem de matérias atinentes ao âmbito constitucional, serão abordados os aspectos relacionados ao direito constitucional e à teoria garantista, bem como a relação entre a representação política e o Partido Político, também no viés dos direitos políticos, com a cidadania e a democracia.

2. Direito Constitucional e Constitucionalismo: Uma Relação com os Pilares do Estado Brasileiro

É na Constituição Federal que se encontram positivadas as regras basilares da representação política, dos partidos políticos e da cidadania. Não há como tratar desses temas, sem o estudo constitucional da formação da Democracia, da representação, da soberania popular, do pluripartidarismo e da divisão dos poderes, princípios fundamentais da Constituição.

No Direito Constitucional serão encontradas as regras atinentes ao funcionamento e organização do Estado, sendo este Direito Público fundamental, que se refere “diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases de sua estrutura política” (SILVA, 2010, p. 33-35). Hesse (1991, p. 4) vai trabalhar com uma perspectiva jurídica e de força normativa da Constituição, de forma que ela passa a ter “força ativa” que vai influenciar na realidade política e social da sociedade.

A formação do Estado de Direito e do constitucionalismo, foi fortemente influenciado pelos movimentos contratualistas, que tem seus ícones em Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke. Contudo, é com o constitucionalismo liberal do século XIX que o Estado de Direito se consagra, cita Moares (2011, p. 13), com destaque para as Constituições de Cádiz, de 19 de março de 1812, a Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822, a Brasileira de 25 de março 1824 e a Belga de 7 de fevereiro de 1831.

O Estado de Direito surge “como expressão jurídica de uma democracia liberal”, estando à democracia no âmbito mais amplo. Silva (2010, p. 112) ressalta que é com o Estado Democrático de Direito que serão reunidos aspectos do Estado de Direito e do Estado Democrático. O Estado Constitucional é, segundo Moraes (2011, p. 14), “uma das grandes conquistas da humanidade”, que se completa como verdadeiro Estado, quando de veste de um Estado Democrático de Direito.

Teorias importantes na formação do pensamento jurídico fizeram parte da história pretérita e recente do constitucionalismo. Dentre elas, aqui será dado destaque ao constitucionalismo garantista, cunhada por Ferrajoli (2012, p. 19), que surge como um contraponto a teoria dos princípios e seguindo uma linha de direito como garantia, baseada numa perspectiva racional-positivista faz uma releitura do positivismo clássico. Para Ferrajoli (2012, p. 19) considerando aquilo que é determinado “constitucionalmente como vinculante e inderrogável”, o garantismo poderá ser caracterizado como um sistema jurídico, no qual constará a previsão da “submissão (inclusive) da legislação a norma relativas à produção não só formais, relativas a procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir).”

Segundo o Ferrajoli (2012, p. 26-27), esse constitucionalismo que ele também denominou de “jus-positivista”, é uma mudança de paradigmas do velho juspositivismo, “enquanto positivamente normativo nos confrontos com a própria normatividade positiva e enquanto sistema de limites e de vínculos substanciais, relativos ao ‘quê’, em acréscimo àqueles somente formais, relativos ao ‘quem’ e ao ‘como’ das decisões”.

O que se verifica com Ferrajoli (2012, p.25) é um reforço do positivismo jurídico kelseniano, no qual se busca uma construção de leis “de atuação, de idôneas garantias e de instituições de garantias”. Streck (2012, p.60) ao tratar do pensamento do autor, ressalta que essa perspectiva garantista vai “demonstrar” que a democracia somente se faz “pelo e através do direito”.

Ferrajoli (2012, p. 25-26) vai afirmar que os direitos, sejam os fundamentais assim como os demais, versam sobre expectativas positivas ou negativas, sobre obrigações ou proibições. Nesse sentido corresponderiam a garantias primárias, ou seja, as proibições e obrigações, e garantias secundárias, quais sejam a necessária reparação ou sanção judicial de lesão aos direitos. Para o autor, a ausência de garantias irá provocar lacunas que colocarão em risco a efetivação dos direitos.

O modelo garantista, com sua releitura do positivismo clássico, mostra-se como importante e vantajoso instrumental à sociedade contemporânea, que vê seus direitos muitas vezes vilipendiados por ativismos judiciais.

Partindo da premissa de que a “Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2012, p.69), o pacto original de 1988 fundou o Estado brasileiro sob a dimensão do direito, sobre três grandes pilares na forma federativa, com base republicana de governo e fixou-lhe o regime político democrático (JARDIM, 1998, p. 99, 102, 125).

Estado Democrático de Direito, no ordenamento jurídico brasileiro é proclamado, no art. 1º da Constituição Federal¹, que prevê um Estado baseado em normas democráticas, por meio de eleições livres e periódicas pelo povo, e garantia de direitos fundamentais. Assim, a organização política foi estruturada sobre um viés no qual se estabeleceu o modo de aquisição e exercício do poder, os direitos fundamentais e as respectivas garantias (SILVA, 2010, p. 38- 43). Três grandes pilares dão forma o Estado Democrático Brasileiro, quais sejam a forma federativa, a base republicana, e o regime democrático.

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A forma federativa do Estado caracteriza-se pela união de “coletividades públicas dotadas de autonomia político constitucional, autonomia federativa” (SILVA, 2010, p. 99). Esse formato, no âmbito do direito constitucional propriamente dito, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. No Brasil, esse formato surgiu em 1889 com a proclamação da República que, considerando-se os formatos anteriores², pequenas mudanças ocorreram e com reflexos mínimos. Habib (1994, p.28) destaca que longe de alcançar o verdadeiro programa a que deveria restringir-se a implantação da República passou longe de reais mudanças, o maior exemplo disso é o restabelecimento do coronelismo, “com todas as suas mazelas e de nefastas consequências para o país, consolidando-se a partir dos dois primeiros presidentes civis e repercutindo até 1930”.

Segundo Silva (2010, p. 102-103), o princípio republicano passou por uma “evolução constitucional”, e hoje se configura como “princípio fundamental da ordem constitucional”. Bauman (2000, p. 190) entende que a ideia republicana não impõe um modelo de vida correta, mas “a capacitação dos cidadãos para discutirem livremente os modelos de vida de sua preferência e praticá-los. A república é uma ampliação, não uma redução de opções – seu objetivo é aumentar, não limitar as liberdades individuais”. Essa vertente do ideal republicano encontra especial guarida em Constituições como a Carta brasileira de 1988.

Desse cidadão-indivíduo é exigida a escolha do candidato e o cuidado necessário da opção, o voto periódico, por si só não basta. A cidadania ativa é cada vez mais invocada, para que haja uma democracia para além dos pleitos eleitorais. Além dos deveres cidadãos, o princípio republicano exige um sentimento constitucional.

Salienta Bauman (2000, p. 171) que a ideia republicana, “coloca o questionamento crítico no cerne da participação comunitária; os cidadãos fazem parte da república através da ativa preocupação com os valores promovidos ou desprezados pelo Estado”. Muito devido ao esvaziamento da política, ou a descrença na democracia.

Nesse ponto que a democracia é cada vez mais destacada e estudada, como forma de fortalecimento do Estado e das garantias constitucionais. A democracia, o governo do povo, é instituto que tem na soberania popular o seu primado. É por meio dos direitos

2 O Brasil Colônia, período que compreende os anos de 1500 a 1815, primeira fase de exploração do território brasileiro, com estabelecimento de doze capitanias hereditárias, que criaram os primeiros núcleos de povoamento ocidental na região. “A dispersão do poder político e administrativo era assim completa, sem elo que permitisse qualquer interpenetração, salvo apenas a fonte comum que era a metrópole”. (SILVA, 2010, p. 70). Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808 inicia-se o Brasil Império, período de mudanças como abertura dos portos, criação de repartições para a administração, os primeiros tribunais, o Banco do Brasil, a Casa da Moeda, a Biblioteca Nacional etc, as discussões políticas são mais enérgicas, quando em 1822 é proclamada a independência. Surgindo em 1824 a primeira Constituição brasileira promulgada que centraliza o poder na figura do monarca através do “Poder Moderador”.

políticos que a soberania popular é exercida e formam a base do regime democrático ao conferirem ao cidadão nacional o direito de participação na vida política de seu país, no qual se veem investidos com os poderes necessários para participar da vida pública, direta ou indiretamente, através de seu voto.

Velloso e Agra (2014, p. 19-21) ressaltam que é o povo o “supremo juiz das coisas no do Estado”, para os autores, é ele que rege o destino da organização política. Silva (2010, p. 125) entende a Democracia como um conceito histórico, que se caracteriza por denotar o meio e forma de realização de valores essenciais e de direitos fundamentais. Para o autor, é um princípio que desponta para um regime político que tem suas bases na participação popular. O princípio democrático³ é expressamente previsto na Constituição Federal de 1988.

O mais antigo regime democrático é o da democracia direta, modelo desenvolvido pelos gregos em suas cidades-estados⁴. Na democracia direta, a soberania popular é exercida sem intermediários ou representantes. Esse modelo logo se esgotou com fim das cidades-estados e pelo aumento populacional, cada vez mais se tornava impossível a participação direta. Atualmente é quase impossível, considerando que não há forma de catalisar a toda a vontade da população. Borja (1991, p. 126), ao tratar do assunto resalta que esse governo direto, pensado como governo do povo pelo povo, “é definitivamente uma ficção, carente de conteúdo real e de possibilidade prática, haja vista que é impossível que a multidão exerça por si mesma as funções diretivas do Estado”.

A democracia representativa ou indireta, onde o povo elege seus representantes para que, em seu nome, governem o país. Silva (2010, p. 136-137) destaca que é na democracia representativa que o povo, que possui a fonte primária do poder, periodicamente, elegerá representantes para dirigir o Estado. É na democracia representativa que será fortalecida a democracia participativa, com o desenvolvimento da cidadania. A democracia semidireta ou participativa elege instrumentos para que o povo participe das tomadas de decisões, no Brasil temos o exemplo do plebiscito, referendo, a iniciativa popular, a ação popular, constitucionalmente garantidos.

Importante salientar que a democracia brasileira, embora seja sua maior influência, não é puramente representativa. A Carta Magna prevê formas de representação direta, que permite, de certa forma a intervenção cidadã na tomada de decisões políticas. Tal previsão esta contida no art. 14 da Constituição são elas o plebiscito e o referendo, tidas como consultas populares, e iniciativa popular de leis.

3 Expressamente previsto no preâmbulo e art. 1º da Constituição Federal de 1988

4 Definição de Cidades-estados ou pólis: “Por Pólis se entende uma cidade autônoma e soberana, cujo quadro institucional é caracterizado por uma ou várias magistraturas, por um conselho e por uma Assembleia de cidadãos (politai).” (BOBBIO, 2006, p. 949)

Para Schumpeter, trabalhando com o conceito de democracia no aspecto procedimental, “o método democrático é aquele arranjo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto da população” (SCHUMPETER *apud* KINZO, 2004, p. 36). Segundo Kinzo (2004, p. 24), esse conceito de democracia, busca identificar no sistema político uma forma de organização com base em procedimentos que permitam a escolha competitiva de líderes mediante a participação popular.

De forma que a Constituição de 1988 combina a democracia representativa com instrumentos de participação direta, embora esta última de forma ainda muito insipiente. Mas tem nas eleições não apenas a possibilidade de alternância do poder, mas a representatividade que dá expressão ao sistema democrático, e a necessária responsividade de um governo que atue em resposta às demandas sociais.

Com a teoria garantista, propõe-se, como elucida Marcellino Jr (2009, p. 49), um novo conceito de democracia, qual seja a *democracia substancial ou social*. Continua o autor explicando que “o Estado de direito mune-se de garantias específicas, não somente liberais, mas também sociais”, são caracterizadas pelos Direitos Fundamentais, e a *democracia formal ou política*, “consistirá no Estado de direito representativo, calcado no princípio da maioria como referencial de legalidade”.

Ou seja, o povo e o poder legislativo são limitados pela lei, pelos direitos fundamentais. É inevitável que a democracia e a liberdade individual estejam imbrincados, bem como deve o poder ser na existência de direitos fundamentais limitadores.

Ferrajoli (2010, p. 1), em artigo intitulado *Jurisdição e Consenso*, relata que para a sobrevivência da democracia, e para legitimação de decisões, as Constituições foram formadas dentro do que ele chama de “esfera do indecidível” que engloba “a lesão ou restrição dos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode legitimamente decidir” e “a satisfação de direitos sociais”. Assim, segundo o autor, o que fica fora dessa esfera é considerado “esfera do decidível, isto é, das decisões legitimadas pelo consenso popular, através da representação política”. As decisões políticas de governo, segundo Ferrajoli encontram-se limitadas nos direitos fundamentais constitucionalmente expressos.

A partir do momento, que direitos constitucionalmente garantidos, começam a ser vilipendiados por decisões judiciais, muitas vezes baseada em preceitos morais, passa-se a viver numa constante insegurança jurídica.

Isso, tem se mostrado frequente no sistema jurisdicional brasileiro. A Democracia no Brasil tem como fundamento a representação política, que se da por intermédio dos Partidos Políticos, associações de direito privado, que possuem prerrogativas e garantias constitucionalmente garantia par ao exercício do seu papel fundamental de interlocutor da cidadania.

3. Os Direitos Políticos, a Representação Política e os Partidos: A Relação com a Cidadania

A característica essencial da democracia representativa está na concepção de um processo formal de escolha de representantes que “pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, e os partidos políticos, conforme constam do art. 14 e 17 da Constituição” (SILVA, 2010, p.137).

Os direitos políticos são tidos como os meio imprescindíveis ao exercício da cidadania, e da soberania popular. É por meio dos direitos políticos positivos que o indivíduo pode intervir na estrutura governamental e participar do processo político (Silva, 2010).

São os direitos políticos para Conde (1999, p. 416) prerrogativas atreladas à cidadania, quando outorgam à população o direito de participar da escolha das decisões políticas, é um direito e um dever do povo. Kelsen (1998, p. 125) vê nos direitos políticos a possibilidade do cidadão participar da criação da ordem jurídica mediante a participação do governo. Para Canotilho (2008, p. 394) os direitos políticos somente são “atribuídos aos cidadãos ativos”.

São um desdobramento do princípio democrático, que na forma do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, determina que “o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (SILVA, 2010, p. 345). De forma que é por meio dos direitos políticos positivos que se regem: o acesso ao sufrágio ativo e passivo – direito de votar e ser votado nas eleições, incluindo as condições de elegibilidade constitucionais e o direito de voto nos plebiscitos, nos referendos, ao lado de outros direitos de participação popular em processos legislativos e políticos, como firmar e propor projetos de lei de iniciativa popular, proposição de ação popular e organização e participação nos Partidos Políticos.

Conforme define Silva (2010, p. 137, 138, 368), “na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo”. Isso significa que eleger constitui um ato de decisão política por excelência, pois o cidadão expressa uma preferência entre alternativas, além de conferir legitimidade à determinada política governamental, pois, tanto aderiu à determinada plataforma política do candidato, quanto consentiu na ascensão ao poder de determinado Partido Político, cujo ideário pressupõe-se ser impresso por meio das ações do mandatário.

De forma que os Partido Políticos, são por excelência, os instrumentos, dentro da Democracia, para a participação política, e a concretização da cidadania.

A cidadania é um fundamento da República Federativa do Brasil, expressamente prevista no art. 1º, inciso II da Constituição Federal juntamente com a soberania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. É um conceito histórico que varia no tempo e no espaço, e segundo Saes (2000, p.1), a cidadania juntamente com a globalização, funcionam como um “mito”, que emergem “tal impacto emocional que chegam ao ponto de provocar a paralisia do pensamento”.

O historiador Pinsky (1983, p. 9), vê no conceito de cidadania um conjunto de direitos, sejam os civis, políticos e sociais, explica o autor que “os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais”. Para Santos (1995, p.12) a cidadania é um “mecanismo que regula a tensão entre a sociedade civil e o Estado”. Já Bittar (2004, p.9-8) trabalha com um conceito político-jurídico de cidadania. Para o autor, ser cidadão é “ser parte de um Estado soberano”, seja pelo critério sanguíneo ou nacional (*ius sanguini e ius soli*), gozando dos direitos políticos, com direito a votar e ser votado.

Denota-se que a cidadania, pode ser vista não somente no aspecto político-jurídico, como uma condição de usufruto de direitos políticos, como uma relação entre o Estado e a Sociedade Civil, a esfera pública e a privada, mas também deve ser encarada para além desses conceitos, como uma construção cultural e histórica.

De não se olvidar, que também como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, inciso I, da Constituição Federal) ⁵ esta a soberania que somente se exerce porque se da legitimamente pela soberania popular, e o pluralismo político, previsto no inciso V do art. 1º da Carta Magna. Tal pluralismo é caracterizado especialmente pela realidade da sociedade, ou seja, uma sociedade pluralista, com categorias sociais diversas, de classes, cultural, ideológico (SILVA, 2010, p. 143).

A ideia de pluralismo político passou a ganhar ênfase em 1861 na obra de John Stuart Mill – *Considerações sobre o Governo Representativo*, na qual o autor destaca que em uma democracia “qualquer seção deve ser representada, [...] proporcionalmente”, onde a “maioria dos eleitores terá sempre a maioria de representantes, mas a minoria dos eleitores deverá ter uma minoria de representantes” (MILL, 1964, p. 60-61).

Com intrínseca relação com a representação, política e a formação da cidadania, esta o princípio da separação dos poderes que foi desenvolvido por Montesquieu, no seu livro *O Espírito das Leis*, no qual um bom governo somente se sustentaria se divididos os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse modelo que balizou e determinou a representação política “como uma de suas implicações mais imediatas” (MEZZARROBA, 2004, p. 47).

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

Montesquieu via duas características essenciais para a demonstração da separação dos poderes, quais sejam a *liberdade política* e a ideia de *representação política*. (MONTESQUIEU, 2000, p. 134-138). E é por meio da representação política que fundamentos como a cidadania, a soberania popular e o pluralismo político tomam forma e concretizam. É a representação política que vai proporcionar a efetivação da soberania popular, que se dará, nos termos do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, através de *representantes eleitos ou diretamente*.

Arendet (1965, p. 239-240) destaca que a representação implica na própria dignidade do domínio público. Segundo a autora somente com a participação democrática poderia haver uma resposta para a questão entre mandatos e independência, onde o representante é um mero agente de interesses privados. Para a autora, ou o povo entra numa “letargia, precursora da morte da liberdade pública” ou preserva a resistência.

A representação, segundo Pitkin (2006, p. 16) é em larga monta, “um fenômeno cultural e político, um fenômeno humano”. Jellinek (1981, p. 429) vê a representação como “fundamentalmente jurídica”, onde a vontade de um (ou muitos) sobrepõe-se sobre a de outros.

Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 64) na obra *O Federalista*, ressaltam que a representação vai depurar as perspectivas públicas, pois será por meio de um corpo escolhido de cidadãos, o qual deverá ter sabedoria e prudência para escolher o real interesse do país, e que, “pelo seu patriotismo e amor da justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações momentâneas e parciais”. Para os autores, somente em governo assim, no qual a vontade pública é expressa pelos representantes, terá condições de ter harmonia com os interesses públicos.

Em decorrência da representação política, que os Partidos Políticos vão agir em nome da sociedade. Eles no ordenamento jurídico e político exercessem grande influência e são de incontestável importância para a democratização, posto que são instrumentos de ligação entre o Estado e a sociedade. O processo de escolha de representantes é, sobretudo, efetivado por meio dos Partidos Políticos, já que uma das condições de elegibilidade (art. 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal) é o candidato estar filiado a um Partido Político. O que se nota é que essas agremiações “respondem diretamente pela formação da classe que irá dirigir o país, por deterem constitucionalmente o monopólio eleitoral” (KLEIN, 2002, p. 23).

Os Partidos Políticos estão associados não apenas à esfera eleitoral, como também ao planejamento e formulação de políticas que legitimem tais organizações como atores do processo político. São agentes do processo representativo democrático, respaldados pela soberania e o voto popular, são o canal de expressão de interesses entre a sociedade e o Estado (KINZO, 2004, p. 24-25).

Deve o Partido Político ser o “promotor uma grande síntese social”, e ter “uma máquina organizativa e um programa político estruturado e articulado”, que farão o diferencial. Por meio do Partido Político que se formam a consciência política da coletividade (CERRONI, 1982, p.13, 53).

Sem dúvidas, os Partidos Políticos, tornaram-se instituições jurídico-políticas de extrema importância para os Estados Democráticos e para a representação da vontade política dos cidadãos. Através dessas organizações que se busca edificar a vida política e o consenso na sociedade, são elas o instrumento essencial da cidadania e da democracia representativa. E devem retomar esse papel no seio da sociedade, para que esse estigma corruptor não perpassse ao seu papel fundamental.

4. O Ativismo Judicial e os Partidos Políticos: Desafios na Construção da Cidadania

Como visto, a divisão dos poderes vai confiar cada função governamental (executiva, legislativa e jurisdicional) a um órgão distinto. A separação dos poderes tem como fundamento a *especialização funcional* e à *independência orgânica*, ou seja, “cada órgão é especializado no exercício de uma função” e é cada órgão deve ser “efetivamente independente dos outros”, o que irá caracterizar a ausência de subordinação (SILVA, 2010, p. 108-109).

Essa divisão impõe a observância em especial quanto ao ativismo judicial, que tem construído um mundo próprio, violando todos os preceitos constitucionais normatizados e garantidores de direitos. Utilizando-se de decisões com fundamentos morais, e não de direito propriamente dito, o Judiciário tem se investido num papel que não é seu.

Na tentativa de moralizar a política, o Judiciário utilizando-se do ativismo, deixa sua passividade institucional, e passa a legislar, desde normas gerais a abstratas. Apesar de toda a corrupção e do apelo pela moralização, o que o Judiciário esta fazendo vai de encontro ao Estado Democrático de Direito e a própria representação política e à democracia representativa.

Conforme afirma Streck (2007, p. 40), essa nova perspectiva estatal surge impulsionada pela necessidade do resgate das promessas não cumpridas da modernidade, dentre elas a igualdade, a justiça social, a democracia material e a garantia dos direitos humanos fundamentais, na qual “a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico”.

Aliado a isso, o crescente descrédito da classe política e das instituições parlamentares, o predomínio dos interesses econômicos na própria definição das políticas públicas e a mercantilização da Democracia tem levado o Judiciário a lidar com caminhos que o

colocam em verdadeiros dilemas éticos, pois de um lado é necessário dar uma resposta à demanda apresentada e, de outro, sabe-se, que se transformam em verdadeiros atentados à autonomia, independência e separação dos poderes. Cruz (2006, p. 240-241) destaca que o ativismo judicial inserido no Brasil, mostra um mundo no qual o juiz é quase um ente “transcendentalmente superior” que tudo pode.

O modelo clássico de Estado de Direito encontra-se em crise, a democracia representativa, cada vez mais minada por conta do gradativo processo de fragmentação da soberania. Em decorrência fragilidade política atual de muitos países, como o Brasil, na tentativa de moralização política, o Judiciário, muitas vezes, utilizando-se de ativismos, deixa sua passividade institucional e passa a legislar, desde normas gerais a abstratas.

Contudo, o sistema constitucional garante aos Partidos Políticos⁶ a autonomia e liberdade, que fazem parte da prerrogativa constitucional de associação, o que inclui a possibilidade de participação não apenas do pleito, como também no processo de financiamento das agremiações. E verificou-se, por exemplo, diante de uma decisão proferida pelo Supremo⁷ a retirada tais garantias, com base em argumentos morais. Um ativismo judicial, já que se esta tratando de matérias próprias, essenciais à preservação dos procedimentos democráticos, cuja alteração, seria em tese de exclusiva competência legislativa.

Ferrajoli (2010, p.02) destaca, que “pertence à esfera de discricionariedade do decidível as funções de governo, nas quais podemos incluir tanto as funções legislativas, como aquelas *stricto sensu* governativas”. Contudo, as funções de garantia, que estão na esfera do indecidível, são exercidas pelo judiciário, que em decorrência do princípio da legalidade, possui “uma natureza tendencialmente cognitiva”.

Nas palavras de Ferrajoli (2010, p.06) “quanto maior for o grau de efetividade das garantias substanciais e processuais, tanto mais rígida e certa será a separação entre *le-gis-latio* e *juris-dicto* e, portanto, o limite entre a jurisdição e a política”. Dessa forma, as garantias constitucionais, devem ser o mais certas possíveis, para que a própria política possa “salvaguardar o próprio papel do legislativo e reduzir a discricionariedade dos juizes, vinculando-os à sujeição perante a lei”.

6 Os Partidos Políticos, nesse contexto, constituem corpos intermediários entre o povo e o Estado canalizando a vontade social, de fundamental importância para a construção democrática, e estão envolvidos de princípios balizadores, como a soberania nacional, o próprio regime democrático, a soberania popular, o pluripartidarismo e pluralismo, e a separação dos poderes.

7 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4560/DF - O acórdão da referida decisão ainda não esta disponível no site do Supremo Tribunal Federal, tendo sido publicada apenas a decisão de julgamento (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=75&dataPublicacaoDj=22/04/2014&incidente=4136819&codCapitulo=2&numMateria=8&codMateria=3>)

5. Conclusões

Não há como separar a ideia de representação política dos Partidos da construção da cidadania, para o fortalecimento da democracia. São eles, os Partidos, os atores intermediários entre o povo e o Estado, que irão canalizar a vontade popular, fazendo parte da vida da sociedade e da construção democrática.

De fato, o modelo clássico de Estado de Direito encontra-se em crise, a democracia representativa, cada vez mais minada por conta do gradativo processo de fragmentação da soberania e da fragilidade política atual. Contudo, a soberania popular somente se efetiva na construção democrática, através da representação política, nos termos do parágrafo único da Constituição Federal, através de *representantes eleitos ou diretamente*.

Os Partidos Políticos, nesse viés, são aglutinadores de interesses individuais na formação da vontade política coletiva, e juntamente com a garantia dos direitos políticos como prerrogativas atreladas à cidadania, quando outorgam à população o direito de participar da escolha das decisões políticas, devem englobar e harmonizar democraticamente os anseios da sociedade.

Adotado o modelo garantista, que com sua releitura do positivismo clássico, mostra-se como importante e vantajoso instrumental à sociedade contemporânea, que vê seus direitos muitas vezes vilipendiados por ativismos judiciais, buscando uma guinada no pensamento normativo do direito, como forma de garantia, atrelado à legalidade própria do Estado de Direito. A partir do momento, que direitos constitucionalmente garantidos, começam a ser vilipendiados por decisões judiciais, muitas vezes baseada em preceitos morais, passa-se a viver numa constante insegurança jurídica.

Este trabalho concentrou-se na análise dos institutos pertinentes à temática proposta, não houve, portanto, a pretensão de esgotar o tema ora investigado, já que é por demais amplo, complexo e divergente para que pudesse ser pesquisado no âmbito de um artigo.

Contudo, a transformação da sociedade e do Estado é nítida e tem interferido diretamente no ritmo das relações intersubjetivas, e vem lutando cada vez mais pelo fortalecimento da cidadania. Em decorrência do esvaziamento da política e da descrença na democracia, que é imprescindível e desafiante o fortalecimento de instituições como a representação política e o próprio Partido Político, de forma transparente e clara, para que se concretize uma verdadeira democracia representativa. É imprescindível oferecer respostas de forma mais célere às demandas sociais, justamente como forma de fortalecimento da democracia representativa e da cidadania.

6. Referências

ARENDT, Hannah. *On revolution*. New York: Viking, 1965

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad.: Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1997.
- BAUMANN, Zigmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- _____. *Em busca da Política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. Brasília: UNB, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. 2 ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CERRONI, Umberto. *Teoria do Partido Político*. Trad. Marco Aurélio Nogueira e Silvia Anette Kneip. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1982.
- CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999.
- DUVERGER, Maurice. *As Modernas tecnocracias*. Trad. Natanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- _____. *Ciência Política: teoria e método*. Trad. Heloísa de Castro Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- _____. *Os regimes políticos*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Difusora Européia do Livros, 1962.

- _____. *Os partidos políticos*. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. 3. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara. 1987.
- _____. *Sociologia política*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Trad. André Karam Trindade. In: *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.13-56.
- _____. *Jurisdição e consenso*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais –RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out/dez.2010. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=724556 – Acesso em: 22 jun.2015.
- HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltoimar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Lider, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Carneiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KINZO, Maria D'alva Gil. *Radiografia do quadro partidário brasileiro*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1993.
- _____. *Partidos, Eleições e Democracia no Brasil Pós-1985*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol 19 n. 54, fevereiro/2004.
- KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999).

- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio Constitucional da Eficiência: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.
- MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- _____. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1964.
- MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Políticos*. Trad. Arthur Chaudon. Brasília: UNB, 1982.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (org). *História da cidadania*. 2ed. São Paulo: Contexto, 2008.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *El Concepto de Representación*. Trad. Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- _____. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Revista Lua Nova, n. 67, 2006, p. 15-48.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de P Machado, 17 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho Constitucional*. Trad. Pablo Lucas Verdu, 3 [ed. Madrid: Tecnos, 1987.
- SAES, Décio Azevedo Marques de. *Cidadania e Capitalismo: uma crítica à concepção liberal de cidadania*. São Paulo, Caderno n. 8 do Instituto Avançado da Universidade de São Paulo, abril de 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na Pós-modernidade*. São Paulo: Cortes, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.59-94.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: DOS PROBLEMAS QUE EXISTEM PELA FALTA DE COMPENSAÇÃO AO SUS E PELO SUS

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

Doutora em Direito Público – PUCMINAS. Graduada em Letras e Direito. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais. Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/Campus Belo Horizonte -Universidade José do Rosário Vellano e Coordenadora do Curso de pós graduação “Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil” (Unifenas-BH). Assessora Judiciária/Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Resumo

A saúde é um direito fundamental social que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, a fim de assegurar a qualidade de vida dos cidadãos e respeito à dignidade humana. Demonstrar-se-ão os problemas que existem pela falta de compensação ao SUS e pelo SUS, onde serão abordados os princípios específicos de controle do SUS, o procedimento do ressarcimento, o conflito entre as operadoras de plano de saúde quanto ao ressarcimento e a criação de um sistema de compensação como proposta de solução. Desse modo, trata-se de uma questão carecedora de sistematização e aprofundamento, em que o escopo principal é demonstrar as principais questões envolvendo planos de saúde, dentre elas, a necessidade da agência reguladora estabelecer um mecanismo de compensação dos créditos e débitos relacionados aos ressarcimentos para o SUS e pelo SUS. O estudo do tema ora proposto far-se-á com base na legislação (Lei n. 9.656 de 1998, Lei n. 9.661, de 28 de janeiro de 2000 – que criou a Agência Nacional de Saúde, bem como nas Resoluções Normativas), na Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 (que implantou o SUS) e nos casos decididos pelos Tribunais de Primeira ou Segunda Instâncias.

Palavras-chave

Políticas públicas; Falta de compensação; Sistema Único de Saúde.

Abstract

Health is a fundamental social right that, to be optimized, needs the positive role of the State in order to ensure the quality of life and respect for human dignity. Will be

demonstrated the problems that exist because of the lack of compensation to SUS and from SUS, where specific principles of SUS control will be addressed, the reimbursement procedure, the conflict between the health insurance providers about the compensation and the creation of a proposal of a compensation system as a solution. Thus, it is a matter that needs systematization and deepening, in which the main aim is to demonstrate the issues involving health plans, among them, the need for the regulatory agency to establish a compensation mechanism of credits and debits related to the reimbursement to SUS and from SUS. The theme of the proposed study will be based on the legislation (Law nº 9.656 from 1998, Law nº. 9,661, from January 28, 2000 - which created the National Health Agency and the Normative Resolutions), in Law nº 8.080, from September 19, 1990 (which implemented the SUS) and in cases decided by the Brazilian Courts.

Key words

Public policy; Lack of compensation; Unified health system.

1. Introdução

A saúde é um direito fundamental social que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, a fim de assegurar a qualidade de vida dos cidadãos e respeito à dignidade humana.

Porém, apesar da ampliação de cobertura e assistência à saúde para todos os brasileiros, há que se destacar a dificuldade do Estado para prestar assistência de qualidade a todos. O SUS tem assegurado à reprodução de grande parte do tradicional setor privado de prestação de serviços. Há desse modo, a privatização do sistema quando, para escapar a constrangimentos, criam-se várias modalidades de gestão de hospitais e de outros serviços, delegando-os a pessoas ou organizações particulares.

Buscar-se-á analisar as questões relativas ao ressarcimento ao SUS e pelo SUS, enfocando como a regulação sobre o sistema de saúde suplementar deve incidir sobre os ressarcimentos pagos ao e pelo SUS, de modo a buscar a implementação eficiente do Direito à Saúde Suplementar previsto na Constituição Federal.

O foco do trabalho será somente na regulação da saúde no que tange o ressarcimento ao SUS e pelo SUS, não interessando maiores detalhes acerca de adaptações, cancelamentos, suspensões e exclusões contratuais. Dessa forma, o tema será analisado pela ótica do Direito Público, prioritariamente, enquanto serviço público que pode ser prestado pelo particular.

Trata-se de uma questão carecedora de sistematização e aprofundamento, em que o escopo principal é demonstrar as principais questões envolvendo planos de saúde, dentre

elas, a necessidade da agência reguladora estabelecer mecanismo de compensação dos créditos e débitos relacionados aos ressarcimentos ao SUS e pelo SUS.

Demonstrar-se-ão os problemas que existem pela falta de compensação ao SUS e pelo SUS, onde serão abordados os princípios específicos de controle do SUS, o procedimento do ressarcimento, o conflito entre as operadoras de plano de saúde quanto ao ressarcimento e a proposta de criação de um sistema de compensação como proposta de solução. Encerrar-se-á apresentando a conclusão no 8º capítulo.

Coloca-se o desafio de entender como se estruturam os modelos assistenciais vigentes na saúde suplementar e complementar, identificando o modo como as operadoras de planos de saúde vêm se organizando para a oferta dos serviços de saúde, de forma a garantir a assistência com qualidade aos seus usuários, responsabilizando-se pelo seu processo saúde-doença, analisando principalmente as questões relativas ao ressarcimento ao SUS: a convergência e divergência entre consumidores, prestadores e empresas.

Considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, o trabalho vai procurar compreender o estudo dos aspectos controversos do ressarcimento ao SUS e pelo SUS, não podendo ignorar a relevância da abordagem principiológica na aplicação do caso concreto, na busca de soluções prática

2. Princípios Específicos de Controle do Sistema Único de Saúde

Criado pela Constituição de 1988, e regulamentado dois anos depois pelas Leis n. 8080/90 e n. 8142/90, o Sistema Único de Saúde é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicos federais, estaduais e municipais e, complementarmente, por iniciativa privada que se vincule ao Sistema. (Ministério da Saúde, 1998).

A priori, cabe destacar os termos que compõem a expressão ‘SUS’:

‘**Sistema**’, entendido como conjunto de ações e instituições, que de forma ordenada e articulada contribuem para uma finalidade comum, qual seja, a perspectiva de ruptura com os esquemas assistenciais direcionados a segmentos populacionais específicos, quer recortados segundo critérios socioeconômicos, quer definidos a partir de fundamentos nosológicos. ‘**Único**’ referido à unificação de dois sistemas; o previdenciário e o do Ministério da Saúde e secretarias estaduais e municipais de saúde, consubstanciada na incorporação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) pelo Ministério da Saúde e na universalização do acesso a todas ações e cuidados da rede assistencial pública e privada contratada e ao comando único em cada esfera de governo. ‘**Saúde**’ compreendida como resultante das condições de vida, trabalho e acesso a bens e serviços, portanto, componente essencial da

cidadania e democracia e não apenas como ausência de doença e objeto de intervenção da medicina; a saúde, tomada, como medida de determinações sociais e perspectiva de conquista da igualdade, contrapõe-se ao estatuto de mercadoria assistencial que lhe é conferido pela ótica economista, tal como definida na VII Conferência Nacional de saúde é “a resultante das condições de alimentação, habitação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde”. (BAHIA, 2012, p. 1).

Diz-se *Único*, porque o Estado reuniu no SUS as atividades sanitárias e assistencialistas, pondo fim à dicotomia existente.

No Brasil, o sistema de saúde é formado por dois subsistemas: de um lado, está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada pelo SUS; e, de outro, está o subsistema privado, que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS.

A assistência privada é disciplinada pela Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998 (LPS – Lei dos Planos de Saúde), que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde. Já o serviço público de saúde é disciplinado pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (LOS – Lei Orgânica de Saúde), que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, e ainda sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Existem inúmeras interfaces entre o Sistema Único de Saúde e o setor de Saúde Suplementar, sendo a mais visível o ressarcimento ao SUS.

A Lei n. 8.080/90 trata da **saúde complementar** em vários dispositivos, dentre os quais: artigo 4º, § 2º; artigo 7º; artigo 8º; artigos 24 a 26.

A participação da iniciativa privada no SUS, **complementar**, dá-se com o escopo de cumprir o princípio da universalidade, cabendo destacar ainda que a sua atuação volta-se, principalmente, para a assistência de média e alta complexidade, que devem complementar a atenção básica para cumprir o atendimento integral (a integralidade) previsto na Constituição.

Nos termos do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal, as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS. Desse modo, as entidades privadas que celebram contratos de direito público ou convênio com o SUS, passam a integrar o sistema público de saúde, razão pelo qual se submetem aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público.

Assim, a atuação da iniciativa privada na área da saúde será considerada complementar quando desenvolvida nos termos do art. 199 da Constituição Federal, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao Sistema Único de

saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Trata-se de complementar, porque essa participação das entidades privadas no SUS só ocorrerá quando o sistema público não possuir meios para suprir as necessidades da coletividade.

Enquanto o sistema público é financiado por toda sociedade, através das inúmeras fontes de custeio criadas pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais, a assistência privada à saúde é financiada pelo contratante de serviço.

No que concerne à participação complementar, nota-se que o Estado brasileiro ainda não possui condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir saúde à população, havendo carência na estrutura básica de atendimento, de clínicas, hospitais, laboratórios e médicos.

Saliente-se que, o legislador permitiu que a iniciativa privada preste serviços de saúde, mas, confere ao Poder Público o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar estes serviços.

A atuação da iniciativa privada na área da saúde é considerada complementar quando for desenvolvida nos termos 199 da Constituição da República, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Evidencia-se assim, que a saúde complementar deve ser compreendida por meio de ações e serviços de saúde, que embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas jurídicas e a União, os Estados ou os Municípios. Desse modo, o Estado utiliza-se da iniciativa privada para aumentar e complementar a sua atuação em benefício da saúde da população, uma vez que o Estado não possui as condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir saúde.

Lado outro, os serviços privados de saúde também podem ser prestados por meio de planos de saúde, que são oferecidos por operadoras de planos de saúde, através da saúde suplementar. Assim, a saúde suplementar é o setor que abriga os serviços privados de saúde prestados exclusivamente na esfera privada, representando uma relação jurídica entre prestador de serviço privado de saúde e consumidor. A saúde suplementar pode ser definida como todo atendimento privado à saúde, realizado ou não por meio de convênio com um plano de saúde. A saúde suplementar é composta pelos segmentos das autogestões, medicinas de grupo, seguradoras e cooperativas. Portanto, os planos e seguros privados de

saúde que oferecem cobertura não ofertada pelo setor público desempenham um papel de complementariedade em relação ao setor público.

Ao dispor que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, o *caput* do artigo 199 da Constituição permitiu não só a atuação de entidades privadas de forma complementar no SUS, mas também a atuação da iniciativa privada fora do SUS, configurando o setor de saúde suplementar, por meio do qual muitos cidadãos buscam ações e serviços de saúde. Essa atuação é prevista nos artigos 20 a 23 da Lei n. 8.080/90.

No Brasil há um Sistema Único de Saúde universalista – complementado pela iniciativa privada - ao lado da atuação do setor privado de forma suplementar.

O Sistema de Saúde brasileiro organiza-se como um sistema de saúde misto, combinando características de mais de um tipo de sistema saúde e se reflete nas combinações feitas entre o sistema público universal e sistema privado, que atua fora do sistema de saúde público, mas apesar da predominância do sistema público universal, há a atuação do setor privado.

Franciso Pizzette Nunes aborda a diferença entre a **saúde suplementar** e a **saúde complementar** de forma clara e sucinta:

A **assistência complementar** se dá mediante a atividade de instituições privadas que participam do SUS de forma complementar por meio de contrato de direito público ou convênio, devendo seguir as diretrizes do SUS, dentre estas, a participação popular, motivo pelo qual as Conferências e Conselhos de Saúde podem deliberar a respeito das políticas e recursos destinados ao setor complementar. Por outro lado, a **assistência suplementar atua através de laboratórios, clínicas e hospitais particulares, assim como por meio de planos e seguros privados de assistência à saúde contratados pelos beneficiários destes junto a operadoras de saúde suplementar**, sendo que, diferente da saúde complementar, a saúde suplementar não possui uma vinculação direta com os princípios e diretrizes do SUS, motivo pelo qual, a princípio, a regulamentação e tutela dos interesses do setor não fazem parte da alçada de competência dos Conselhos e Conferências de Saúde” (NUNES, 2011, p. 156). (Grifou-se).

Tanto a saúde complementar quanto a suplementar são prestadas por entidades privadas; aquela, entretanto, segue as mesmas diretrizes e princípios do SUS; esta, a seu turno, rege-se por princípios de Direito Privado. Trata-se de saúde complementar porque essa participação das entidades privadas no SUS só ocorrerá quando o sistema público não possuir meios para suprir as necessidades da população.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal em 1988 e regulado pelas Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde, com o objetivo

de alterar a situação de desistência de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão¹. É destinado a todos os cidadãos e é financiado por recursos arrecadados através de impostos e contribuições sociais pagos pela população e compõem os recursos do governo federal, estadual e municipal. O setor privados participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda população de determinada região².

Saliente-se que, a Lei n. 8.090-90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais, o da universalidade (por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis) e o da subsidiariedade e da municipalização (que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos municípios, na execução das políticas públicas de saúde em geral e de distribuição de medicamentos – art. 7º, I e IX).

Cabe ressaltar os seguintes **princípios** da atenção à saúde no SUS:

a) o *princípio da universalidade* é o princípio finalístico do SUS, consistindo numa das características do sistema, uma vez que deve ser acessível a toda população. Afinal, a saúde é um direito de todos e é dever do Poder Público a provisão de serviços e ações que garanta saúde a todo cidadão. Porém, não basta ser universal, tem que ser eficaz, eficiente e efetivo;

b) o *princípio da equidade* consiste no tema central dos debates de reforma do SUS. A noção de equidade está relacionada com a necessidade de “tratar desigualmente os desiguais”. Faz-se necessário aqui, reduzir as disparidades sociais e regionais existentes no País, em busca de um maior equilíbrio. Aqui, o planejamento das políticas públicas torna-se fundamental. A equidade é o princípio complementar da igualdade, significando tratar as diferenças em busca da igualdade, vindo de encontro ao acesso aos serviços;

c) o *princípio da integralidade*, por sua vez está relacionado com a promoção de saúde, prevenção de riscos e assistência aos doentes, bem como recuperação dos mesmos. Tal princípio está expresso no art. 198, inciso II da Constituição Federal e art. 7º, inciso II

1 A própria Lei n. 10.683/2003, que organiza a Presidência da República, estatuiu em seu art. 27, XX a atribuição do Ministério da Saúde: a) política nacional de saúde; b) coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde; c) saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios; d) informações em saúde; e) insumos críticos para a saúde; f) ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos; g) vigilância em saúde, especialmente quanto às drogas, medicamentos e alimentos; h) pesquisa científica e tecnológica na área da saúde. Ao Ministério da Saúde compete a vigilância sobre alimentos (registro, fiscalização, controle de qualidade) e não a prestação de serviços que visem fornecer alimentos às pessoas de baixa renda.

2 Informações disponíveis no Portal da Saúde. Disponível em <<http://www.saude.gov.br.html>> Acesso em 11 jan. 2013.

da Lei n. 8.090/90, que reza que todo indivíduo tem o direito de ser atendido e assistido sempre que necessitar, utilizando ou não insumos. Porém, colocar o princípio da integralidade na prática é um desafio dinâmico e constante. Uma das preocupações maiores atinentes a esse princípio é a humanização dos serviços prestados no âmbito do SUS. O SUS deve procurar ter ações contínuas no sentido de promoção, proteção, cura, e reabilitação;

d) a universalidade, a equidade e a integralidade conferem legitimidade ao SUS. Mas, além desses princípios há que destacar também o *princípio à informação* para o usuário do sistema. As informações acerca da saúde individual e coletiva devem ser divulgadas pelos profissionais da saúde;

e) já o *princípio da descentralização* implica na transferência do poder de decisão acerca da política de saúde do nível federal, para os Estados e municípios, redefinindo as funções de cada um desses entes. Faz-se necessária a cooperação financeira com os órgãos das três esferas e com entidades públicas e privadas, mediante descentralização de recursos. Ao se falar em descentralização, importante pensar na regionalização, com o objetivo de buscar uma distribuição mais racional dos recursos;

f) o *princípio da unidade* do sistema SUS está expresso no art. 199 da Constituição Federal e art. 7º, inciso XII da Lei n. 8.090/90;

g) o *princípio de ressarcibilidade ao SUS* está expresso no art. 198, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 e no art. 32 da Lei n. 9.656-98. Tal princípio consiste na obrigação de as operadoras de planos de saúde ressarcirem o SUS em caso de este prestar atendimento ao segurado ou beneficiário da empresa privada;

h) o *princípio da prevenção ou precaução* está expresso nos arts. 196 e 200 da Constituição Federal e estabelecido em atos de vigilância sanitária.

Os princípios acima elencados apontam para a democratização nos serviços de saúde, que deixam de ser restritos e passam a ser universais, passando a nortear-se pela descentralização.

Evidencia-se que, a partir da edição da Lei n. 8.080/90 surgiu no âmbito do SUS uma infinidade de Portarias e Resoluções que regulamentam o seu funcionamento nas mais diversas áreas de atuação.

3. O Procedimento do Ressarcimento: Do Conflito entre as Operadoras de Plano de Saúde quanto ao Ressarcimento ao SUS

O ressarcimento ao Sistema Único de Saúde é composto por um conjunto de atos destinados à recuperação dos custos decorrentes de internações hospitalares ocorridas nos hospitais vinculados ao SUS. Tal fato ocorre quando há a utilização do SUS por beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Convém salientar, como funciona o procedimento relativo ao Ressarcimento ao SUS.

De acordo com o artigo 20 da Lei dos Planos de Saúde a primeira obrigação das operadoras é fornecer, periodicamente, à ANS *todas as informações* e estatísticas relativas a suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas *que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes*, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem.

A ANS, com base nessas informações, criou um cadastro dos beneficiários dos planos de saúde. O SUS, por sua vez, envia periodicamente à ANS as Autorizações de Internações Hospitalares (AIH). As Autorizações de Internações Hospitalares (AIH) constituem uma lista com os dados de todas as pessoas atendidas pelo SUS durante o período.

Desse modo, periodicamente a ANS cruza os dados dessas Autorizações de Internações Hospitalares – AIHs - com o cadastro de clientes das operadoras privadas e, desta forma, identifica os atendimentos a serem ressarcidos.

Após a identificação, a ANS envia à operadora o Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), com todos os dados do procedimento utilizado pelo cliente, porém, por vezes ainda tem enviado o boleto bancário com o valor da TUNEP.

Muitos juristas são da opinião que o ressarcimento ao SUS pelos valores inseridos na TUNEP é manifestamente inconstitucional. E, conseqüentemente, não há base de cálculo válida — como está acontecendo, via TUNEP³.

Uns criticam o *quantum* que está sendo restituído, outros, o fundamento da cobrança.

O que ocorre é que as operadoras de planos de saúde baseiam o preço dos seus serviços em cálculos atuariais, que levam em conta diversos fatores, entre os quais o custo da atividade. Ressalte-se que, atualmente, na elaboração desses cálculos, não estão incluídos os preços dos atendimentos constantes da TUNEP (Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos). Ademais, o Art. 4º da RN n. 251, de 2011 soluciona essa questão.

Para outros, além de inconstitucional, pode-se verificar, sim, que através do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, há enriquecimento ilícito do Estado, que a título de ressarcimento, por serviços que está constitucionalmente obrigado a prestar, e para os quais já destina verbas em seu orçamento, pretende receber valores (previstos na

3 **Dos Valores a Serem Ressarcidos ao SUS : ...** Art. 4º O valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento. **(Redação dada pela RN nº 251, de 2011)** §1º O valor lançado no documento de autorização ou do registro do atendimento é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS. **(Redação dada pela RN nº 251, de 2011).**

TUNEP), muito superiores que os valores gastos nos atendimentos à saúde. Portanto, os valores são muitos superiores àqueles constantes na tabela do SUS, ou seja, o Estado, deliberadamente, objetiva cobrar muito mais do que efetivamente despendeu pelo serviço por ele prestado.

Portanto, a implantação do ressarcimento ao SUS, constitui um grande avanço nos mecanismos de regulação. Este foi concebido para desestimular o atendimento de clientes de planos de saúde em estabelecimentos da rede pública e privada conveniada. A cobrança, por vezes, ainda tem se dado através de uma terceira tabela para a remuneração dos procedimentos, a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), que foi concebida com valores intermediários entre os praticados pelas operadoras e pelo SUS (BRASIL, 2000). O ressarcimento ainda é polêmico entre as operadoras, que se defendem dizendo que seus clientes optam espontaneamente pelo SUS e por isso estariam desobrigadas em ressarcir tais despesas. Ainda existem inúmeras dificuldades no processo de retorno do recurso desembolsado aos cofres públicos, demonstrados pelos dados de desempenho do ressarcimento: dos 364.242 procedimentos identificados até dezembro de 2002, 193.014 haviam sido impugnados, 145.349 cobrados e apenas 33.935 efetivamente pagos (BRASIL, 2003).

Porém, há entendimento contrário:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 17.579 - RS (2011/0139861-1) Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento ao Recurso Especial manifestado pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 434e). ADMINISTRATIVA. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ANS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. TUNEP. LEGALIDADE. CONTRATOS EMPRESARIAIS. REDE NÃO CREDENCIADA. NÃO COBERTURA DO SERVIÇO MÉDICO PELO PLANO. EXCLUSÃO PRÉVIA AO ATENDIMENTO. NÃO IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. ÔNUS PROBATÓRIO DA OPERADORA. FALTA DE PROVAS.

...Esta Corte tem firme posicionamento no sentido de que as únicas causas impeditivas da cobrança do ressarcimento são a não cobertura pelo plano de saúde contratado do serviço médico prestado pelo SUS e a exclusão prévia do beneficiário do plano, pouco importando que o atendimento tenha sido efetuado fora da rede credenciado ou da área geográfica de abrangência ou ainda qual o tipo de pagamento referente ao contrato firmado.

... Por tudo isso, não tendo a operadora se desincumbido satisfatoriamente do ônus probatório que era exclusivamente seu, concluo por inarredável,

no caso vertente, **o dever da mesma de reembolsar o SUS quanto a todas as AIHs objeto deste processo**⁴. (Grifou-se).

Cuida-se no caso em tela, de ação ordinária na qual se alega que a comunicação de desvinculação de beneficiário à ANS é requisito expressamente previsto no art. 20 da Lei n. 9.656/98, tendo por finalidade justamente afastar a obrigatoriedade de indenização do art. 32 da referida lei. Interposto recurso especial, não foi admitido na origem, bem como nesta Corte Superior, por ocasião da análise do agravo. Daí o regimental, em que sustenta a agravante que o cerne da questão é apenas a afronta aos arts. 20 e 32 da Lei n. 9.656/98, não se exigindo provas. Porém, a decisão agravada não mereceu reparo e foi mantida pelos seus próprios fundamentos. O Tribunal firmou o seu convencimento no sentido de que deve a agravante reembolsar o SUS a todas as AIHs objeto da lide.

Após receber o Aviso de Beneficiário Identificado - ABI, a operadora possui 15 dias para pagar ou impugnar⁵.

Não havendo impugnação, nem recolhimento do débito dentro do prazo, a operadora será inscrita no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN); e será encaminhado processo à Procuradoria Geral da ANS com vistas à inscrição dos valores na dívida ativa da Agência e posterior cobrança judicial.

Os valores devidos podem ser parcelados em até 60 vezes, por meio do Requerimento de Parcelamento de Débito (RPD), feito pelo sítio da ANS, a partir da constituição e da confissão da dívida.

A operadora deve apresentar à ANS o formulário padrão de confissão assinado pelo representante legal, além de documento que comprove o pagamento da primeira parcela.

Os processos de ressarcimento ao SUS são divididos em duas modalidades: físicos e eletrônicos:

Processos físicos de ressarcimento ao SUS são, regulados pela Resolução Normativa RN nº 253 de 05 de maio de 2011 e pela Instrução Normativa IN nº 47, da DIDES, de 05 de maio de 2011.

Processos eletrônicos de ressarcimento ao SUS estão previstos pela Resolução Normativa RN N° 185, de 30 de dezembro de 2008. As operadoras

4 Em linhas gerais, de acordo com essa decisão: 1. O artigo 32 da Lei n. 9.656/98 já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931. 2. A cobrança do ressarcimento devido ao SUS por despesas médicas que deveriam ter ocorrido às expensas dos planos de saúde possui nítido caráter indenizatório. 3. Não há nenhuma ilegalidade na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), tampouco enriquecimento ilícito do SUS, porquanto os valores nela fixados não representam qualquer violação aos limites mínimos e máximos trazidos pelo parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n. 9.656/98.

5 Art. 12 Da decisão proferida pelo Diretor da DIDES caberá recurso à Diretoria Colegiada da ANS, como última instância administrativa, no prazo de dez dias contados da ciência da decisão.

de planos de saúde serão comunicadas pela ANS quando os processos eletrônicos estiverem em operação⁶.

A Resolução Normativa n. 253 de 05/05/2011, dispõe sobre o procedimento físico de ressarcimento ao SUS⁷, previsto no art. 32 da Lei n. 9.656/98, e estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS.

Saliente-se que, um hospital particular que celebra contrato de prestação de serviços com o SUS deverá prestar assistência, integral e gratuita (será remunerado posteriormente pelo SUS) a todas as pessoas que lá efetuarem tratamento⁸.

O artigo 3º da RN 185/2008, trata do atendimento a ser ressarcido pela operadora de plano privado de assistência à saúde – OPS, consiste na utilização de serviços de atendimento à saúde por beneficiário em prestador público ou privado, conveniado ou contratado, integrante do SUS, **desde que cobertos pelo plano privado de assistência à saúde ao qual está vinculado o beneficiário, ainda que o prestador não integre a rede assistencial da OPS**⁹. (Grifou-se)

O ressarcimento é repassado diretamente aos gestores do SUS e, às vezes, às próprias entidades prestadoras do serviço de saúde (públicas ou privadas), consoante § 1º do art. 32 da LPS, segundo o qual:

§ 1º o ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS.

§ 2º Para efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

6 Disponível em <<http://www.ans.gov.br>> Acesso em 03 de março de 2013.

7 Art. 1º Esta Resolução estabelece normas acerca do procedimento administrativo de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS previsto no art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS, sem prejuízo da utilização do meio eletrônico e da transmissão eletrônica regulamentados por normas específicas.

8 De acordo com o **art. 2º da RN 185/2008**: Para fins desta Resolução, considera-se: **I - beneficiário**: consumidor de plano privado de assistência à saúde, titular ou dependente; **II - meio eletrônico**: qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; **III - transmissão eletrônica**: toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; e **IV - assinatura eletrônica**: na forma de assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada na Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras, ICP-Brasil, nos termos da legislação em vigor. (Grifou-se).

9 De acordo com os parágrafos do artigo 3º da RN 185/2008: §1º Considera-se o atendimento a ser ressarcido ocorrido e seus efeitos existentes na data lançada no documento de autorização como de término do atendimento, ou, caso essa data não esteja explícita, no mês de competência do atendimento. §2º O serviço de atendimento à saúde, cuja continuidade demande a emissão de mais de um documento de autorização, produzirá, para os fins desta resolução, um atendimento para cada autorização emitida, o qual será reputado ocorrido e com efeitos a partir do último dia do período de atendimento lançado na autorização.

Diante disso, sempre que um beneficiário de plano privado de assistência à saúde for atendido pelo SUS, a operadora responsável por esse contrato deve ressarcir as despesas decorrentes da internação qualquer pessoa que tenha sido assistida por uma unidade integrante do SUS e que possua, de alguma forma, cobertura contratual de um plano de saúde para aquela patologia, deve estar identificada na ANS. E conforme já salientado, a identificação das pessoas atendidas pelo SUS e dos respectivos procedimentos aos quais foram submetidas deve ser disponibilizada para as operadoras.

Desse modo, o ressarcimento, é repassado diretamente aos gestores do SUS e, às vezes, às próprias entidades prestadoras do serviço de saúde (públicas ou privadas).

São pressupostos três pressupostos essenciais do ressarcimento ao SUS : a) o cadastro de beneficiários dos planos privados de assistência à saúde; b) a fixação dos valores a serem ressarcidos e; c) o desenvolvimento do sistema de informações e processamento.

Observa-se que o SUS não poderá receber menos do que paga aos hospitais e instituições conveniados e contratados.

Cabe ressaltar que os tratamentos prestados pelo SUS, que não constem do contrato privado, não são objeto do ressarcimento. Assim, se o plano oferece assistência médico-hospitalar, mas não cobre, por exemplo, tratamento de quimioterapia, caso a pessoa se dirija ao SUS para obtê-lo, o ressarcimento não é devido.

Outros são da opinião, que o problema não é a cobrança de acordo com a TUNEP, uma vez que o ressarcimento ao SUS se fundamenta no instituto do enriquecimento sem justa causa, ou seja, a operadora recebe as mensalidades dos clientes e não presta a assistência à saúde, logo, se enriquece sem justa causa. Simplesmente, se um cliente do plano de saúde usufrui os serviços públicos de saúde, a operadora se locupleta dos valores que teria gastado se tivesse prestado os serviços.

Por outro lado, pode-se questionar se há o empobrecimento do SUS, uma vez que os serviços públicos ficam cada vez mais lotados, comprometendo a assistência daqueles que mais precisam, e que não têm outra opção além dos serviços públicos de saúde. Assim, se o SUS já é precário, fica ainda mais comprometido quando pessoas que têm condições de usar os serviços privados, pelos quais já pagaram, usam os serviços públicos.

Ver-se-á, pois, que as opiniões apresentam-se diversas. Há aqueles que o criticam, alegando que o ressarcimento é um tributo, e como tal, só poderia ter sido instituído por Lei Complementar e não uma lei ordinária, como a Lei n. 9.656/98. Outros, no entanto, o defendem sob a premissa de que se trata de uma obrigação civil de reparar o dano causado ao SUS, ou seja, o ressarcimento teria seu fundamento na responsabilidade civil. E ainda, há uma terceira corrente, para a qual, não obstante a natureza civil, o ressarcimento não se fundamenta na responsabilidade civil, mas sim, no enriquecimento sem causa das operadoras.

Assim, para uma corrente, poder-se-ia afirmar que há prejuízo ao SUS porque o cliente de um plano de saúde tem a possibilidade de usufruir os serviços privados e ao utilizar os serviços públicos, que possui poucos recursos, compromete o atendimento daqueles que efetivamente precisam da assistência pública.

Por outro lado, para outra corrente, ao usar o SUS o indivíduo não está ofendendo nenhum direito, ao contrário, só está exercendo o direito público subjetivo à saúde que a Constituição lhe confere. Se o direito à saúde é um direito fundamental do indivíduo, o fato do indivíduo contratar serviços privados de assistência à saúde não caracteriza renúncia ao seu direito subjetivo público garantido constitucionalmente, motivo pelo qual o indivíduo pode dirigir-se ao SUS sempre que lhe aprouver. Destarte, a operadora não pode ser responsabilizada pelo simples fato do cidadão brasileiro estar exercendo seu direito.

Para outros, embora a utilização do SUS por clientes de planos de saúde cause prejuízos ao sistema público, não há um dano propriamente dito, pois a conduta do indivíduo não ofende nenhum direito juridicamente tutelado, ao contrário, denota o exercício de um direito constitucional.

Há ainda, uma outra justificativa, qual seja: para que haja obrigação de ressarcir é necessário o *nexo causal* entre a conduta e o dano. Porém, as operadoras de planos de saúde não teriam o dever de ressarcir o sistema público, pois não há nenhum vínculo entre a conduta da operadora, que coloca os seus serviços à disposição dos clientes, e o “dano” sofrido pelo SUS.

Será que o fato do indivíduo contratar serviços privados de assistência à saúde não caracteriza renúncia ao seu direito subjetivo público garantido constitucionalmente, uma vez que o indivíduo pode dirigir-se ao SUS sempre que lhe aprouver?

A operadora pode ser responsabilizada pelo simples fato do cidadão brasileiro estar exercendo seu direito?

E se o beneficiário que contratou um plano de saúde quiser ser atendido pela rede pública de saúde ao invés de utilizar o hospital particular credenciado ao plano?

E se a operadora se nega a prestar os serviços obrigando o beneficiário a se dirigir ao SUS?

Ora, se a operadora se nega a prestar os serviços obrigando o beneficiário a se dirigir ao SUS existe uma conduta ilícita da operadora, ou seja, a negativa em prestar os serviços contratados. Se houve descumprimento do contrato existe o nexo de causalidade entre a conduta da operadora e a utilização dos serviços públicos, até mesmo porque o beneficiário do plano de saúde só se dirigiu aos SUS porque não teve acesso ao serviço particular.

Porém, parte-se do pressuposto, de mesmo que o SUS tenha sofrido algum prejuízo, não existe ofensa a um direito tutelado, pois o indivíduo estaria no exercício do seu direito subjetivo público à saúde.

Esse seria o fundamento de que a cobrança não se fundamenta na responsabilidade civil.

E se o beneficiário preferiu optar pelo SUS e a operadora sequer teve conhecimento disso?

Uns afirmam que se a operadora não tem como prever tal situação e que se o beneficiário não teve que desembolsar nenhum valor para o SUS, que a operadora nada teria que pagar. Outros, porém afirmam, que se a operadora recebe as mensalidades e não prestou os serviços, pois o beneficiário utilizou o SUS, a mesma está se enriquecendo, *injustamente*, dos valores das mensalidades. Simples, o sistema público atende todos os indivíduos porque tem o dever de fazê-lo, e a operadora se locupleta dos valores que não gastou no tratamento de seu cliente.

Aqui tem-se a afirmação de que o ressarcimento não tem sua origem na Lei n. 9.656/98, uma vez que antes mesmo da edição desta norma, as operadoras já tinham a obrigação de restituir o Poder Público. A obrigação de ressarcir o SUS tem sua origem no enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde. A Lei dos Planos de Saúde, simplesmente conferiu ao Estado um meio para obter essa restituição que, já lhe era devida.

Para a tese contrária: É flagrantemente inconstitucional a pretensão de que as operadoras de planos privados de assistência à saúde procedam ao ressarcimento, ao Sistema Único de Saúde - SUS, dos procedimentos realizados em entidades públicas e privadas, estas conveniadas ou contratadas pelo SUS, aos beneficiários inscritos nos planos privados de assistência à saúde ofertados pelas referidas operadoras¹⁰.

Resta claro que o Ressarcimento também não é um tributo, não é taxa, não é imposto, pois não se prende a uma atuação estatal e ainda não pode ser contribuição, mas tão somente uma indenização ao Poder Público. E não se tratando de nenhuma espécie de tributo, é de se concluir que tem o Ressarcimento ao SUS natureza jurídica de obrigação civil.

Desse modo, evidencia-se que a natureza do ressarcimento é meramente restitutória. O Ressarcimento ao SUS apenas evita que o sistema público deixe de receber mais investimentos em face da estrutura atual, pela qual o Estado realiza gastos que competiriam às operadoras de planos de saúde.

Para os que defendem que a natureza jurídica do ressarcimento é de restituição ao erário público: daquilo que o Estado despendeu e não seria encargo seu se a operadora de plano de saúde tivesse prestado o serviço para o qual teria sido contratada.

10 Para a **ABRANGE** (Associação Brasileira de Medicina de Grupo): “ressarcimento” significa “compensação” e o Estado pretende ver-se não só compensado, mais, ainda, obter lucro às custas de seu dever constitucional.

No mesmo sentido, defende Cláudia Lima Marques (1999, p. 61), salientando que o Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, exigido das operadoras, para custear os serviços prestados aos seus consumidores e dependentes, não é inconstitucional, pois objetiva, apenas, evitar o enriquecimento sem causa das mesmas.

Ademais, as mudanças que o SUS propõe são muitas e complexas; assim como os interesses que ele questiona, motivo pelo qual é um processo que estará sempre em constante aperfeiçoamento e adaptação.

4. A Criação de um Sistema de Compensação como Proposta de Solução

Os problemas do Sistema de Saúde Brasileiro são constatados diariamente pelas filas frequentes nos serviços de saúde, pela falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população, pela escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência, bem como denúncias de abusos cometidos pelos planos privados de saúde.

Um dos problemas de complexa solução na área da saúde complementar e da sua interface com o sistema público de saúde é a questão do ressarcimento, pelas operadoras de planos de saúde, das despesas efetuadas pelo SUS no atendimento a saúde dos beneficiários do sistema privado.

Dessa forma, o cenário atual é formado por um grande número de ações judiciais, estimando-se que já chegam a quase dez mil processos intentados pelas operadoras, perante a Justiça Federal, contra a ANS, que tramitam em suas diversas instâncias, visando isentá-las da obrigação desse ressarcimento ao SUS¹¹.

Há que salientar, que o ressarcimento é de natureza privada e não constitui receita da ANS. A ANS, por questão de praticidade assume sua cobrança, quando não pago voluntariamente, mas isso não altera sua destinação, uma vez que continuará sendo ressarcimento destinado à entidade prestadora do serviço. Sendo o débito de natureza indenizatória, a ele não se aplica, ainda que por analogia, a prescrição quinquenal adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para a dívida ativa do Poder Público, quando originada de relação de direito público.

Quando a natureza do ressarcimento do art. 32 da Lei n. 9.656/98 constitui reparação para se evitar o enriquecimento sem causa em que incorreria a operadora de plano de saúde, em detrimento da unidade do SUS que prestasse o atendimento, a conclusão é no sentido de que o prazo prescricional para sua cobrança será de três anos.

Aquelas que tenham feito o pagamento dessa exigência poderão compensar os valores por elas pagos de eventuais débitos para com o fisco federal, ou ingressar com ação

¹¹ Disponível em <<http://www.ans.gov.br.html>>. Acesso em 26 fev. 2013.

de repetição de indébito para reaver o que pagou, devidamente corrigido, desde que não prescrito.

Os que defendem que a tese do ressarcimento é inconstitucional, afirmam que o SUS foi constituído para atender toda a população e, desse modo, os que têm um plano de saúde estão sendo discriminados. Defende-se o posicionamento de que qualquer pessoa pode ter acesso ao sistema público de saúde sem que ela, ou o seu plano de saúde tenha que arcar com os custos.

A Abramge (Associação Brasileira de Medicina de Grupo) ressalta a inconstitucionalidade face os artigos 196 e 199 da Constituição, na medida que a saúde é dever do estado e o ressarcimento acarretará um enriquecimento ilícito deste, bem como expressa a Constituição da República a não interferência na atividade empresarial privada, desde que livremente pactuada.

Outra questão complexa é o ressarcimento se caracterizar como um imposto. E, em consonância com a Constituição Federal, a instituição de um tributo somente pode ser feita por meio de uma Lei Complementar, não por simples lei ordinária, e sequer normatizado através de ato da agência reguladora. Instituto do ressarcimento ao SUS não tinha o caráter tributário.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), há muito vem declarando essa característica, pois, a “... **A natureza do ressarcimento ao SUS, ..., não é tributária, mas restitutória**, na medida em que permite que o sistema público receba de volta os valores que disponibilizou aos planos de saúde privados. Não possuindo o ressarcimento natureza tributária, não há falar em ofensa à Constituição Federal, nem ao Código Tributário Nacional.

Portanto, o ressarcimento ao SUS não se reveste de caráter tributário, em que pesem os argumentos das operadoras de planos de saúde de assim caracterizá-lo.

A tese das Unimed's é que o ressarcimento é um tributo, conforme definição do art. 3º do Código Tributário Nacional, possuindo natureza jurídica de taxa, entretanto, de forma desvinculada dos princípios constitucionais que regem o sistema tributário, alegando ainda que a base de cálculo (TUNEP) ofende o princípio da legalidade.

Sobre o tema, há pertinente lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Neri:

As pretensões civis de ressarcimento do erário, que favorecem o Poder Público, sejam exercitáveis por ele próprio, pelo MP ou por qualquer outro co-legitimado à defesa dos direitos meta-individuais em juízo (v.g. ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa), **regem-se pelas regras ordinárias da prescrição previstas nas leis respectivas e, na sua falta, pelo CC. A leitura da parte final da norma**

comentada pode sugerir tratar-se de pretensão imprescritível. Todavia, os princípios da segurança jurídica e da proibição de excesso indicam a necessidade de haver prazo de extinção da pretensão do Estado para o ressarcimento do erário pelos danos causados por ato de improbidade administrativa, porquanto se trata de pretensão que se exerce mediante ação condenatória, a qual, por sua natureza, de acordo com o sistema do Direito, é sempre prescritível. O que o sistema jurídico admite como imprescritível são as pretensões que se exercem mediante ações constitutivas e declaratórias. Quando a CF quis dar o regime jurídico da imprescritibilidade a alguma situação jurídica, fez menção expressa a essa exceção em apenas duas ocasiões: CF, 5º, XLII E XLIV, que tratam como imprescritíveis os crimes de racismo e de grupo armado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Como se trata de exceção, a imprescritibilidade dos crimes previstos na CF, 5º, XLII E XLIV não pode ser estendida para a pretensão de indenização deles decorrente. (NERY JÚNIOR; NERI, 2009, p. 359). (Grifou-se).

Portanto, o ressarcimento ao SUS é de índole indenizatória, competindo às operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde ressarcir, restituir, repor ao SUS as importâncias efetivamente despendidas no atendimento aos agravos de saúde dos seus beneficiários, nos limites de cobertura assistencial e condições previstos nos respectivos contratos dos planos e seguros.

Ora, convém salientar que operadoras de planos de saúde vieram para complementar o sistema de saúde pública, e não para substituí-lo.

Para as operadoras, não poderia o ressarcimento se revestir de obrigação de indenizar, regido pela responsabilidade civil porque, o ato do consumidor buscar atendimento ao SUS não constitui nenhum ilícito, nem da parte do consumidor e tão pouco da parte da operadora (que não tem mecanismos para evitar que o consumidor o faça). E por outro lado, considerando que o consumidor é cidadão, ele tem garantido o direito universal e gratuito à saúde, independente de ter plano privado de assistência à saúde¹². Se não há fato ilícito, não há que se falar em indenizar.

Além disso, deve-se ter em conta que a seguridade social será, nos termos do art. 195, *caput*, da Constituição Federal, financiada por “toda a sociedade”, No caso, ao estabelecer o ressarcimento ao SUS, os diplomas legais em comento querem impor, exclusivamente aos setores econômicos neles regulados, tal obrigação.

12 Neste sentido: Agravo de Instrumento n. 2001.02.01017774-7. 2 Turma Tribunal Regional Federal 2 Região. REl. Des. Antonio Cruz Neto. Publ. 18.09.03. Atendimento a associado de plano de saúde. Art. 32 da Lei n. 9.656 de 1998... **Tendo o direito constitucional de utilizar o SUS e o direito contratual de utilizar o plano privado de saúde, cabe ao usuário fazer a opção pelo prestador de serviço, sem que venha a ser onerado por utilizar o serviço público, que é gratuito.**

Os doutrinadores Bottesini e Machado consideram esse ressarcimento inconstitucional:

As empresas privadas não podem ser vistas como instituições complementares da ação estatal na saúde, e não estão posicionadas ao lado do Estado, nem obrigadas a substituir e suprir a inoperância do Poder público no desempenho do Dever constitucional¹³. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 154).

Ademais, convém ainda ressaltar que há que se buscar uma solução que proteja o cidadão no seu direito à saúde, ficando as operadoras de planos de saúde isentas do ressarcimento, responsabilizando o Estado no cumprimento de seu dever ordenado pela Constituição Federal. Ou ainda: que as operadoras de saúde também façam jus ao ressarcimento **pelo** SUS e não somente ao SUS.

Nota-se por vezes, que o ressarcimento tem caráter punitivo e não meramente indenizatório ou restitutivo.

Trata-se de uma obrigação pecuniária, pois o art. 32 refere-se expressamente ao pagamento dos serviços prestados pelo SUS. A obrigação também não constitui sanção por ato ilícito. O tributo se distingue da pena, porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito, enquanto o tributo tem como hipótese de incidência sempre algo lícito. Ademais, o beneficiário de um plano de saúde tem o direito legítimo de utilizar o SUS, por isso não haveria como qualificar este ato como ilícito.

Saliente-se ainda, que se há exclusão de cobertura no contrato, não é devido o ressarcimento, uma vez que as operadoras não teriam a obrigação legal de efetuar tal atendimento.

Pode-se afirmar que é possível ressarcir, porém, nem todo e qualquer atendimento realizado pelo SUS deve ser ressarcido pelas operadoras. Entretanto, se a empresa privada se viu obrigada a efetuar o atendimento de forma gratuita, ela também faz jus ao pagamento. Para tanto, do mesmo modo que há cruzamento de dados quando o beneficiário é atendido pelo SUS, deve haver o cruzamento dos dados quando o mesmo for atendido pela empresa privada, bem como de um Estado para outro. Evidencia-se, que para implementar a Câmara de Compensação deve haver parcerias de todos os Estados na área da saúde.

13 No entendimento das operadoras, em quase a sua totalidade, essa exigência de ressarcimento é inconstitucional, por diversas razões, dentre elas as relativas aos artigos 196 (a saúde de direitos de todos e dever do Estado) e 199 (a assistência à saúde é livre à iniciativa privada), ambos da Constituição Federal, bem como os artigos 195, parágrafo 4º e 154, inciso I, da Carta Magna, que facultam a instituição de outras fontes destinadas ao financiamento da Seguridade Social, desde que seja através de Lei Complementar e que sejam esses tributos não cumulativos, e que não tenham fato gerador e base de cálculo próprios dos já discriminados na Constituição.

5. Conclusões

A saúde no Brasil é indubitavelmente um dos maiores desafios do século XXI, onde a saúde pública e a saúde privada travam incessantes batalhas, num emaranhado de relações jurídicas.

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Se por um lado a assistência à saúde é um dever do Estado. Por outro, o Poder Público admite que as ações e serviços de saúde sejam prestados pela iniciativa privada. É o que se depreende do art. 199, “*caput*”, segundo o qual a assistência á saúde é livre à iniciativa privada.

Desse modo, ao mesmo tempo em que o Estado possui o dever de garantir saúde à população, o que o faz pelo Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal reconhece à iniciativa privada a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde.

A saúde suplementar, não faz parte do SUS (Sistema Único de Saúde). Já a **Saúde complementar**, faz parte do SUS e está prevista no artigo 199, § 1º da Constituição da República, que reza que as instituições privadas *poderão* participar de forma complementar do SUS. Diz-se complementar porque essa participação das entidades privadas no SUS só ocorrerá quando o sistema público não possuir meios para suprir as necessidades da população. É por meio dessa previsão constitucional que o setor privado, destaque para o lucrativo, está autorizado a **complementar** as ações e serviços de saúde que fazem parte do SUS, que é a rede de ações e serviços públicos de saúde prevista no artigo 198 da Constituição da República. Quando atuam de forma **complementar** no SUS, as empresas privadas, dentre elas as com fins lucrativos, devem submeter-se ao princípios e diretrizes desse Sistema de Saúde e devem ser contratadas por meio de contrato de direito público (199, § 1º), o que não ocorre com as empresas privadas do setor **saúde suplementar**.

A utilização do SUS por beneficiários de plano de saúde não configura ilegalidade. Não é porque alguém contrata plano de saúde que deixa de ter o direito de utilizar o SUS. Afinal, os arts. 196 e 198 da Constituição Federal dispõem que a saúde “é direito de todos e dever do Estado” e, ao lado disso, “as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único” (o SUS). O que é complementar não exclui – pelo contrário –, completa, supre faltas. O que complementa, o que é acessório, não pode excluir o que é principal. Ou seja, não é porque alguém contrata um plano de saúde que deixa de ter reconhecido seu direito de usufruir o sistema único de saúde assegurado constitucionalmente.

Foram constatados diversos avanços, bem como inúmeros desafios a serem superados, porém, a luta pela efetivação do Direito à Saúde no Brasil ainda permanece, até mesmo porque o financiamento deste sistema ainda se mostra insuficiente em face de tamanha demanda, o que vem acarretando a ocorrência de uma série de omissões por

parte do Estado, que tem o dever constitucionalmente imposto de garantir esse direito fundamental a todos os cidadãos.

O direito à saúde tem especial destaque enquanto direito fundamental, porque visa efetivar a dignidade da pessoa humana, contemplando de forma direta o direito à vida. A Constituição Federal traz em seu bojo o asseguração de tal direito a todos os cidadãos, sendo dever do poder público concretizá-lo, na busca do bem estar social.

O Sistema Único de Saúde foi criado em 1988, pela Constituição da República, porém ainda não representa o ideal desejado. Novas propostas surgiram na década de 90, dentre elas a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90, que implantou amplamente o Sistema Único de Saúde) e a regulamentação dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/98, que visou equilibrar as relações contratuais, configurando o marco legal da saúde suplementar no Brasil e disciplinou como se daria a forma do ressarcimento ao SUS).

O estudo sobre o ressarcimento entre os gestores públicos e privado da saúde, demonstrou que quando se trata de gerenciamento da saúde no Brasil, estabelece-se dois grandes blocos: o atendimento público e o atendimento privado. Apesar da obrigação das operadoras de prestar os serviços contratados, o Estado também tem o dever de prestar serviços de saúde de forma gratuita e universal.

Concluiu-se que o ressarcimento ao SUS fundamenta-se no instituto do enriquecimento sem causa. Desse modo, ocorrendo o enriquecimento sem justa causa, nasce para a operadora a obrigação de restituir esse valor ao SUS, bem como ao SUS restituir a operadora.

Cabe ao Estado a adoção dos programas preventivos, com uma nova visão de política pública única da saúde no Brasil, que inclua o SUS e os planos de saúde.

Analisaram-se os problemas que existem pela falta de compensação do SUS e pelo SUS, demonstrando os conflitos entre as operadoras de plano de saúde em relação ao ressarcimento ao SUS. A partir de tais conflitos, bem como de vasta análise jurisprudencial, demonstrada ao longo deste trabalho, concluiu-se que é possível ressarcir e propõe-se a criação de um sistema de compensação como proposta de solução.

Observou-se, que o Estado Brasileiro e a Constituição da República definem suas intencionalidades e seus princípios, materializados através do Sistema Único de Saúde, que se propõe universal, integral e equânime. Ao setor privado cabe organizar-se de forma complementar ao público. Por isso, o estudo de modelos assistenciais em saúde complementar não é desvinculado do entendimento global do funcionamento do SUS. A compreensão e a regulação da assistência à saúde devem considerar as experiências e modelagens produzidas no público, com o objetivo de compará-las e assim estabelecer novos conhecimentos.

Vive-se num momento em que a população vai às ruas para clamar por mais recursos públicos na saúde, clamando por políticas públicas adequadas, demonstrando que há, pois, um longo caminho a percorrer, visando um intenso e constante processo de melhoria de qualidade da saúde, com o constante aprimoramento do SUS, bem como a incansável busca da eficiência da ANS.

É preciso lutar contra a privatização e mercantilização da saúde. Faz-se necessário fortalecer e aprofundar o SUS, para torná-lo, além de método de gestão política e preventiva de saúde, reconstruindo o papel do Estado como prestador universal.

Contribuir para a prestação do serviço público de saúde, com vistas a torná-lo eficiente, também é tarefa do operador do Direito, consciente hoje de que o Direito é e sempre haverá de ser uma ciência social aplicada. A promoção da saúde é um processo de aperfeiçoamento social que se constrói e se modifica ao longo do tempo.

6. Referências

- ABOUD, A. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? **Revista Jurídica Consulex**. Ano XXII. N. 267. Ano 2008.
- ACHOCHE, M. S. **A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 24 jul. 2009.
- ACÚRCIO, F. de A. **Evolução das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em <<http://www.farmacia.ufmg.br.htm>> Acesso em 19 de março 2013.
- ALENCAR, M. F. C. R. **O sistema jurídico: normas, regras, princípios**. Disponível <<http://www.jus.uol.com.br.htm>>. Acesso em 29 dez. 2012. p. 1-10.
- AMARAL JÚNIOR, A. do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. In: BENJAMIM, A. H. de V.. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Cadernos de Informações da Saúde Suplementar**, agosto de 2010.
- APPIO, E. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAGÃO, A. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, A. S. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**. São Paulo, nº 2, p. 144-201, 2004.
- _____. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- BAHIA, L. **Sistema único de saúde**. Disponível em <<http://www.epsjv.ficruz.br.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.
- BARBOSA, J. G. B. Agências reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 50. Ano 13. São Paulo : Revista do Tribunais. jan-mar 2005.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br.htm>> Acesso em 10 jan. 2013.
- BENSELER, G. E. *Griechisch-Deutsches Scul-Worterbuch*. Zehnte Auflage. Leipzig: B. G. Teubner, 1896.
- BIANQUIN, A. H. As políticas de saúde na América Latina a partir da década de 90: um comparativo entre os sistemas de saúde argentino e brasileiro. **Revista Sociais e Humanas**. Santa Maria, 2008, n. 0103-0629.
- BISOTO JR., G.; SILVA, P. L. de B; DAIN, S. (orgs.) **Regulação do setor saúde nas Américas**: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2006.
- BOTTESINI, M. A.; MACHADO, M. C. **Lei dos planos e seguros de saúde**: comentada artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2008.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação & Saúde**: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Rio de Janeiro: ANS, 2002.
- CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CRUZ, V. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: **Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.
- CUÉLLAR, L. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2002.
- CUNHA, J.P.P., CUNHA, R.E. Sistema Único de Saúde - SUS: princípios. In: CAMPOS, F.E., OLIVEIRA JÚNIOR, M., TONON, L.M. **Cadernos de Saúde**.

- Planejamento e Gestão em Saúde.** Belo Horizonte: COOPMED, 1998. Cap.2, p. 11-26.
- CUNHA, B. P. da. **Antecipação da tutela no Código de Defesa da Consumidor:** tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, P. C. M. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.
- DALLARI, D. de A. Da Fundamentação Natural da Lei à Conquista dos Direitos Fundamentais. In: MARSIGLIA, Regina Giffoni (org.). **Saúde Mental e Cidadania.** 2. ed. São Paulo: Mandacaru, 1987.
- DALLARI, S. G. Competência municipal em matéria de saúde. **Revista de Direito Público.** N. 92, São Paulo, 1989.
- _____. **Normas gerais sobre saúde:** cabimento e limitações. Disponível em: <www.saude.caop.mp.br>. Acesso em 16 de ago. 2013.
- DUTRA, P. A **fiscalização dos serviços públicos privatizados.** Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 1998, p. A-3.
- ELIAS, P. E. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. **Revista São Paulo em Perspectiva.** vol.18 no.3 São Paulo July/Sept. 2004.
- FERNANDES NETO, A. J. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FIGUEIREDO, M. F. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GAMA, M. V. **Um estudo sobre a evolução da indústria de medicina suplementar no Brasil.** Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Ibmec, 2006.
- _____. **Metodologia da pesquisa.** Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2007.
- GERSCHMAN, S. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Europeia e Brasil. **Revista Ciência e saúde coletiva.** vol.13 no.5 Rio de Janeiro, Set./Out. 2008.
- GREGORY, M. S. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LEAL, R. G. **A Efetivação do Direito à Saúde** – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. In Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. v. 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.
- LIMA, G. M. Princípios e regras: uma distinção didática. Disponível em <<http://www.direitosfundamentais.net.htm>> Acesso em 31 de março 2011.

- LIMA, C. R. M. **Informação e regulação da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-papers, 2005.
- LIMA, K. R. B.; SILVA, J. A.; PEREIRA, L. A. **Uma análise sobre a política pública de saúde no Brasil enfatizando o contexto neoliberal**. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/cnpq.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2013. p. 8.
- LIMA, R. S. de F. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, I. W; TIMM, L. B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LIMBERGER, T.; GRISON, L. Políticas públicas de direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. **Revista Estudos Jurídicos**. ISSN Eletrônico 2175-0491, Santa Cruz do Sul: 2010.
- LIPPEL, A. G. **O direito à saúde na Constituição de 1988**: caracterização e efetividade. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br.htm>> Acesso em: 07 dez 2006.
- MACERA, A. P.; SAINTIVE, M. B. **O mercado de saúde suplementar no Brasil**. Brasília: SEAE/MF, 2004.
- MALTA, D. C. **Saúde Suplementar e Modelos Assistenciais**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br.htm>> Acesso em: 14 jan 2013.
- MARÇAL, A. C. Estatuto, função e usos do direito. In TAVARES, F. H. **Constituição, direito e processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. L.; PFEIFFER, R. A. C. (Coords.) **Saúde e responsabilidade**: seguros de planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS, T. P.; SAMPAIO JÚNIOR, R. B. Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários. **Revista de Direito Faculdades Milton Campos**. Nova Lima. V. 20. P. 56-64. 2010.
- MARTINS. W. **Direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MESSIAS, J. R. P. de. **A judicialização da saúde no Brasil e seus efeitos no setor de saúde suplementar**. 2010. 68 f. Monografia (Bacharel em Direito), Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza, 2010.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Regulação em saúde**. Coleção Progestores, Brasília: CONASS, 2007.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Regulação no setor de saúde: em direção aos seus fundamentos públicos**. Brasília: Secretaria da Assistência à Saúde, 2004.

- MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Controle, regulação e avaliação**. Brasília: Secretaria da Assistência à Saúde, 2002.
- MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-dez 1992.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE, R. M. N. de. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, F. P. **Pluralismo jurídico e participação popular em saúde: do público ao privado**. Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abril, 2011.
- In: **Os desafios para saúde coletiva no século XXI**. Salvador: EDUFBA, 2008.
- PAULA, N. de. **Teoria geral dos sistemas econômicos**. Paris: Fr., 1936.
- PINHO, C. A. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: doutrina e pareceres**. Belo Horizonte: Legal, 2011.
- PINTO, A.; FREDES, C.; MARINHO, L. C. **Curso de economia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Unilivros, 1980.
- POLIGNANO, M. V. **História das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br.htm>> Acesso em: 29 dez. 2012.
- REIS, O. M. L. S. **O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança**. Viçosa: UFV, 2008.
- RIANI, M. K. **Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo**. Dissertação apresentada ao curso de mestrado em Direito empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2010.
- SANTOS, L. **Saúde: conceito e as atribuições do Sistema Único de Saúde**. Junho de 2005. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br.htm>> Acesso em 04 jan. 2013.
- SANTOS, A. J. dos. Direitos Do Consumidor. Revista do IAP. Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. n. 10.
- SANTOS, F. P.; MERHY, E. E. **Public regulation of the health care system in Brazil - a review**. Interface -Comunic., Saúde, Educ., v.10, n.19, p.25-41, jan/jun 2006.
- SANTOS, F. P.; Malta, CARVALHO, D.; MERHY, E. E. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. In: **A saúde suplementar e o modelo assistencial brasileiro: situação atual e perspectivas**. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 13 número 5. Abrasco. set/out 2008.

- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006-2007.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br.htm>> . Acesso em 20 dez 2012.
- SCHULMAN, G. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SILVA, J., S. L da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- SILVA, R. V. **Ineficiência da ANS impulsiona reajustes abusivos**. Publicado em 07 de ago. 2013. Acesso em www.saudeweb.com.br Acesso em 18 ago. 2013.
- TESSLER, M. I. B. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, nº40, p.80-81, 2001.

POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO CONSTITUCIONAL: UM DEBATE NO SEIO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, Professor Adjunto de Direito Constitucional e Filosofia do Direito no Departamento de Direito da mesma Instituição, Professor Titular e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC e advogado em Florianópolis. E-mail: matheus-felipedecastro@gmail.com

SAMYRA HAYDÉE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

Doutora em Direito pela PUC/SP, Mestre e Graduada em Direito pela UFSC, Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNITOLEDO/Araçatuba.

Resumo

O presente artigo, partindo do referencial teórico da filosofia da práxis, busca discutir as relações tensas entre o poder e a justiça na efetivação dos direitos fundamentais, realizando um confronto entre as concepções teóricas de Hans Kelsen e Robert Alexy. Nesse sentido, são comparados os pensamentos desses dois autores, ressaltando o papel central que o poder possui na concepção jurídica do primeiro, em contraponto com a teoria da justiça que anima as concepções jurídicas do segundo. Discute-se como essa tensão que aparece no confronto teórico dos dois autores na verdade é um momento inafastável do real, constituindo antes uma convivência dialética que precisa ser observada e decifrada na concretude da aplicação do direito. Conclui-se com a busca da separação daquilo que é real daquilo que é ideológico nesse debate, buscando aprofundar o debate em torno dos direitos fundamentais como núcleo estruturante da moderna teoria do direito.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais; Poder; Justiça; Filosofia da Práxis; Interpretação; Aplicação do Direito.

Abstract

This article, based on the theoretical framework of the philosophy of praxis, is to discuss the strained relations between power and justice in the enforcement of fundamental

rights, making a comparison between the theoretical concepts of Hans Kelsen and Robert Alexy. In this sense, are compared the thoughts of these two authors, emphasizing the central role that power has the legal conception of the first as opposed to the theory of justice that animates the legal conceptions of the second. We discuss how this tension that appears in the theoretical confrontation of the two authors is actually a moment of real, but constitutes a dialectical interaction which must be observed and deciphered in the concrete application of the law. It concludes with the search of separation from what is real from what is in this ideological debate, seeking to deepen the debate on fundamental rights as the core of modern structural theory of law.

Key words

Fundamental Rights; Power; Justice; Philosophy of Praxis; Interpretation; Application of Law.

1. Introdução

A antiga questão do relacionamento tenso entre o poder e a justiça no interior do direito ainda não foi resolvida. E, ao que parece, jamais o será a contento. A cada novo paradigma jusfilosófico que se sucede, a confusão em torno desta temática parece se ampliar, indicando uma convivência estável entre o desejo de realização do justo e a efetivação da vontade do poder, uma tensão paralítica ou dialética, como quer o referencial teórico da filosofia da práxis.

Ora, nesse sentido, o debate acerca da assunção dos direitos fundamentais ao posto de núcleo fundante do ordenamento jurídico constitucionalizado vem merecendo um aprofundamento em torno da questão da *dogmática* desses direitos, entendida, aqui, resritivamente como *método* de interpretação/aplicação do direito à realidade, aquilo que muitos identificaram, no passado, como o processo por excelência de “subsunção dos fatos à norma”, ou seja, a busca de um sentido de verdade oculto na “essência” dos textos legais.

Há muito que a dogmática foi proclamada como “único” método essencialmente jurídico, isolando os juristas numa espécie de *Lebensraum*, que vem sendo cada vez mais questionado pela teoria crítica como um isolamento orientado a cumprir certas funções numa ordem social, política e econômica determinada, além de que reduziria, sobremaneira, as possibilidades de um estudo do direito para além do método dogmático que, obviamente, predispõe resultados desejáveis pelo *establishment*, fechando outras possibilidades existentes no trânsito da vida social.

E o que a dogmática teria a ver com a discussão jusfilosófica da relação tensa entre o poder e a justiça no interior do direito? Ora, enquanto *método* de interpretação/aplicação

do direito aos fatos sociais, a questão específica da *interpretação dogmática do direito* é de ser destacada, eis que aquele método exige do jurista uma forma de atuação internamente coerente com a sua lógica, permitindo uma interpretação/aplicação do direito primeiramente *previsível* e, em segundo, cumpridora das *funções* do direito perante a sociedade.

E é exatamente por meio desse tipo de interpretação que o jurista tradicional pensa fazer “ciência” e cumprir uma “relevante” função social “pacificadora” dos conflitos sociais, quando não estaria mais que reproduzindo o “senso comum teórico dos juristas”, uma espécie de crença na cientificidade (e imprescindibilidade) da técnica de controle social por eles operada e que, em última instância, possibilitaria aos operadores do direito a execução da vontade do poder ocultada pelo sentimento ideológico de cumprimento do sentido do justo.

A transição do direito privado (civilismo) para o direito público (constitucionalismo) como eixo legitimador do poder de Estado, o que corresponde no fundo à transição tardia do Estado (neo)liberal para um novo tipo de Estado intervencionista, agora com o Judiciário assumindo papel de tutoria constitucional inclusive das políticas públicas, vem colocando cada vez mais este problema, abrindo por demais o leque interpretativo do direito e colocando novos desafios antes não observados pela chamada “ciência jurídica”, eis que se transitou de formas estritamente regulamentadas (normas estritamente especificadas), para formas principiológicas, com baixíssimo grau de normatividade imediata, o que permite ao Estado-juiz o exercício do poder a partir de formas aparentemente mais flexíveis que outrora.

Nesse passo, o presente artigo, partindo do referencial teórico da *filosofia da práxis* (teoria dialética do Direito = método da concreção) e adotando uma metodologia *indutiva*, buscará realizar uma reflexão crítica sobre as relações tensas que a justiça e o poder mantém no interior da interpretação/aplicação dos direitos fundamentais pelo Estado-juiz, objetivando verificar as articulações que subjazem ao discurso asséptico da ciência jurídica, tanto do passado como do presente, especificamente em sua abordagem dos direitos fundamentais como *novel* ideologia legitimadora da atuação estatal, num quadro de profunda *defasagem* entre o que é declarado (discurso oficial dos direitos fundamentais) e aquilo que é empiricamente observável na prática social da atuação do Estado e dos juristas.

2. A Interpretação/Aplicação do Direito e o Método Dogmático

O esgotamento do positivismo *jusprivatista* como discurso de legitimação científica do direito, exigiu o desenvolvimento de novas formas, pretensamente “pós-positivistas” de legitimação do ordenamento jurídico posto pelo Estado, que transitaram para o direito público, o direito constitucional e os direitos fundamentais, ganhando em força social,

pela natureza pretensamente “democrática”¹ do seu discurso, mas perdendo em termos de força normativa, na medida em que permitiu uma interpretação mais aberta do sentido das normas e da sua aplicação à sociedade.

Mas, por outro lado, vem permitindo à teoria crítica do direito descortinar aspectos que antes permaneciam ocultados pela assepsia do discurso técnico-jurídico e que levavam muitos juristas e pesquisadores sociais bem intencionados a constatar, errônea e perplexamente, uma absoluta separação ou descolamento entre a teoria e a prática do que era declarado pelo direito e o que era por intermédio dele praticado.

Lentamente e após as confissões realizadas pela teoria funcionalista do direito, inspiradas na teoria geral dos sistemas, de Luhmann, acabou ficando claro que o tal descolamento entre a teoria e a prática do direito simplesmente não existia². Percebeu-se que antes de separados, estavam unidos, com a *teoria* do direito cumprindo certas funções legitimadoras da *prática* do direito, sendo antes facetas do mesmo fenômeno contraditório, numa relação entre o que é *real* e o que é *ideológico*, entre aquilo que *acontece* e aquilo que é *dito* sobre o que acontece (discurso).

Ora, o método *técnico-jurídico* ou *lógico-abstrato*, compor-se-ia de um procedimento indutivo-dedutivo³, onde caberia ao jurista, em primeiro lugar, *conhecer* o direito positivo (cognição formal da lei), organizando mentalmente os conceitos mais elementares, partindo-se então para a indução do *sistema*, entendido como a formulação das leis gerais que organizam o ordenamento jurídico (teoria *geral* do direito). Enfim, partiria o jurista para o momento propriamente dedutivo, de subsunção dos fatos às normas, ou aplicação do sistema jurídico aos casos concretos. Enfim e como uma fase pós-jurídica (uma fase não propriamente jurídica, mas *política*), caberia ao jurista criticar o sistema, entendida a crítica não como um ataque aos fundamentos ou às funções que o direito cumpriria na sociedade, mas como oferta de proposições para o aperfeiçoamento do sistema de controle social, como um todo.

Fica claro que, perante esse método, não haveria espaço algum para que o jurista questionasse aquilo que estava colocado antes da lei, os seus fundamentos econômicos,

1 Afirma-se que esse discurso seria “pretensamente” democrático na medida em que ele vem se revelando uma técnica de atuação estatal onde o povo, detentor do poder soberano, não aparece ou aparece de forma meramente discursiva para legitimação da atuação de uma casta da burocracia estatal que atuaria de modo a realizar o “desejo” da constituição.

2 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UNB, 1980, pp. 97 e seguinte: “A função do procedimento (jurídico) é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos”. Em sua *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121, define o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”, exercendo, portanto, uma função determinada no sistema social, o que demonstra a total improcedência das teses sobre uma possível separação entre um direito teórico “bom” ou “puro” e uma prática jurídica “má” ou “deturpada”.

3 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço e sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

políticos e sociais, eis que a lei seria, para ele, um dado posto, um ponto de partida, que somente poderia ser questionado por outras “ciências” não jurídicas, como a política e a sociologia, sempre rebaixadas a uma condição secundária, eis que o direito ocuparia a posição de “ciência oficial de Estado”, somente aceitando as conclusões das outras disciplinas que porventura concordassem com o seu ponto de vista.

O fundamento último do direito, o *poder*, que na percepção de Bobbio seria o ponto em comum dos estudos do jurista e do cientista político⁴, deveria ser analisado em termos maniqueístas de preeminência, para o primeiro, do direito sobre o poder e, para o segundo, de preeminência do poder sobre o direito, numa discussão que, de tão escolástica, se assemelharia àquela outra e velha, sobre as origens dos ovos e das galinhas e que há muito foi resolvida pela teoria da evolução das espécies, de Darwin.

No entanto, embora o método lógico-abstrato tenha sido concebido como solução para o problema da cientificidade do direito, uma tentativa de conceder ao direito uma precisão quase matemática, o problema da interpretação jurídica e da sua aplicação aos casos concretos jamais conseguiu ser explicada nesses termos, eis que por mais estritamente regulamentada se encontrasse uma situação jurídica, a textura aberta (jamais admitida) dos conceitos jurídicos sempre permitiu ao Estado, representado por seus juízes, a possibilidade de manobrar decisões de forma absolutamente discricionária, tornando o ideal de segurança jurídica apenas uma promessa jamais cumprida pelo sistema, ou seja, não mais que um discurso de legitimação do poder.

Ora, para além do discurso dogmático, sempre se admitiu que o direito, por mais estritamente regulamentados que possam ser as situações que normatiza, admite uma grande margem de discricionariedade em sua interpretação no momento de sua aplicação

4 BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 194: “O conceito principal que os estudos jurídicos e políticos têm em comum é, em primeiro lugar, o conceito de poder”. Em sua *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1999, enfrentando a questão tormentosa da natureza extrajurídica da sanção jurídica, Bobbio acaba por enfrentar a questão da dimensão fática dentro da teoria do direito, argumentando num sentido que acaba por revelar a verdadeira natureza da norma fundamental que sustenta todo o Ordenamento Jurídico: “Ora, aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força” (p. 25). “Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico” (p. 49). “Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro [...] A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental” (p. 59). E, enfim: “E como pode um mero fato produzir direito? A pergunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas” (p. 176). Ora, esse poder tão grande a que se refere Bobbio é, segundo ele, a Revolução, um fato político fundamental que estabelece o poder que dá sustentação de validade a todo o Ordenamento Jurídico, a verdadeira essência oculta da *Grundnorm* kelseniana.

pelo Estado-juiz. Kelsen foi muito preciso quando apontou essa discricionariedade na aplicação do direito, na medida em que os conceitos fixados na lei seriam meras formas legais, carentes de uma complementação que somente se pode operar no momento da transição entre aquilo que hoje chamamos de *programa da norma* e a realização do *âmbito da norma*.

Para o autor da *Teoria Pura do Direito*, o texto normativo colocaria somente uma “moldura”, dentro da qual uma decisão poderia ser considerada “legal” ou válida, admitindo-se a possibilidade, destarte, de *várias decisões corretas em direito*, perante fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo. Ora, o sentido verbal da norma não é unívoco, colocando o órgão julgador diante de uma infinidade de significações possíveis, todas elas *legítimas*:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁵

Kelsen diferenciava substancialmente o trabalho do *cientista do direito*, o sujeito encarregado da interpretação da ordem jurídica (trabalho de identificação das múltiplas possibilidades, mesmo que politicamente indesejáveis⁶, que se colocam dentro daquela moldura) e que deveria se pautar pela neutralidade científica naquela identificação, da atividade do *aplicador do direito*, ou seja, do sujeito que tem por função criar direito judicial a partir do direito legislado. Para este, a escolha de uma ou outra dessas significações, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, não passaria de um ato de *vontade* que, segundo Kelsen, teria natureza *política* e não jurídica, como se poderia imaginar, num primeiro momento:

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 251.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.⁷

Kelsen esclarecia que todos os métodos de interpretação elaborados conduziram sempre a vários resultados *possíveis*, nunca a um resultado que fosse o *único* correto. A pretensão de neutralidade advogada por ele se dirigia somente e tão-somente ao mister exercido pelo cientista do direito, que teria por função aquela identificação dos resultados (*significados*) possíveis atribuíveis ao texto normativo, sendo que a atividade do juiz seria o momento eminentemente político da *escolha* (ato de *vontade*), da melhor decisão, dentre outras, aplicável ao caso concreto:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.⁸

Através deste ato de *vontade*, decisão de natureza *política*, se distinguiria a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pelo cientista do direito. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito seria sempre *autêntica*. Ela cria Direito e na base da criação do direito está sempre o *poder*, a questão política por excelência:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 249.

8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Idem, ibidem.

por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.⁹

Concordamos com Kelsen quando ele admite a natureza eminentemente política da aplicação do direito pelo Estado-juiz, no método dogmático. No entanto, cremos, com Oscar Correias, que Kelsen optou, politicamente, por uma despoliticização da *ciência do direito* (da atividade do cientista do direito, não do aplicador do direito), mediante a desideologização dos cientistas do direito¹⁰, que a nosso ver, seria absolutamente impossível de ser atingida, mas que à sua época e diante do paradigma cientificista vigente e da “filosofia da consciência” no qual o jusfilósofo estava impregnado, seria impossível a ele admitir¹¹.

No entanto, não se pode negar que a *Teoria Pura do Direito* é uma obra de teoria política e que, portanto, o seu objeto mediato (em última instância) é o poder e não o direito em-si, o que vem sendo historicamente negligenciado pelos estudiosos do direito¹², que se negam a perceber que a razão para Kelsen ter fundado uma teoria pura do direito não consistia em justificar todo o poder, mas, pelo contrário, despojar de toda “justificação científica” a qualquer poder¹³.

No entanto, embora o maior representante do positivismo jurídico não o admitisse, tornou-se corrente, no discurso que compõe o senso comum teórico dos juristas¹⁴, o tratamento dessa relação tensa entre o pretensamente *objetivo* (a lei, objeto do conhecimento) e o *subjetivo* (o jurista, o sujeito cognoscente), a partir da absoluta separação das instâncias, sem qualquer admissão de interpenetração de uma esfera na outra. O *sujeito* do conhecimento, dotado de *racionalidade*, teria a capacidade de desvendar o sentido encoberto pelas normas, numa tarefa quase religiosa de desvendamento do sentido oculto dos textos. Daí os velhos jargões jurídicos da “vontade da lei”, do “sentido das normas”, os quais poderiam ser descobertos pelo jurista mediante um procedimento meramente técnico e neutro de avaliação do direito positivo.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 251.

10 CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: UNAM, 1989, p. 08 e seguinte: “La Teoría ‘pura’ no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica [...] Lo que estos kelsenistas ocultam es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen”.

11 Na medida em que o cientista do direito interpreta o texto normativo, também ele, como o aplicador do direito, atribui significados novos aos textos normativos, conforme seu momento histórico e toda a sua carga cultural, política, social, ideológica, psicológica, etc., criando também ele novas interpretações possíveis e realizando um papel político, de ampliação da moldura do possível em direito.

12 BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Op. cit., p. 167: “Por mais que Kelsen tenha reiterado o caráter científico da Teoria Pura do Direito e rechaçado toda interpretação ideológica, não se pode renunciar completamente a tentar captar o sentido de sua construção e de entender o porquê de certas teses por meio de suas opções políticas”. E arremata: “Não me resulta que o problema do poder na Teoria Pura do Direito tenha sido objeto de atenção especial por parte dos diversos estudiosos do pensamento kelseniano” (p. 142).

13 CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Op. cit., p. 28.

14 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 57 e ss.

De qualquer forma, pode-se concluir que, na filosofia política de Kelsen, representante maior do positivismo jurídico, se admitia: a) a natureza política do ordenamento jurídico, eis que fundado num poder constituinte originário, que como bem demonstra Bobbio, é uma questão de fato, não de direito, embora tenha tentado submeter, teoricamente, todo esse poder ao controle do próprio direito; b) a natureza política da atividade do aplicador do direito, encarregado da interpretação autêntica do ordenamento jurídico, fundada num ato discricionário de *vontade*, ou seja, de *escolha* diante das múltiplas opções que a moldura jurídica possibilita ao julgador; c) a irredutibilidade do ato de *decidir* a uma mera operação lógico-formal, eis que no ato de escolher uma das múltiplas opções que a moldura jurídica disponibiliza, incidiriam opções pessoais do julgador, acima de qualquer neutralidade, impossível nesta instância¹⁵.

3. A Interpretação Jurídica na Teoria dos Direitos Fundamentais

A obra que mais tem merecido atenção dos juristas brasileiros nos últimos tempos é a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy, sendo que diversos dos seus pressupostos teóricos (natureza dos direitos fundamentais como princípios, princípios como mandamentos de otimização, localização de regras e princípios no quadro maior da normatividade, necessidade de *ponderação* entre mandados de otimização na análise do caso concreto, etc.), já foram absorvidos pelo discurso jurídico constitucional pátrio.

Alexy parte do pressuposto de que sua obra estaria colocada nos marcos da superação do positivismo jurídico, permitindo a construção de pressupostos de análise jurídica mais adaptados ao moderno Estado democrático de Direito. O pressuposto filosófico para sua afirmação de superação do positivismo jurídico está centrado, conforme ele mesmo explica, na abertura que os Direitos Fundamentais teriam realizado do sistema jurídico ao sistema moral¹⁶, eis que os princípios que conformariam uma ordem constitucional poderiam ser identificados a *valores*, ou seja, a pressupostos de ordem *axiológica*: “princípios e valores são a mesma coisa, de um lado em uma roupagem deontológica e, de outro, em uma roupagem axiológica”¹⁷.

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 249: “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 29.

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 561.

Feita essa distinção inicial entre valores (nível do *bom* e do *desejável*) e princípios (nível normativo, do *dever-ser*), Alexy parte para a identificação entre ambos na Constituição alemã, pelo menos a partir da interpretação que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, daria aos seus dispositivos, na medida em que os valores escolhidos na Constituição se expressariam por intermédio de normas, portanto, com caráter de *dever-ser*:

Ainda que o Tribunal Constitucional Federal parta do pressuposto de que os “direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos”, ou seja de que eles são “direitos de defesa do cidadão contra o Estado”, ele acrescenta, na mesma decisão, que igualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiológicamente neutra, também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores.¹⁸

Essa “ordem objetiva de valores” expressa pela Constituição levaria a uma inevitável *hierarquia de valores*, no âmbito da qual o Poder Judiciário deveria atuar, mediante *sopesamentos*, ou seja, definições sobre quais valores deveriam prevalecer em cada caso concreto. Com isso Alexy dá razão a Kelsen de que o ordenamento jurídico seria uma moldura de decisões possíveis, rejeitando a tese de Dworkin da possibilidade de uma única decisão correta em direito¹⁹.

Mas, por outro lado, Alexy constata uma segunda ordem de problemas ligados a interpretação dos direitos fundamentais: além da necessidade de uma ponderação quanto à hierarquização de valores que deveriam prevalecer nos casos concretos, os direitos fundamentais seriam as estruturas jurídicas de menor densidade regulatória no Ordenamento Jurídico, em virtude da “abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais”²⁰, ou seja, da “ausência de conteúdos inequívocos” que permitiriam “conceitos maleáveis” ou até mesmo “fórmulas vazias” que admitiriam qualquer interpretação.

Alexy admite, no entanto, que a textura aberta dos direitos fundamentais não seria, por si só, uma explicação suficiente para a intensidade de controvérsias que esses direitos provocam na sociedade e perante o *Bundesverfassungsgericht*: “mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria”²¹. Ocorre que numa sociedade plural, marcada pela divisão em classes, segmentos e outros grupos de interesse, esse amplo consenso seria impossível: “mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado,

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 154.

19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 571-573.

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 26.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Idem, *ibidem*.

estará aberto o flanco para uma ampla disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais”²².

Ora, os direitos fundamentais regulam de uma forma extremamente lacônica questões bastante controversas acerca da constituição do Estado e da organização da sociedade, o que pode ser percebido quando se abordam conceitos de direitos fundamentais como a *dignidade*, a *liberdade*, a *igualdade* e a *democracia*, dentre outras formas vazias, carentes de conteúdo concreto sem que se recorra previamente a pré-compreensões políticas e ideológicas dos seus intérpretes: “Esses conceitos continuam a ser conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados, nas discussões ideológicas, como armas semânticas”²³.

Dessa forma, percebe-se que o grave problema que se colocaria para a efetivação dos direitos fundamentais a partir do próprio Estado (por meio de um Tribunal) seria *genético*, na medida em que a própria textura aberta dos direitos fundamentais (necessidade de recorrência à ciência política e à ideologia para complementação de seus conteúdos) e a possibilidade de colisão desses princípios no caso concreto, que demandaria uma *escolha de vontade* sobre a hierarquização de valores que deveriam prevalecer sobre outros, estaria indiciando uma tensão parálitica, um *lócus de ruptura*, onde aquilo que é torna-se o seu contrário para poder se revelar, emergir como algo definido no real, aquilo a que Giorgio Agamben se referia em seu *Estado de Exceção* como: “Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome política”²⁴, o que necessariamente passa por uma interpretação desconstrutiva da aura mística que envolve a obediência à lei, como queria Derrida: “Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico”²⁵.

Mas antes de adentrar na questão específica do sopesamento como método de interpretação proposto por aquele autor, há que considerar que o positivismo jurídico não foi superado na obra de Alexy, embora ele rejeite uma separação rígida entre direito e moral: essa admissão não é suficiente para afastar o positivismo jurídico. Ele não se caracteriza somente pela enunciação pura dos enunciados formulados pela ciência do direito, livres de influências de ordem moral, política, econômica ou sociológica. O positivismo jurídico se caracteriza, sobretudo, pela utilização de um método específico que se tornou, na

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Idem, *ibidem*.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 27.

24 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 133.

25 DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 26.

história do Direito no século XX, o *único* aceito pela comunidade jurídica internacional, tornando-se verdadeiro paradigma²⁶ de produção do senso comum teórico dos juristas.

A dogmática jurídica, marcada pela utilização incontestada do método lógico-abstracto ou técnico-jurídico parece ser o elemento principal de caracterização do positivismo jurídico, para além da admissão de que o direito não seria uma instância isolada (avaliativa) da totalidade social. E, nesse sentido, Alexy em momento algum nega a aplicação deste método em sua obra. Ao contrário, como em qualquer obra tradicional, o método dogmático (que constitui apenas uma das formas possíveis de se pensar o fenômeno jurídico) é confundido com a própria ciência do direito, num procedimento de superposição entre o que é a *espécie* e o que é o *gênero*.

Ora, despiendo afirmar que a ciência não pode ser confundida com um dos métodos que pode adotar em determinado momento histórico. A ciência é muito mais ampla que os métodos que surgem para fazê-la avançar. O método técnico-jurídico surge e se desenvolve principalmente a partir do século XIX, primeiramente com Savigny e depois com Ihering²⁷, consolidando-se no século XX e acaba por engolir a própria ciência do direito, na medida em que acaba se tornando o único método *aceito* pela comunidade jurídica tradicional. Não é incomum que os manuais de Direito façam afirmações do tipo: “a ciência do direito é a dogmática jurídica”, demonstrando absoluta confusão entre ciência e método, uma profunda absorção do segundo sobre o primeiro.

Alexy sustenta a correção desse método, propondo-se, inclusive, a construir uma dogmática dos direitos fundamentais que teria por função estabelecer parâmetros de racionalidade para a definição das decisões judiciais, eis que, como acima foi exposto, a Constituição Alemã teria realizado uma abertura dos seus princípios a uma ordem objetiva de valores, que precisariam ser sopesados em cada caso concreto, tornando o sistema mais instável, ou seja, menos seguro:

Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática [...]. É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como “dogmática jurídica” ou “ciência do direito” em sentido estrito e próprio [...]. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que

26 Utilizamos aqui o termo paradigma científico na acepção de KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, pp. 29 e 45, ou seja, entendida a ciência como um conjunto de pressupostos teórico-práticos aceitos ou consensuados pela comunidade científica como tal, até a sua superação por novo paradigma científico, com exclusão seletiva de outras hipóteses igualmente factíveis como sendo “sérias” ou dignas de atenção “oficial”.

27 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*. Op. cit., p. 45.

foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado.²⁸

Pela citação se vê que Alexy não só não nega o método lógico-abstrato, como afirma, textualmente, que ele seria o único método estritamente jurídico, bem como que sua teoria dos direitos fundamentais seria a tentativa dogmática de estabelecer parâmetros racionais para que os magistrados alemães pudessem sopesar (*decidir*) valores nos casos concretos a eles submetidos, num procedimento de apropriação da teoria da justiça (axiologia) pela decisão judicial²⁹.

Ora, o método adotado é determinante do tipo de ciência que se faz. O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo uma atividade *reprodutiva* do direito (*dedução* das normas gerais que sustentam o sistema de poder aos casos individuais), eis que explicitaria por meios puramente lógico-racionais o conteúdo das normas jurídicas previamente dadas aos casos particulares, configurando a interpretação/aplicação do direito como a tarefa principal do Estado-juiz³⁰.

É evidente que esse método oculta a própria natureza política da atividade do jurista prático, na medida em que faz parecer que a atividade de aplicação da lei seria apenas uma dedução lógica a partir do sistema legal e dentro dos quadrantes da moldura de possibilidades que o direito coloca (como se o julgador fosse um autômato que não participa daquilo que *faz*). É isso, mas não é só isso, na medida em que dentro da moldura de possibilidades, o juiz deveria, como acima exposto, *decidir*, ou seja, realizar uma *escolha*, a partir da sua *vontade*, do valor que deveria prevalecer no caso concreto, o que não configura uma operação jurídica estrito senso, mas uma operação típica da política:

A interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.³¹

O sopesamento, enquanto método de aplicação do direito ao caso concreto, encontrar-se-ia dentro desse paradigma metodológico. Verifica-se que ele, como procedimento

28 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 32-36.

29 Aqui, faço uma diferenciação: na medida em que o cientista do direito resolve absorver uma teoria de justiça no conteúdo da norma, como o faz Alexy na Alemanha e Miguel Reale no Brasil, com sua teoria tridimensional do direito, há uma apropriação do axiológico pelo dentológico, justificando uma pretensa natureza de justiça ínsita à norma jurídica: todo direito seria justo por ser direito! No caso do aplicador do direito, a decisão, de natureza política, é que se apropria do dentológico, escolhendo uma das suas direções possíveis. Logo, no mister do aplicador do direito, o que haveria seria uma apropriação da política sobre a axiologia, num procedimento ideológico de justificação da decisão como sábia, justa e boa.

30 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212.

31 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Op. cit., p. 237.

de interpretação que se coloca nos quadrantes do método dogmático, participaria ativamente da reprodução do direito nos marcos do positivismo jurídico, do qual não se libertaria por admitir a abertura do sistema jurídico ao sistema moral. Na realidade, perante este marco teórico, não parece ser o sistema moral que avança sobre o sistema jurídico, mas, ao contrário, parece ser o sistema jurídico que se apropria do sistema moral como forma de se (re)legitimar, “juspositivando” a moral e os valores de uma sociedade marcada pela hegemonia de um modo de produção político, social e econômico determinado e impondo esses valores a todos os integrantes da sociedade, para além de qualquer pluralismo social realmente existente.

O grave problema, que já havia sido apontado por Habermas, é que a abertura do sistema jurídico ao sistema moral, longe de democratizar o direito, pode torná-lo autoritário, na medida em que *valores* não são comungados por todos os membros do corpo social numa sociedade dividida em classes, segmentos, grupos de interesses, etc. O direito, pela sua estrutura deontológica, expõe aquilo que deve-ser, relativamente independente de valores sociais pré-concebidos, como expunha Habermas:

Princípios e regras não tem estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas – porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica.³²

A assim chamada *textura aberta das normas de direitos fundamentais* não seria, assim, um problema novo, mas um velho problema enfrentado por toda a ciência do direito e que parece ampliar as margens do poder discricionário de decidir, ocultando ainda mais o seu sentido político nos Estados de Direito atuais, mas tornando evidente, por outro lado, que o direito, enquanto instrumento ideológico de legitimação do poder de Estado encontra-se numa encruzilhada do qual não pode sair sem que admita explicitamente a sua realidade. Talvez a ciência do direito esteja se debatendo há anos no sentido errado: talvez a questão não seja buscar eliminar essa possibilidade discricionária, mas admiti-la em seu significado e natureza reais.

Então, poder-se-ia questionar: qual a vantagem do sopesamento de Alexy sobre a hermenêutica jus-positivista tradicional? Avança rumo a uma diminuição da margem política de manobra que o julgador possui no momento de aplicação da lei (questão da moldura, de Kelsen), otimizando a segurança jurídica? É legítimo que imponha valores aos cidadãos, a despeito de impor normas de dever-ser (mandamentos, proibições e permissões), escolhidas por intermédio de procedimentos minimamente democráticos, dentro dos limites dos Estados realmente existentes na atualidade?

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 01. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 259.

O sopesamento de valores de Alexy não resolve o problema da discricionariedade na aplicação da lei, nem pretende passar de uma teoria formal do direito para uma teoria material, que admitisse a possibilidade de uma solução correta em direito, como o fez Dworkin. Ora, a questão principal não estaria mais centrada na admissão, como o faz Kelsen, da natureza política da aplicação da lei pelo órgão julgador, diante das várias possibilidades que a moldura da lei disponibiliza à sua vontade? Será que o sopesamento não estaria realizando uma mistificação do processo de aplicação da norma que nem Kelsen admitiu realizar³³?

Por outro lado, ao mistificar o sopesamento como um processo de escolha de valores que deveriam preponderar no caso concreto, superpondo o caráter axiológico dos valores sobre o caráter deontológico das normas de direito, não estaria Alexy apenas ampliando as margens de escolha (discricionariedade) do órgão julgador, ou seja, suas opções políticas, agora disfarçadas de opções jurídico-constitucionais, o que teria o condão de aumentar ainda mais a insegurança do sistema de decisões?

Enfim, seriam os magistrados os órgãos políticos adequados para impor valores ao conjunto social, se bem se sabe que uma decisão, longe de ser um procedimento meramente lógico-racional de dedução do sistema no caso concreto, é antes uma atribuição de significantes pessoais, realizada por uma pessoa que não foi escolhida democraticamente para impor valores a sociedade? São perguntas que permanecem sem resposta na obra de Alexy, porque longe de superar o positivismo jurídico, ele permanece em seus quadrantes, apropriando-se da moral (ou seja, juridicizando-a, o que significa no fim torna-la direito positivo por meio dos princípios) para legitimar a aplicação do direito em certo sentido que seria dotado das qualidades da justiça e de bondade:

A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. Isso fica claro, de forma exemplar, a partir dos princípios da justiça formulados por Rawls, que nada mais são que uma tentativa de estabelecer uma relação entre a liberdade e a igualdade.³⁴

33 Kelsen admitia explicitamente que a neutralidade científica somente poderia ser alcançada pelo cientista do direito, não pelo aplicador do direito, que realizaria tarefa política, de escolha da solução a aplicar ao caso concreto, dentro das múltiplas possibilidades colocadas pela moldura do direito.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 544.

A tensão se tornaria máxima, na medida em que a pretensão de eficácia imediata dos direitos fundamentais (assim *axiologicamente* concebidos) às relações privadas ou marcadas pela horizontalidade deixaria de ser apenas a imposição de um dever-ser ao conjunto social (uma forma *mínima* de comportamento e convivência em sociedade), para passar a ser uma forma *orgânica* de pensar e agir em conformidade com um valor *oficial* de Estado, manifestado por intermédio do Poder Judiciário, num Estado pós-legislativo e pós-executivo: “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do Direito”³⁵.

4. Conclusões

Kelsen concebeu o direito como um sistema meramente formal de normas de dever-ser, na base das quais se encontra um poder constituinte originário. Na base deste sistema, estaria a *Grundnorm* que Bobbio, perspicazmente, identificou com a Revolução, um poder de fato que estabelece o direito válido numa época histórica, embora jamais Kelsen tenha podido admitir o caráter não jurídico desse poder. Dessa forma, a teoria *apolítica* de Kelsen representaria uma opção política por um sistema jurídico onde se estabelecem as regras do jogo, sem grandes ilusões quanto à sua capacidade de impor *um* (dos possíveis) conceito (s) de justiça em uma sociedade plural. Kelsen é claro ao rejeitar qualquer critério de justiça como fundamento do ordenamento jurídico, pelo menos no sistema da Teoria Pura do Direito.

Ora, a ideologia jurídica tenta operar processos de superposição do direito (terreno do deontológico) sobre a justiça (terreno do axiológico), com isso fazendo crer que *todo* o direito do Estado seria justo: “A função da ideologia consiste em fazer com que o *legal apareça para os homens como legítimo*, isto é, como justo e bom” (Marilena Chauí). Daí que as teorias da justiça acabem por ocultar o caráter real do direito em sua relação genética com o poder. Ora, na medida em que Kelsen identifica direito e Estado, politiza a discussão porque admite que no centro nevrálgico do ordenamento jurídico se encontra o poder, eliminando dele qualquer ilusão de justiça, escancarando, como dizia Bobbio, que *o direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos*.

O mesmo não acontece na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que ao estabelecer um sistema jurídico fundado sobre a concepção de princípios que cristalizam valores, acabaria por admitir a imposição de valores dominantes na lei a toda a sociedade, embora essa mesma sociedade seja plural e dotada ela mesma de uma multiplicidade de concepções diferenciadas sobre o conteúdo do justo.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Idem, ibidem.

Ora, em última instância, a concepção formal de Kelsen não nega o caráter de classe do Estado, nem tenta impor qualquer valor material de uma classe sobre a outra: limita-se a estabelecer as regras do jogo. Na medida em que Alexy admite um sistema de valores consagrado na Constituição e que poderia ser imposto (*cobrado*) a todos os cidadãos em suas relações privadas, este autor admitiria o aprofundamento do sistema de dominação ao se homogeneizar valores perante toda a sociedade.

Se os valores que se expressam no direito de uma época são os valores daqueles que possuem o poder de estabelecer a lei, eis que, embora as constituições modernas, como a brasileira, declarem uma pretensa soberania popular que se expressaria por intermédio dos instrumentos da democracia representativa, isso parece mais uma petição de princípios do que uma realidade efetiva, não seria um aprofundamento autoritário a imposição de valores ao conjunto social plural, ainda mais que se sabe que também os valores sociais que se embatem possuem profunda natureza assimétrica? Uma teoria *material* do direito e da constituição não seria somente do interesse daqueles que possuem efetivamente o poder de impor os seus valores aos demais membros da sociedade?

Nesse sentido e nos marcos do atual regime político e jurídico dominante nas sociedades ocidentais, a opção por uma *teoria formal* ou *material* do direito passa por uma autocompreensão do papel que o intérprete exerce no mundo em que se reproduz, e dos compromissos que ele assume perante essa realidade, configurando uma evidente escolha política que marcará o desenvolvimento de toda a sua concepção sobre o direito, o Estado e a sociedade. Para o jurista comprometido com a mudança, com a transformação das estruturas sociais, somente faz sentido uma teoria do direito e da constituição que conceba o direito como instrumento de definição dos procedimentos e limites das regras do jogo, dentro das quais se pode operar a disputa pelo poder social.

Concebido como moldura formal dentro da qual uma sociedade plural, porque marcada pela diferença de interesses, pode se manifestar sem ser absorvida pelos valores daqueles que podem impor seus valores, concebe-se um regime minimamente democrático, uma verdadeira *arena de disputa*. E, nesse particular aspecto, para além de qualquer ilusão sobre uma improvável neutralidade do jurista diante da realidade, o direito deve ser concebido como um espaço de *terra arrasada*, ou seja, o mais livre possível de ideologias oficiais.

Aquele espaço onde a ideologia da dominação é reduzida ao mínimo indispensável para a sua própria existência, mas dentro do qual qualquer concepção pode encontrar espaço para a disputa, embora se saiba que as decisões que encontram consistência são aquelas que se fundamentam nas relações reais de poder.

Ora, daí que os Estados de Direito do pós-guerra, em geral, tenham instituído tribunais constitucionais com a finalidade de fazer prevalecer, dentro da grande moldura de

possibilidades que o direito positivo estabelece as decisões possíveis que se sustentem nos fatores reais de poder, filtrando aquelas que, embora legítimas perante o Ordenamento Jurídico, não interessam oficialmente, como é explicitamente admitido por Alexy, quando afirma que, no terreno dos direitos fundamentais seria de se esperar uma luta de idéias sem fim e quase sem limites, acrescentando que se não é isso que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

5. Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: escorço e sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997, p. 91.
- CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: UNAM, 1989.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 01. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 02. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 181.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UNB, 1980.
- _____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MELO, Tarso de. *Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSO DEMOCRÁTICO: AS NOVIDADES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/2015) QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

MARIA CRISTINA ZAINAGHI

Doutora pela PUC/SP. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Universidade Nove de Julho. Email: criszainaghi@uol.com.br

MÔNICA BONETTI COUTO

Doutora pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Email: monicabonetticouto@yahoo.com.br

Resumo

A motivação das decisões judiciais é princípio inserto na Constituição Federal brasileira (art. 93, IX, da CF), sendo garantia inerente ao próprio Estado Democrático de Direito. Com o advento do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, ainda em *vacatio legis*), o tema sofreu importantes alterações: o diploma legal em alusão passa a especificar como o juiz deverá promover a motivação, a partir de critérios específicos. Desta feita, a motivação das decisões judiciais passa a ser garantida e realizada de forma mais coerente com o novo modelo de processo civil, democrático, além de se constituir em medida assecuratória do contraditório, da ampla defesa e do próprio devido processo legal. A preocupação do legislador infraconstitucional no trato do tema explicita o comprometimento, já há algum tempo preconizado pela doutrina, com a efetiva *realização* deste princípio.

Palavras-chave

Motivação; Decisões Judiciais; Processo Democrático; Fundamentação; Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Resumen

La motivación de las decisiones judiciales es insertar en el principio de la Constitución Federal brasileña, sin embargo con el advenimiento del nuevo código de Procedimiento

Civil, Ley nº 13.105 marzo de 2015, aún en *vacatio legis*, el tema sufrió cambios, porque la ley especificará cómo el juez debe promover la motivación, según criterios específicos. Así, la motivación de las sentencias será garantizada y celebrada más coherente con el nuevo modelo de proceso civil, democrático, además de ser una medida assecuratória del contradictorio, de amplia defensa y debido proceso legal. La preocupación del legislador respecto del tema explícito el compromiso, como durante algún tiempo enseñado por la doctrina, con la realización efectiva de este principio.

Palabras clave

Motivación; Decisiones judiciales; Proceso democrático; Nuevo código de Procedimiento Civil brasileño.

1. Introdução

O objetivo deste ensaio é o de examinar o princípio da motivação das decisões judiciais, com atenção especial para as importantes modificações introduzidas no tema pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro, recentemente promulgado (Lei 13.105/2015), e em cujo artigo 489 se visualiza, com clareza, a realização desse princípio sob a ótica de um (novo) sistema processual, efetivamente democrático e, por isso, muito mais legítimo.

Este estudo trabalha com a hipótese de que o novo texto – doravante designado de Novo Código de Processo Civil, ou apenas NCPC – incrementa, de maneira absolutamente oportuna e legítima, o princípio em questão, garantia que é de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Para atingir-se tal desiderato, o trabalho será dividido em três itens ou seções. De início, procurar-se-á delimitar o significado do princípio da motivação das decisões judiciais, passando-se os olhos, ainda que de maneira breve, pela evolução do tema em nosso ordenamento jurídico, bem como pela relevância de referido princípio nos ordenamentos europeus, com ênfase para o direito espanhol. No segundo item, analisar-se-ão as novas tendências que preconizam uma mudança de paradigma na análise e aplicação das regras de direito processual civil, mais afinadas com o modelo constitucional de processo e o processo democrático. Por fim, será analisada a regulamentação que o tema recebeu em nível infraconstitucional, mais especificamente no extenso rol dos incisos do art. 489 do Novo CPC.

Baseada no método bibliográfico e, quanto à abordagem, indutivo, a presente pesquisa é encerrada por sucintas conclusões parciais, em função do quanto foi examinado ao longo do estudo realizado.

2. Motivação das Decisões Judiciais: Significado e Evolução

A motivação das decisões judiciais pode ser compreendida como o postulado que exige que todas as decisões devam ter a explicitação das razões jurídicas que conduziram

o julgador àquele entendimento, pois assim, permitir-se-á à parte bem realizar o contraditório, e inclusive, permitindo-se analisar o interesse e necessidade de se recorrer contra aquela específica decisão, esse mesmo postulado da motivação das decisões judiciais acaba por realizar também os princípios da ampla defesa, do duplo grau e do devido processo legal.

Por isso é que se afirma, com absoluta razão e propriedade, que a motivação é assecuratória de diversos outros princípios, bem como é garantia interente ao próprio Estado de Direito. Nos dizeres de Liebman:

(...) tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos ajuízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio... (omissis)... Para o direito é irrelevante conhecer dos mecanismos psicológicos que, às vezes, permitem ao juiz chegar às decisões. O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicas e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente. (LIEBMAN, 1980, p. 120)

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Streck, a fundamentação das decisões judiciais constitui importante limite à arbitrariedade judicial: “não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei” – dizem, – “caindo por terra o antigo aforisma de que ‘sentença vem de *sentire*’, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência”. (MENDES e STRECK, 2014, p. 1.324)

Neste sentido Canotilho ensina, com lições válidas inteiramente para o sistema brasileiro:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais (CRP, art. 205.º/1) ou da “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.”(CANOTILHO, 2000, p. 651)

A exigência da motivação das decisões judiciais ostenta, a um só tempo, dupla função: de um lado, é um instrumento técnico processual permitindo o adequado exercício do direito de defesa e de controle das instâncias superiores; de outro, ostenta também relevantíssima função política, constituindo um fator de racionalidade das decisões judiciais,

garantindo que a decisão não será resultado de mero capricho ou de arbitrariedade do juiz (TARUFO, 2006, p. 332).

Atualmente identificam-se diversos questionamentos quanto a aspectos práticos relacionados à motivação, pois se considera a decisão imotivada nula, da mesma maneira que se há de considerar nula a decisão cuja motivação é insuficiente.

Todavia a motivação sucinta pode ser aceita, como consta da decisão do Supremo Tribunal Federal em ARE 811691¹, que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 24/06/2014.

Surge aqui o problema: quando, afinal, há de ser entendida a motivação como *suficiente*?

O Supremo Tribunal Federal, na Súmula 284, consolidou o entendimento no seguinte enunciado: *é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

Ora, a Súmula acima referida de certa maneira especifica o que deve conter na motivação, porém certamente esse posicionamento acaba deixando a fundamentação com um critério subjetivo bastante discutível e, de difícil compreensão, pois, por exemplo, entendeu o Supremo em diversas decisões (como por exemplo, ARE 742212², relator Ministro

1 Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA. SUFICIÊNCIA DA INDICAÇÃO CLARA DAS RAZÕES DE CONVENCIMENTO. NECESSIDADE DE EXAME PRÉVIO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PARA VERIFICAR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTAS VARIADAS. SELETIVIDADE. CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DA MERCADORIA TRIBUTADA. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA INDIRETA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. II – Inviável o recurso extraordinário por ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, se, para concluir nesse sentido, for necessário o exame prévio de normas infraconstitucionais. III – Acórdão que determina a incidência de alíquota mais baixa de ICMS não por considerar a alíquota superior inconstitucional com base no princípio da seletividade, mas por concluir que a classificação dada pelo Fisco à mercadoria estava incorreta, a partir das provas e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inviável o recurso extraordinário, tendo em vista a Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 811691 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

2 Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA. SUFICIÊNCIA DA INDICAÇÃO CLARA DAS RAZÕES DE CONVENCIMENTO. NECESSIDADE DE EXAME PRÉVIO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PARA VERIFICAR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA

DIAS TOFFOLI, julgado em 02/09/2014) que fundamentar com base em motivações dos próprios autos (motivação *per relatione*) consubstancia fundamentação válida.

Da mesma maneira em diversas oportunidades os Tribunais brasileiros entenderam que a motivação concisa, por si só, não torna a decisão nula, a exemplo do quanto se decidiu no Agravo Regimental 811691, de que foi relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 24/06/2014³. Neste sentido, aliás, estabelece o art. 459, do Código de Processo Civil brasileiro, parte final, que “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.” Em complemento, deve-se referir o art. 165, do atual CPC, onde se lê que “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; *as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.*” (grifamos)

E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTAS VARIADAS. SELETIVIDADE. CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DA MERCADORIA TRIBUTADA. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. II – Inviável o recurso extraordinário por ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, se, para concluir nesse sentido, for necessário o exame prévio de normas infraconstitucionais. III – Acórdão que determina a incidência de alíquota mais baixa de ICMS não por considerar a alíquota superior inconstitucional com base no princípio da seletividade, mas por concluir que a classificação dada pelo Fisco à mercadoria estava incorreta, a partir das provas e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inviável o recurso extraordinário, tendo em vista a Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 811691 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

- 3 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA. SUFICIÊNCIA DA INDICAÇÃO CLARA DAS RAZÕES DE CONVENCIMENTO. NECESSIDADE DE EXAME PRÉVIO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PARA VERIFICAR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTAS VARIADAS. SELETIVIDADE. CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DA MERCADORIA TRIBUTADA. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. II – Inviável o recurso extraordinário por ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, se, para concluir nesse sentido, for necessário o exame prévio de normas infraconstitucionais. III – Acórdão que determina a incidência de alíquota mais baixa de ICMS não por considerar a alíquota superior inconstitucional com base no princípio da seletividade, mas por concluir que a classificação dada pelo Fisco à mercadoria estava incorreta, a partir das provas e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inviável o recurso extraordinário, tendo em vista a Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 811691 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

A bem da verdade, o que se constata é que a possibilidade – comumente aceita – da concisão nas decisões judiciais como um todo (e não apenas nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, situação autorizada pelo art. 459 do CPC em vigor), traduziu, na prática, na multiplicação de decisões que são mera reproduções genéricas de outras, ou até, de tão reduzidas, que resultam despidas de motivação.

A fim de reparar esses problemas, o novo Código de Processo Civil passou a disciplinar a matéria, especificando e detalhando a aplicação e melhor realização de dito princípio constitucional, como se verá mais adiante (item 2, *infra*).

2.1. Breve Histórico da Previsão Legislativa e Constitucional

A motivação foi surgindo de forma esparsa ao longo dos anos em diversos ordenamentos jurídicos, começando na França, para posteriormente influenciar essa necessidade no ordenamento italiano e espanhol.

A exigência de motivação está presente nas disposições do Pacto de San Juan da Costa Rica, mais precisamente em seu artigo 66, 1⁴.

Neste sentido, aliás, pode-se dizer que de uma maneira geral a motivação está inserta e presente nos ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais de diversos países da *civil Law* (TARUFO, 2006, p. 332), não encontrando paradigma, porém, nos países afetos à *common law*.

A Constituição Federal brasileira de 1988 passou a prever expressamente a motivação em seu artigo 93, IX e X⁵, passando a determinar que a decisão judicial deverá ser motivada, sob pena de nulidade.⁶

4 Seção 3 — Procedimento
Artigo 66

1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.

2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

5 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)”

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

“X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.”

6 Até então, o regramento da motivação constava apenas da legislação processual ordinária (Cf. TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 78).

A assunção da motivação das decisões judiciais nas Constituições mais modernas, aliás, assenta-se na ideia de sua inserção na órbita dos direitos fundamentais (TUCCI & CRUZ e TUCCI, 1989, p. 76).⁷

Notemos a importância do tema, pois a falta de motivação ocasionará a nulidade do ato processual proferido. No que nos interessa, vale referir o quanto consta do inc. IX, do citado art. 93: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicas, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;...”

Em complemento ao texto constitucional, o art. 458 do vigente CPC reza que:

São requisitos essenciais da sentença: I- o relatório, que conterá os nomes das partes, a summa do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeteram.

É de observar que a desatenção aos comandos acima induz a nulidade da decisão judicial, como estabelece o próprio texto constitucional anteriormente referido.

Historicamente, nas Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título LXVI, parágrafo 7, temos a previsão de que o julgador motive a sentença para que as partes vejam se convém apelar:

7. E para as partes saberem se lhes convém appellar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas (2), assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) tratou do tema no parágrafo único do artigo 118⁸, onde já previa a

7 Ainda que, ao fazer a sua inserção na Constituição de 1988, o constituinte não o tenha inserido dentre os *Direitos e Garantias Fundamentais*, situando-os nas Disposições gerais (Seção I) relativa ao Poder Judiciário (Cap. III) da Organização dos Poderes (Título IV). Temos para nós que tal fato, porém, não desnatura a natureza (*fundamental*) de dito direito.

8 Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar

motivação. Repete a exigência em seu artigo 280⁹, que ao apresentar os requisitos da sentença, prevê a necessidade de fundamentação.

Notemos que o mesmo se repetiu no Código de Processo Civil brasileiro em vigor (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), em cujo artigo 458¹⁰ repete-se, praticamente, os comandos do artigo 280 do Código de Processo Civil de 1939, acima referido. Outros dispositivos do vigente Código de Processo Civil brasileiro tratam da motivação, como os artigos 131¹¹ e 165¹².

2.2. A Motivação no Direito Espanhol

Fazendo um estudo superficial sobre o direito espanhol, verificamos que a motivação também é requisito constitucional, tal como consta do artigo 120, 3¹³, da Constituição espanhola, que assevera sobre a matéria.

De acordo com o que estabelece referido diploma, as sentenças deverão de ser sempre motivadas. Vale referir, a propósito, a Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial espanhol, em cujo artigo 245¹⁴ define-se sentença como o ato que resolve

determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

- 9 Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.
- 10 Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.
- 11 “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”
- 12 “Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”
- 13 “Artigo 120. 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”
- 14 “Artículo 245.
 1. Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:
 - a) Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.
 - b) Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma.
 - c) Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma.
 2. Las sentencias pondrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la ley.
 3. Son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley.

a demanda em qualquer instância ou recurso, ou quando, segundo as leis processuais, devam revestir tal forma.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, encontram-se importantes julgados consagrando a importância da motivação como integrante da própria garantia da tutela jurisdiccional efetiva. Em interessante passagem, consta da sentença de n. 55/1987, datada de 13 de mayo de 1987, proferida pelo Tribunal Constitucional:

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que la tutela judicial efectiva, que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se satisface primordialmente mediante una Sentencia de fondo, que resuelva las pretensiones controvertidas y que se encuentre jurídicamente fundada, lo que es aplicable, en línea de principio, tanto a la primera instancia de un proceso como a la segunda cuando ésta exista. Los términos en que se encuentra concebido el art. 24 de la Constitución han de entenderse integrados, en este sentido, con lo que dispone el art. 120 de la propia Constitución que exige la motivación de las Sentencias. [...] La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las Sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

Nessa mesma linha, explicitando o conteúdo da motivação, decidiu o Tribunal Supremo, na sentença de núm. 567/2011 de 2 junio de 2011, ao decidir o Recurso de Casación núm. 1195//2010:

- 1ª) De un lado es un valladar contra la arbitrariedad judicial aunque venga arropada del lenguaje forense, arbitrariedad que deja de serlo para convertirse en juicio razonado y razonable si se expresan los razonamientos y valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo.
- 2ª) En segundo lugar la fundamentación actúa como medio de incre-

4. Llamase ejecutoria el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme. Las ejecutorias se encabezarán en nombre del Rey.

mentar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de vencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, (...) 3ª) Finalmente, y en tercer lugar, la fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la Apelación o de la Casación, pues tanto en uno como en otro caso esa falta de fundamentación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación si la sentencia carece de fundamentación (...).

3. O Dever de Fundamentar, o Modelo de Processo *Democrático* e os Avanços do NCPC quanto ao Tema

O princípio da motivação, como já vimos, é inerente a própria existência da Justiça, representando uma garantia – ou, como preferem Gilmar Ferreira Mendes e Lênio L. Streck, um autêntico *dever fundamental* (MENDES & STRECK, 2014, p. 1.324) - cuja falta enseja a nulidade da sentença. É, aliás, uma preocupação histórica, pois contrapõe o arbítrio do juiz à razão, como asseverou Liebman, que escreveu:

A história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz, e fazer como que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão. Antes de tudo, há a lei, naturalmente. Mas não basta. Porque é exatamente a lei que, de forma cada vez mais penetrante, querque o magistrado ao realizar as diversas tarefas de ordem material e intelectual a ele confiadas, tenha um comportamento racional, equilibrado, de acordo com a lógica natural, compreensível e convincente, para que esteja interessado nas peculiaridades do caso ou as observe com atenção. (LIEBMAN, p. 83).

Na atualidade, a preocupação com uma maior *racionalidade* na interpretação da lei e na aplicação *do direito* pelo juiz, nos casos concretos postos a julgamento pelas partes, diante do Poder Judiciário, revela-se notável.

De fato, o paradigma do Estado Democrático de Direito e o preconizado *modelo constitucional de processo* impõem essa conclusão. Não seria possível pudesse o juiz decidir sem ‘explicar’ as razões de suas ‘escolha’ por um fundamento trazido pelo autor ou pelo réu e não por outro, ficando, assim, acima de qualquer controle pelas partes e, em última análise, da própria sociedade.

Em realidade, a compreensão (recorrente) de que *qualquer motivação* apresentada seria hábil a cumprir a garantia constitucional conduziu a diversos problemas, das mais

variadas ordens, sobretudo o de deixar as partes ao *arbitrio* do juiz. Neste sentido, são as lições de Maurício Ramires:

é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso ‘tal ou qual norma legal’. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão..... Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a um discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente. (RAMIRES, 2010, pp. 41-42).

Neste ambiente, acima brevemente desenhado, a minudente regulamentação dada ao tema pelo Novo Código de Processo Civil é merecedora de aplausos.

No referido diploma a motivação aparece, primeiramente, no artigo 11¹⁵, prevendo a necessidade da fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

O artigo 371¹⁶ do NCPC também trata da motivação, desta feita no tocante interpretação das questões probatórias, asseverando a necessidade do juiz em justificar seu entendimento.

O assunto é, porém, alvo de disciplina específica no artigo 489¹⁷ do NCPC, dispositivo este que protagonizou um pedido que órgãos representantes dos juízes, que

15 “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.”

16 “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

17 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

solicitavam o seu veto. Em contrapartida os órgãos representantes dos advogados, defendiam sua manutenção.

O artigo 489 em alusão indica que os elementos essenciais da sentença são relatório, fundamentos e dispositivo. Desta forma, a não ser pela nomenclatura, observa-se que não inovação quanto aos “requisitos essenciais” do Código de Processo Civil de 1973.

As disposições deste artigo não são aplicáveis somente às sentenças, visto que o parágrafo 1º prevê: “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. Sendo assim, a palavra sentença é empregada neste artigo como uma espécie de sinônimo que abarca toda decisão jurisdicional. (BUENO, 2015, p. 325).

Os seis incisos do parágrafo 1º preveem hipóteses nas quais a decisão judicial não é (ou não está) fundamentada. De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, o rol é exemplificativo e a ocorrência de qualquer uma destas hipóteses, consideradas auto-explicativas, ou de qualquer outra que denote semelhante *defasagem*, pode ensejar a nulidade da decisão em questão. (CUNHA, 2015, p.1232)

No artigo em comento se especifica, claramente, como deverá ser a fundamentação da sentença, explicitando que havendo indicação de ato normativo, deve o julgador demonstrar a relação da citação e o caso em concreto.

Na hipótese de citação de conceitos jurídicos indeterminados, deverá o julgador explicar os conceitos; invocando-se Precedente ou Súmula, deve-se demonstrar a relação deste com o caso em conflito.

Outros pontos considerados como não fundamentados dizem respeito à hipótese de o juiz deixar de analisar um fundamento ou argumento arguido por uma das partes, ou ainda, julgar em desacordo com precedente ou Súmula.

Notemos que agora temos pontos claros no Novo Código de Processo Civil, que nos levará, por exemplo, a entender que a motivação *per relatione* será considerada ausência de fundamentação, por exemplo.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

O parágrafo 2º do mesmo art. 489 dispõe que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Por isso, o magistrado deve incluir também na fundamentação da decisão, sob pena de nulidade, as justificativas pelas quais optou por aplicar determinada solução ao eventual conflito entre normas jurídicas, sejam princípios ou regras, explicando “a razão da utilização de determinado princípio em detrimento de outro, a capacidade de ponderação das normas envolvidas, os critérios gerais empregados para definir o peso e a prevalência de uma norma sobre a outra e a relação existente entre esses critérios, o procedimento e o método que serviram de base avaliação e comprovação do grau de promoção de uma norma e o grau de restrição da outra, bem como os fatos considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.” (CUNHA, 2015, pp.1236-1237)

Por fim, o parágrafo 3º, do artigo 489, estabelece que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Com efeito, a decisão deve ser entendida em seu conjunto, “como um todo, aplicando-se a técnica da interpretação sistemática para a compreensão do quanto tenha sido decidido”, permitindo a identificação dos limites da lide e sua solução, assim como a extração da “norma jurídica concreta, individualizada, que resolve o caso.” (CUNHA, 2015, p.1236)

4. Conclusões

Neste trabalho, ainda que de maneira sucinta, verificamos a motivação e sua importância nos ordenamentos brasileiro e espanhol, como um assecuratório do próprio devido processo legal.

Verificamos, igualmente, que a exigência da motivação das decisões judiciais ostenta dupla função: de um lado, é um instrumento técnico processual permitindo o adequado exercício do direito de defesa e de controle das instâncias superiores; de outro, ostenta também importante função política, na medida em que é instrumento de controle da racionalidade das decisões judiciais.

Pode-se dizer, igualmente, por tudo o que foi visto, que a garantia da motivação é uma exigência de um Estado *Democrático de Direito*, encontrando guarida nos textos constitucionais do Brasil e de diversos países das famílias da *civil Law*.

Constatamos, de igual forma, que a possibilidade – correntemente aceita – da concisão nas decisões judiciais traduziu, na prática, na multiplicação de decisões que são

mera reproduções genéricas de outras, ou até, de tão reduzidas, que resultam despidas de motivação. Em realidade, a compreensão (igualmente recorrente) de que *qualquer motivação* apresentada seria hábil a cumprir a garantia constitucional conduziu a diversos problemas, das mais variadas ordens, sobretudo o de deixar as partes ao *arbitrio* do juiz.

Conquanto fosse óbvia a necessidade de a disciplina que o assunto recebeu no Novo CPC, especificando e detalhando a aplicação e melhor realização de dito princípio constitucional albergado no art. 93, IX, CF, é merecedora de aplausos.

Neste sentido, a importância das alterações advindas com o Novo Código de Processo Civil no tema é inescandível e assegurará a necessária transparência da decisão, levando *a sério*, agora, o imperativo constitucional (art. 93, IX, CF).

5. Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 2ª. Série, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm, [Acesso em 10 de março de 2015].
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 12. ed. Editora Atlas: São Paulo. 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Editora Almedina:Coimbra. 2000.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo* 81, São Paulo: RT, 1996.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Seção II. Dos elementos e dos efeitos da sentença* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. pp.1227-1237.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbitrio a razão - reflexões sobre motivação da sentença. *Revista de Processo* n. 29, São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Editora Forense: Rio de Janeiro. 1945.
- NOJIRI, Sergio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2a. ed. São Paulo: RT, 2000.
- PORTUGAL. Ordenações Filipinas. <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p669.htm>, [Acesso em 10 de março de 2015].

- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TARUFFO, MICHELE; *La Motivación de la Sentencia Civil*. Trad. de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto *et all. Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Gen-: Forense, 2015.
- TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

PROCESSO JUDICIAL, TRIBUTAÇÃO E CONCORRÊNCIA: A COISA JULGADA E SUA RESCISÃO NO NOVO CPC

ROGERIO MOLLIÇA

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Pós-Doutorando pela Universidade de Marília.

JONATHAN BARROS VITA

Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Docente e Coordenador do Programa de Mestrado da Universidade de Marília.

Resumo

A maior ênfase aos precedentes vinculantes implica criação de modos eficazes de revisão de decisões que transitaram em julgado antes da pacificação do entendimento pelos Tribunais Superiores. Passado o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento de Ação Rescisória, surgem dúvidas se seria possível a revisão dessas decisões contrárias, nos termos do previsto no artigo 505, I, do novo Código de Processo Civil (CPC). Alternativamente, o Novo Código de processo Civil buscou resolver o problema ao prever que um novo prazo para o ajuizamento de Ação Rescisória no caso da decisão transitada em julgado for contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. A questão se mostra muito atual no âmbito tributário com a edição do Parecer Normativo nº 492/2011 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que prevê o afastamento automático das decisões transitadas em julgado e que forem contrárias aos paradigmas dos Tribunais Superiores. A revisão da decisão transitada em julgado também pode ser importante para a manutenção da concorrência no mercado, pois se somente uma empresa possuir uma decisão que a isente do pagamento de determinado imposto, esta empresa terá uma vantagem muito grande frente aos seus concorrentes e acabaria criando um desequilíbrio no mercado.

Palavras-chave

Coisa Julgada; Tributação; Novo Código de Processo Civil; Direito Concorrencial.

Abstract

The emphasis on binding legal precedents imposes the creation of efficient ways to review decisions that are res iudicata before the pacification of the jurisprudence by the

Superior Courts. Being elapsed the term of two years for the rescinding action, there are doubts about the revision of those contrary to the jurisprudence decisions on the terms of article 505, I of the new Code of Civil Procedure (BCCP). Alternatively, the New Code of Civil Procedure aimed to solve the problem, with a new term to fill the Rescissory Action, in the case of *res iudicata* were contrary to the understanding of the Supreme Court. This problem is very current on the taxation realm with the edition of the Normative Opinion n. 492/2011 of the General Attorneys Office for Fiscal Affairs, which foresees the automatic set aside of the *res iudicata* that were contrary to the understanding of the Supreme Court. The revision of this *res iudicata* maybe also important to the maintenance of the competition of a free market, as if only a company possesses a decision that exempts it of the payment of a specific tax, this company will have a great advantage in face of its competitors and this would create disequilibrium in the market.

Key words

Res Judicata; Taxation; New Code of Civil Procedure; Competition Law.

1. Introdução

Contextualizando o problema estudado, tem-se um Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Um novo ordenamento que foi concebido para tentar dar maior celeridade aos processos. O Novo Código tem como um dos seus alicerces o respeito aos precedentes, pretendendo dar mais segurança e previsibilidade aos litigantes.

Logo, ocorreu uma nítida aproximação do nosso sistema aos dos países que adotam o *common law*, informados pelo princípio do *stare decisis*, que prega o respeito aos julgados anteriores, amplificando o princípio constitucional da segurança jurídica.

O núcleo deste estudo, portanto, lida com as aproximações e distanciamentos entre direito processual, direito tributário e direito concorrencial, tendo como objetivos centrais estabelecer um diálogo entre estes subsistemas, além de determinar como os princípios deles podem ser harmonizados/ponderados, evitando que uma decisão judicial tenha impactos permanentes no sistema e prejudique todos os outros participantes.

Estabelecendo o pano de fundo histórico da controvérsia, a Constituição Federal e o Código de Processo Civil vieram sendo modificados no decorrer dos anos para que se pudesse ter um maior respeito aos julgados das Cortes Superiores, com a introdução, por exemplo, da Súmula Vinculante e do julgamento por amostragem dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. Entretanto, com a aprovação do novo código é que realmente ter-se-á todo um sistema fincado no respeito aos precedentes, apesar do fato que, como será visto, não houve modificação substancial no direito positivo relativo a espécie.

Com um novo ordenamento calcado no julgamento de paradigmas que serão aplicados a todos os outros processos que versem sobre a mesma tese, e que visam a uniformizar

os julgamentos, evita-se que se tenham decisões conflitantes. Entretanto, surge o problema de como se tratar os julgados que por um motivo ou por outro acabam se afastando desse entendimento padronizado e transitam em julgado.

De fato, a eternização de um julgado não convergente com o entendimento atual dos Tribunais Superiores pode gerar graves problemas concorrenciais, afetando os princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa, pois somente um dos competidores pode ficar obrigado ao pagamento de um tributo enquanto todos os outros não estão ou vice e versa.

Prosegue-se com a investigação de como os instrumentos de relativização da coisa julgada podem ser utilizados para corrigir eventuais distorções concorrenciais criadas, tendo especial foco nas ações rescisórias e no artigo 505, I do novo CPC (reprodução fiel do artigo 471 do antigo CPC), contrapondo estes institutos às teses do Parecer Normativo nº 492/2011 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o qual é analisado pormenorizadamente no estudo empreendido.

Na sequência é feita a análise do Novo Código de Processo Civil e de que forma o novo ordenamento procurou resolver o problema objeto do estudo.

Finalmente, a abordagem deste trabalho parte do método empírico-dialético, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e será empreendida para lidar com tema de tão grande importância para o sistema jurídico brasileiro, tendo como pano de fundo um sistema de referência que compatibiliza o giro linguístico, representado através do Constructivismo Lógico-Semântico de Barros Carvalho¹, a Teoria dos Sistemas de Luhmann² e o Law and Economics de Posner³ e ⁴.

2. Os Precedentes, a Coisa Julgada e sua Superação pelos Novos Entendimentos dos Tribunais Superiores

2.1. O Novo Ordenamento Processual Brasileiro e o Respeito aos Precedentes Judiciais

Aparte as grandes mudanças sofridas pelo sistema judicial brasileiro com a EC 45, em 16 de março de 2015 foi sancionado o novo Código de Processo Civil, visando à

1 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método. 2ª edição.** São Paulo: Noeses, 2008.

2 LUHMANN, Niklas. **Law as a social system.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

3 Para um apanhado geral sobre *Law and Economics*: ROEMER, Andrés. **Derecho y economía: una revisión de la literatura.** Cidade do México: ITAM, 2000.

4 Já na doutrina brasileira, como autores que trabalham com este sistema de referência, mais especificamente voltado ao direito (tributário) brasileiro, entre outros: CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação.** São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005; CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; e SCHOUBERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2011.

obtenção de um processo mais célere e efetivo. Para tanto, o novo ordenamento prevê o respeito aos precedentes, isto é, afastou-se um dos pilares do nosso processo civil, que seria o livre convencimento do juiz para decidir as causas. Com a entrada em vigor do novo código, os juízes deverão respeitar o entendimento dos Tribunais Superiores e não serão mais livres para decidir a causa segundo o seu livre convencimento.

Parece fazer sentido tal previsão, pois se o juiz decide de forma contrária ao entendimento pacificado dos tribunais superiores, a parte tem de percorrer um longo e penoso caminho para tentar reverter tal decisão nos Tribunais Superiores.

Dadas todas as dificuldades no manejo dos Recursos Extraordinário e Especial⁵ e de todas as armadilhas que são impostas aos recorrentes pela jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, é muito comum que se tenham decisões transitando em julgado com entendimentos completamente díspares dos pacificados nos Tribunais Superiores.

Deste modo, a necessidade de que os juízes apliquem os entendimentos consolidados dos Tribunais Superiores, trará maior segurança e previsibilidade aos processos.

2.2. A Coisa Julgada e os Novos Entendimentos dos Tribunais Superiores

A Coisa julgada é um princípio norteador do Estado Democrático de Direito e está inserida no artigo 5º da Constituição Federal, precisamente em seu inciso XXXVI, que dispõe que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁶.

5 Para o Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo, Alexandre de Moraes, “Não é possível, nem razoável, que o ordenamento jurídico possa conviver com decisões absolutamente díspares na interpretação da Constituição ou de lei. (...) Criticar a questão de uma única interpretação da lei, de súmula vinculante ou de efeitos vinculantes na jurisdição constitucional, dizer que isso vai ferir a independência dos juízes, é algo que não existe no resto do mundo; não é uma crítica séria pois o juiz tem total independência para julgar todos os fatos, todas as provas, é ele quem vai dizer qual lei se aplica. Porém, quando ele diz “se aplica esse artigo da Constituição” ou “se aplica esse artigo da legislação”, tal lei só pode ter uma interpretação. A Constituição não pode valer de uma forma para uns, de outra forma para outros, e isso ela própria já prevê. Como se pode dizer que isso garante a segurança jurídica e o princípio da igualdade? Ah, mas vai até o STJ, e depois vai fixar um único posicionamento”. Só 2% dos casos chegam ao STJ, seja pela falta de acesso à Justiça, seja porque não há pré-questionamento, mas não se chega aos Tribunais Superiores. Então, onde está o princípio da igualdade? Se você tem um advogado melhor, você chega, se você não tem, você não chega, só que a lei deve ter uma única interpretação.” (MORAES, Alexandre de. “O Papel das Cortes Superiores. Harmonização do Direito na Globalização”, in *Encontro Brasil – Espanha: A Reforma Processual*, coord. Cláudio Lembo, São Paulo, Minha Editora, Brasília, Instituto Tancredo Neves, 2006, p. 73/74).

6 Segundo Nelson Nery Júnior: “Sua proteção não está apenas na CF, art. 5º, XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da república (CF, art. 1º). O Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental – CF, art. 5º, XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser abolidas nem por emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, I e IV), porquanto

A confrontação entre a decisão transitada em julgado e a posterior edição de precedente em sentido contrário vem sendo muito verificada no âmbito do Direito Tributário. É muito comum um Contribuinte conseguir uma decisão transitada em julgado o desonerando do pagamento de um tributo e futuramente os Tribunais Superiores pacificarem o entendimento de que tal tributo seria devido.

Dificuldade maior surge se a pacificação no entendimento somente ocorreu após decorrido o prazo para o ajuizamento de Ação Rescisória. Neste caso o sistema poderá prestigiar a segurança ao estabelecer que a decisão não pode ser alterada, mesmo no caso de ser contrária ao entendimento recém pacificado pelos Tribunais Superiores. Por outro lado, o sistema pode privilegiar a isonomia e a uniformidade na aplicação do precedente, prevendo que ele deve ser aplicado a todos os casos, independentemente da existência do trânsito em julgado, a partir da sua edição.

De outro lado, um distinto dispositivo legal possibilitaria a revisão das decisões transitadas em julgado que possuam efeitos continuativos ou que abarquem relações que se repetem no tempo, este seria o artigo 471, I, do antigo Código de Processo Civil⁷, o qual foi meramente reiterado no novo CPC em seu artigo 505.⁸

De fato, tal dispositivo prevê que nos casos de relação jurídica continuativa, como normalmente ocorre nos casos tributários, o juiz só poderá decidir questões já anteriormente decididas se ocorrer uma modificação no estado de fato ou de direito.

Portanto, para os defensores da revisão das decisões transitadas em julgado, a consolidação do entendimento do Tribunal Superior em sentido contrário geraria uma modificação no estado de fato ou de direito, possibilitando a revisão da decisão transitada em julgado.

bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior.” (NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: RT, 2004, p. 511). Já para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria: “A Constituição Federal de 1988, ao contrário da Portuguesa, não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si. Muito menos quanto aos aspectos envolvendo a sua inconstitucionalidade. Apenas alude à coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; e FARIA, Juliana Cordeiro. “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado”, in *Relativização da coisa julgada*, Fredie Didier Júnior org, Salvador, Jus Podivm, 2006, p. 167).

- 7 Art. 471 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.
II - nos demais casos prescritos em lei.
- 8 Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.

Igualmente, sempre que se fala em relações jurídicas continuativas, se evoca a Súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal que prevê que “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.⁹

Parece claro que caso se esteja diante uma sentença declaratória que julgue inconstitucional um tributo e não ocorrendo qualquer alteração fática ou jurídica, essa sentença não pode ser restrita somente ao ano em que a ação foi ajuizada.¹⁰

De outra parte, os defensores da manutenção da decisão anteriormente proferida lembram que em nosso ordenamento atual a coisa julgada é um instituto dos mais respeitados e só pode ser afastado por meio do ajuizamento de Ação Rescisória, dentro do prazo decadencial de até dois anos após o trânsito em julgado. Os requisitos para o seu ajuizamento são bastante rígidos, já que a rescisão de um julgado transitado em julgado é uma exceção e deve ser evitada.

Para fazer frente a casos mais teratológicos, a doutrina e a jurisprudência acabaram por criar a figura da relativização da coisa julgada, que surgiu inicialmente para afastar injustiças em casos de reconhecimento paternidade, nos quais modernos exames inexistentes à época do trânsito em julgado atestavam resultados diferentes dos que os obtidos nos autos. Posteriormente, a relativização passou a ser utilizada para impedir indenizações em desapropriações fraudulentas e aos poucos em muitos outros casos.

Segundo o Professor Cândido Rangel Dinamarco “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.”¹¹ Prossegue o Mestre afirmando que “Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome

9 A Súmula nº 239 do E. Supremo Tribunal Federal recebe muitas críticas de nossa doutrina. O insigne Professor Humberto Theodoro Júnior, em abono à sua conclusão, mostra que o próprio STF, no julgamento do ERE 83.225 (RTJ 92/707), concluiu por uma interpretação menos rigorosa da referida súmula e que “também se afastou sua aplicação às decisões de mandado de segurança (RE 100.126, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 108/406).” Por fim, o Mestre encerra o seu texto com a seguinte conclusão: “Se o contribuinte obtém, em mandado de segurança, a declaração de achar-se livre da exigência fiscal de recolhimento de determinado tributo, no exercício de sua atividade mercantil, por ser inconstitucional a lei que o instituiu, a força da coisa julgada se manifestará não apenas no exercício fiscal em que a respectiva sentença foi dada. Perdurará, indefinidamente, em todos os exercícios subsequentes enquanto não for rescindido o julgado, ou enquanto não se alterar o quadro legal normativo a respeito da obrigação tributária alcançada pela declaração contida na sentença (CPC, art. 471, I).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Coisa Julgada. Mandado de Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição Social. Súmula nº 239 do STF”, in *Coisa Julgada Tributária*, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Marcelo Magalhães Peixoto, André Elali, São Paulo, MP Editora, 2005, p. 179/180 e 185).

10 Esse também é o entendimento de Priscilla Faricelli de Mendonça: “Assim, a despeito do teor da Súmula 239 do STF, conclui-se que em se tratando de decisão de cunho declaratório, a coisa julgada tributária poderá ser estendida a exercícios fiscais posteriores.” (MENDONÇA, Priscila Faricelli. “Coisa julgada Tributária”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 98, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 258).

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova Era do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 227.

desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças¹², absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades¹³.

O problema quanto à revisão das sentenças transitadas em julgado não é um problema apenas de nosso país. Neste sentido, transcreve-se a preocupação do Professor Argentino Roberto Omar Berizonce:

“De todos modos, hemos de convenir que ha devenido indispensable revisar el sistema de protección a la estabilidad de la cosa juzgada, para adecuarlo a las exigencias de un presente donde arrecian los reclamos de justicia intrínseca en concreto, respeto a la verdad jurídica objetiva, efectividad de la justicia y otros similares.”¹⁴

Mais especificamente, no campo tributário, a discussão sobre a manutenção da coisa julgada ou a sua revisão se encontrava mais no plano acadêmico, até que em 2011 a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional editou o Parecer Normativo nº 492¹⁵, que sustenta

-
- 12 Nesse mesmo sentido é o entendimento de Evandro Silva Barros “Tais circunstâncias conduzem o exegeta a indagar de que adianta canonizar o instituto da coisa julgada se a paz social se encontra fragilizada, a cada vez que os efeitos do julgado de renovam, principalmente se a imodificabilidade da decisão interessa apenas ao autor da ação, em detrimento de toda a sociedade, se é exatamente esta quem financia o custeio daquele entendimento tido como inquebrável?” (BARROS, Evandro Silva. “Coisa Julgada Inconstitucional e limitação temporal para a propositura da Ação Rescisória”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 47, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 91).
- 13 Esse também é o entendimento do Professor Alexandre Câmara, em seu texto *Relativização da Coisa Julgada*, assim magistralmente coloca a questão: “O direito processual moderno é um sistema orientado à construção de resultados justos. A ideologia do processualista contemporâneo, conhecida como processo civil de resultados, leva à necessária revisão de diversos conceitos que pareciam firmemente estabelecidos no panteão de dogmas jurídicos. Isto se dá porque não é aceitável que, em um momento histórico como o atual, em que tanto se luta por justiça, possamos abrir mão dela em nome de uma segurança que não dá paz de espírito ao julgado nem tranquilidade à sociedade. É preciso, pois, relativizar a coisa julgada material, como forma de se manifestar crença na possibilidade de se criar um mundo mais justo. O processo só pode ser aceito como meio de acesso a uma ordem jurídica justa. E é preciso crer na possibilidade de construção dessa ordem jurídica justa para que à mesma possa chegar. Afinal, como disse – com a costumeira sabedoria – Calamandrei, “para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê”. Espero, apenas, que esta exposição seja recebida como uma profissão de fé na justiça e na capacidade que os magistrados brasileiros têm de transformá-la em realidade.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. “Relativização da coisa julgada”, in *Relativização da coisa julgada*, 2ª Ed., Salvador, Jus Podivm 2006, p. 29/30).
- 14 BERIZONCE, Roberto Omar. “La relatividad de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, in *Proceso Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC*, org. Eduardo Lamy, Pedro Manoel Abreu, Pedro Miranda de Oliveira, Florianópolis, Conceito Editorial, 2013, p. 1101.
- 15 Segundo o Procurador da Fazenda Nacional Adalmo Oliveira dos Santos Júnior: “Ainda não se sabe como a jurisprudência acolherá o entendimento da PGFN, contudo a preocupação do órgão fazendário não é sem fundamento. Há casos atualmente em que certas sociedades empresárias não pagam determinado tributo em virtude de decisão judicial transitada em julgado, mas a sua concorrente, tem que recolher o tributo sem perspectiva de sucesso em alguma medida judicial, já que houve alteração jurisprudencial e esta não se valeu do entendimento vetusto. Além de uma evidente ofensa ao princípio da livre concorrência, há ainda prejuízo aos cofres públicos.” (“Os efeitos da coisa julgada material e a modificação superveniente do direito”, p. 21).

a cessação da eficácia dos julgados transitados em julgado, nos casos em que a decisão final seja dissociada da posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁻¹⁷

O aludido parecer foi além ao prever que o afastamento da decisão judicial transitada em julgada poderia se dar pelo próprio Fisco, sem a interferência do Poder Judiciário. De fato, o Fisco de posse da decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à decisão transitada em julgado, passaria de imediato a lançar os tributos que tinham sido afastados pela decisão transitada em julgado.¹⁸

Logo, já tendo ultrapassado o prazo para o ajuizamento (ou sua impossibilidade dado o entendimento do STF em relação ao caso de mudança de jurisprudência como bem exposto no RE 590809) de Ação Rescisória e caso o Fisco entenda que ocorreram modificações fáticas ou jurídicas aptas a afastar o entendimento transitado em julgado, o melhor caminho seria procurar o Judiciário e somente após a obtenção de

16 Como doutrinador que defende esta posição: VITA, Jonathan Barros. Tributação, direito concorrencial e processo: as mudanças das circunstâncias de fato e de direito no campo da ação revisional do artigo 471 do CPC. In: Paulo Cesar Conrado. (Org.). Processo Tributário Analítico Volume II. Ied. São Paulo: Noeses, 2013, v. 1, p. 111-138.

17 Como autora que defende a ilegalidade de tal dispositivo: SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. Breves comentários sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 – a coisa julgada em matéria tributária. In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, vol. 201, p 70-82, junho 2012; e GONÇALVES, Carla de Lourdes. Coisa julgada: é possível sua alteração em matéria tributária? In: Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, p. 128-137, 2012.

18 Cumpre ressaltar que o Judiciário vem sistematicamente afastando o entendimento previsto no Parecer PGFN nº 492 de que a Administração poderia unilateralmente afastar a coisa julgada, conforme se depreende do seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA. TRIBUTÁRIO. PARECER PGFN Nº 492/11. PREVALÊNCIA DA COISA JULGADA. 1. A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) ou outro veículo processual que lhe faça às vezes. 2. Segundo jurisprudência do egrégio STF, a superveniência de decisão do Pretório Excelso, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc* - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, in abstracto, da Suprema Corte. 3. O mesmo entendimento vale para a hipótese em que o STF declara a validade de uma lei, que, precedentemente, foi reconhecida inválida em um processo que, inter partes, transitou em julgado, formando a coisa julgada material favoravelmente ao contribuinte. 4. A tentativa da Administração, por meio do Parecer PGFN nº 492/11, de sujeitar a coisa julgada a exame administrativo viola o princípio da separação dos poderes, já que, uma vez regrada a relação jurídica pela normativa individual emitida pelo Poder Judiciário, salvo a superveniência de lei, somente este poderá examinar a conservação e a permanência daquele regramento individual em relação aos fatos futuros. 5. Sentença mantida.” (APELREEX 50066184420124047100, OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - SEGUNDA TURMA, D.E. 23/07/2013.)

uma tutela jurisdicional nesse sentido empreender qualquer cobrança em relação ao contribuinte¹⁹⁻²⁰.

Finalmente, não parece correta essa inversão, do Fisco decidir ao seu talante se a decisão judicial transitada em julgada não deve mais prevalecer e obrigar o contribuinte, que está resguardado pelo manto da coisa julgada, a empreender gastos, contratar advogado para resguardar os seus direitos perante o Poder Judiciário.

3. O Novo Código de Processo Civil e a Relativização da Coisa Julgada Frente aos Precedentes Judiciais Contrários

Aparte o dispositivo do artigo 471 do antigo CPC, este códex previa no artigo 741 que, na execução em face da Fazenda Pública, somente algumas matérias podem ser objeto de Embargos à Execução, dentre as quais se destacava a inexecutibilidade do título (inciso II).

O Parágrafo Único do referido dispositivo esclarece que também considera-se inexecutível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, lembrando que tal previsão também ocorre para as execuções que não envolvem entes públicos, sendo dispositivo similar disposto no § 1º do artigo 475, L do CPC de 1973.

Essa redação do Parágrafo Único do artigo 741 foi basicamente reproduzida pelo § 5º do artigo 535 do novo Código de Processo Civil. Entretanto, o novo código esclarece

19 Esse também é o entendimento de Mary Elbe Gomes Queiroz e Antonio Carlos F. de Souza Júnior: “Contudo, o que vem prevalecendo no âmbito dos tribunais, é a necessidade de ajuizamento de ação autônoma para que o Poder Judiciário possa aferir se há ou não causa superveniente que justifique a sustação da eficácia futura da sentença, isto é, a ação material de modificação surge desde a ocorrência do fato modificador, mas a sustação só terá eficácia plena após a certificação dada pelo Poder Judiciário. Isto é, “A Lei Processual não fulmina automaticamente a validade da decisão transitada em julgado nem admite que os órgãos do sistema o façam de ofício, como pretendem os defensores da ‘relativização da coisa julgada’”. Em qualquer caso, será sempre no âmbito de um novo procedimento que se verificará a efetiva ocorrência da alteração fático-jurídica, constituindo-se essa outra verdade formal que irá embasar uma nova decisão sobre a matéria.” (QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. e SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de. “Coisa julgada nas relações tributárias sucessivas e a mudança do estado de direito decorrente do precedente do STF: Limites jurídicos para a aplicação no âmbito do CARF”, in *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*, coord. Sacha Calmon Navarro Coelho, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 159). Os Autores prosseguem: “A norma jurídica que estabeleceu a necessidade do ajuizamento de ação de modificação não possui o escopo formalista. Sua função é, justamente, garantir a segurança jurídica das relações, conciliando a imperatividade da coisa julgada com a dos seus efeitos futuro por meio de decisão judicial.” (p. 164).

20 Como estudo específico na material tributária: KEMPFER, Marlene. GOMES, Anderson Ricardo. “Coisa Julgada Tributária diante da decisão do STF com efeito Erga Omnes e vinculante”, in *Revista de Processo*, n. 2014, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

que o controle de constitucionalidade concentrado ou mesmo o difuso ensejariam a oposição de embargos à execução.

Já o § 7º do mesmo artigo 535 esclarece que a decisão referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. Como grande inovação tem-se o § 8º que prevê que se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será reaberto e contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Lembra-se que, no caso das execuções que não envolvam entes públicos, tais disposições podem ser verificadas nos § 14 e 15 do artigo 525.

Portanto, o novo Código veio esclarecer que o controle de constitucionalidade poderia ser concentrado²¹ ou mesmo difuso²² e se ocorrer após o trânsito em julgado de uma decisão em sentido contrário, reabriria o prazo para o ajuizamento de ação rescisória (2 anos do trânsito em julgado da decisão do STF)²³.

Obviamente, os julgados do Supremo poderão gerar consequências em muitos processos, inclusive já transitados em julgado, mostra-se conveniente que ele seja do Plenário do STF e não de suas Turmas.²⁴

21 Antes do Novo Código de Processo Civil, José Eduardo Soares de Melo defendia que “A decisão em controle difuso de constitucionalidade, ainda que proferida pelo STF e cuja matéria seja objeto de repercussão geral, não constitui fundamento jurídico suficiente para modificar os efeitos da coisa julgada, diante da falta de previsão normativa.” (MELO, José Eduardo Soares de. “Coisa Julgada Tributária. Modulação. Relativização. Decisão em controle difuso de constitucionalidade e os limites de efeitos”, in *Direito Tributário e Constituição Federal: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho*, coord. Eduardo Maneira e Heleno Taveira Torres, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 486)

22 Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves: “Já tive oportunidade de defender que somente o controle concentrado poderia ser utilizado na alegação de coisa julgada inconstitucional, justamente em razão dos efeitos da decisão, e, nesse sentido, não fiquei satisfeito com a aprovação do texto final do Novo CPC, aprovado pelo Senado. No entanto, nunca deixei de compreender os argumentos dos que pensam diferente, defensores de uma objetivação do recurso extraordinário. Entendo, entretanto, que, se partirmos efetivamente para a eficácia ultra partes do julgamento desse recurso, ao menos algumas condições deveriam ser impostas. Poder-se-ia exigir, por exemplo, que o julgamento tenha se dado sob o rito dos recursos repetitivos, de forma que se tenha uma participação mais ampla e uma maior discussão sobre o tema constitucional.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 319).

23 Mesmo antes da previsão do Novo Código de Processo Civil, alguns Autores já defendiam que o prazo para o ajuizamento da Ação Rescisória se iniciaria do julgamento do Supremo Tribunal Federal que decidir em definitivo a questão. Neste sentido é o entendimento de Evandro Silva Barros: “Ademais, a reafirmar a tese de que o prazo decadencial não é absoluto, vale ressaltar que a pretensão jurídica para a reforma da decisão inconstitucional que tenha transitado em julgado, poderá surgir somente após a prolação de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, quando já tenha transcorrido o lapso temporal constante do art. 495 do CPC, logo, conclui-se que somente com a publicação da decisão da Excelsa Corte é que o prazo para o exercício do direito à ação rescisória deve ser contado.” (BARROS, Evandro Silva. “Coisa Julgada Inconstitucional e limitação temporal para a propositura da Ação Rescisória”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 47, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 92).

24 Nesse mesmo sentido é o Enunciado nº 58 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que exige que a decisão seja proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil procura resolver o problema em estudo²⁵. De fato, tal dispositivo resolveria no caso do contribuinte cobrar a devolução de tributo posteriormente tido por constitucional pelo Supremo ou no caso inverso, do Fisco cobrar por tributo que posteriormente foi tido inconstitucional pelo Supremo.

Como nota subsidiária, remanesceria a dúvida quanto ao caso objeto do Parecer PGFN nº 492, pois nesse caso não há que se falar em oposição de embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença. Após a vigência do Novo Código poderia o Fisco lançar de imediato os valores? Neste caso, seria aplicável o novo prazo para ajuizamento de ação rescisória (2 anos da decisão do STF que julgou de forma contrária à decisão transitada em julgado)?

Conforme anteriormente defendido, não cabe o lançamento imediato por parte do Fisco, que deve recorrer ao Judiciário para afastar a decisão transitada em julgado. Uma análise sistemática do novo ordenamento parece ratificar o entendimento de que nesse caso o Fisco teria dois anos após o julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal para ajuizar a Ação Rescisória. Dessa forma, se antes do novo ordenamento já se defendia a possibilidade de se socorrer do Judiciário para tentar afastar a coisa julgada, que acaba se afastando do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, com muito mais razão agora se defende que seria aplicável esse novo prazo inicial para o ajuizamento de Ação Rescisória.

Finalmente, cumpre ressaltar que os referidos dispositivos do Novo CPC só serão aplicáveis às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor do novo código. De fato, prevê expressamente o artigo 1057: “O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, § 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Portanto, por mais que se entenda que o Novo Código de Processo Civil possa ter resolvido o problema ao prever que o prazo para o ajuizamento da Ação Rescisória²⁶ só

25 Para Antonio do Passo Cabral: “(...) parece, uma vez mais, a despeito da redação do art. 502 do novo CPC, que avançamos na tendência de superação do paradigma da “imutabilidade” ou “indiscutibilidade” em favor de um sistema de estabilidades processuais mais fluido e dinâmico, adaptável para incorporação dos elementos noviter producta (produzidos posteriormente), noviter reperta (que chegaram ao conhecimento dos litigantes após a formação da coisa julgada) e noviter cognita (que não foram conhecidos e portanto, não compuseram o debate); um sistema em que a continuidade assegura estabilidade sem impedir a mudança de posições estáveis, e quando esta for necessária, que possa acomodar a alteração com compensações que fomentem uma redução do impacto da modificação (regras de transição), suavizando a passagem de um regramento estável a outro. Ademais, admitindo a possibilidade de mudança (ao invés de escondê-la no rótulo da imutabilidade), o sistema é mais sincero, razoável e controlável que o método proposto pelas teses de ‘relativização da coisa julgada’”. (CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis, 2ª ed. Salvador, Jus Podivm, 2014, p. 1301).

26 Cumpre ressaltar que em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu, sob a égide dos Recursos Repetitivos, que havendo na Corte Constitucional mudança posterior de entendimento anteriormente

inicia-se após a publicação do acórdão do julgamento do Supremo Tribunal Federal, ter-se-iam ainda milhares de decisões que transitaram antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil e que teriam de ser analisadas pelo Poder Judiciário para se verificar se poderiam perdurar ou se teriam os seus efeitos cassados após o julgamento da Corte Suprema.

4. A Eternização de Julgados Divergentes e o Direito Concorrencial

Primariamente, cabe reiterar o fato que os princípios fundantes da Ordem Econômica receberam um capítulo específico na Constituição Federal, tendo como princípios mais importantes a livre concorrência e livre iniciativa, derivados, de uma isonomia econômica entre agentes.

Obviamente, muitos defendem que a isonomia não deveria ser aplicável ao direito processual²⁷, o que gera uma aleatoriedade jurisdicional que é contrária a ideia de segurança jurídica coletivizada e a uma ideia de racionalidade do sistema, recriada através do processo evolutivo do sistema jurídico no esquema darwiniano-luhmaniano.²⁸

Na facticidade jurisprudencial brasileira, vários julgados são produzidos no campo da variedade do sistema, sem passar pelos filtros de redundância e seleção, necessários a (re)estabilização do sistema jurídico.

Portanto, cabe determinar a forma de cessação dos efeitos de julgados que se afastam do entendimento consolidado dos Tribunais Superiores, o que também visa à manutenção da concorrência no mercado, pois se somente uma empresa possuísse uma decisão que a isentasse do pagamento de determinado imposto, esta empresa teria uma vantagem muito grande frente aos seus concorrentes e acabaria criando um desequilíbrio no mercado, afetando a livre concorrência.

Igualmente, caso todas as empresas de um determinado setor não necessitem pagar um imposto e somente uma ter de pagar em virtude de uma decisão (contrária) transitada em julgado, tal desequilíbrio seria mantido²⁹.

consagrado, não caberia ação rescisória para afastar o antigo entendimento e fazer valer o posterior (STF, Pleno, RE nº 590.809/RS, Rel.: Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014). Portanto, a previsão do Novo Código de Processo Civil será uma inovação, já que o novo julgamento do Supremo vai possibilitar o ajuizamento de Ação Rescisória e a publicação do acórdão do referido julgado passa a ser o marco inicial para o cômputo do prazo de dois anos para o ajuizamento da Ação Rescisória.

27 Em sentido de tal aplicação: VITA, Jonathan Barros ; DINIZ, M. L. C. Direito concorrencial e direito tributário: sham litigation em matéria tributária.. Revista Tributária das Américas, v. III, p. 349-370, 2011.

28 LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

29 Neste sentido é o entendimento de José Carlos Francisco: “Contextualizando a razoabilidade e a proporcionalidade com o confronto entre as decisões individuais e o entendimento jurisdicional

Ademais, decisões judiciais não convergentes com os atuais entendimentos jurisprudenciais podem funcionar como cláusulas artificiais de barreira de ingresso de novos concorrentes no mercado, afetando a livre iniciativa.

Entretanto, isso não quer dizer que se deve inibir o questionamento, por parte dos contribuintes, de exações tributárias que sejam ilegais ou inconstitucionais em tese. A atuação do Poder Judiciário na correção de eventuais desvios legislativos ou normativos relativos à tributação passa por beneficiar (*erga omnes*) a totalidade dos contribuintes, de forma a evitar que vantagens comparativas individuais oriundas de decisões judiciais afetem a concorrência³⁰.

Obviamente, é possível ter tributações diferenciadas em virtude de decisões judiciais, como o caso em que uma empresa vai ao Judiciário e consegue afastar a cobrança de um tributo. Já o seu concorrente não ajuíza ação judicial e tem de continuar a pagar o tributo, que o seu concorrente foi exonerado. Nesse caso, é uma opção da empresa em discutir ou não um tributo em juízo. O que se procura evitar é o caso de um concorrente ter uma decisão imutável e que nenhum outro concorrente poderá obter, pois o entendimento dos Tribunais Superiores se consolidou em sentido contrário. Neste caso não se tem uma opção, mas sim uma impossibilidade de se obter a mesma decisão que o concorrente possui.

Com o respeito aos precedentes, tende a diminuir a ocorrência de uma maior homogeneidade nas decisões judiciais, com menor risco de termos decisões dispare dos entendimentos consolidados e uma maior segurança jurídica. Portanto, o Judiciário influirá menos no direito concorrencial.

5. Conclusões

A partir dos problemas de pesquisa apresentados no decorrer do texto, algumas conclusões podem ser desenhadas:

pacificado (seja ou não com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*), acreditamos que o ordenamento jurídico deve prever meios para a desconstituição da coisa julgada individual desfavorável ao contribuinte para permitir que ele sirva de posição jurisprudencial consolidada no sentido da inexistência do tributo (sob pena de penalizar injustamente aquele que, de maneira legítima, arcou com encargos financeiros e buscou o Judiciário para a solução de lides, pois todos os demais contribuintes estarão se servindo do entendimento jurisdicional pacificado, mesmo aqueles que sequer propuseram a ação judicial ou simplesmente sonegaram o tributo). Do mesmo modo, acreditamos que decisões isoladas no sentido da inexistência de tributos devam ser desconstituídas, mesmo que transitadas em julgado há anos, para que esses verdadeiros “acidentes judiciais” não criem “paraísos fiscais”, em detrimento da igualdade, da segurança geral, da livre iniciativa e da livre concorrência.” In: FRANCISCO, José Carlos. “Igualdade, segurança, livre iniciativa, livre concorrência e relativização da coisa julgada”, in *Tributação das Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

30 SILVEIRA, Rodrigo Maito da. “Desequilíbrios concorrenciais decorrentes de decisões judiciais em matéria tributária”, in *Revista Fórum de Direito Tributário*, nº 59, Belo Horizonte, 2012, p. 172.

1. O instituto da coisa julgada com o respeito aos precedentes e a manutenção da concorrência nos mercados são compatíveis.

2. De fato, não parece fazer sentido a impossibilidade da revisão de decisões diametralmente contrárias ao atual entendimento dos Tribunais Superiores somente tendo por base a veneração ao dogma da coisa julgada.

3. Tal revisão somente pode ocorrer no âmbito do Poder Judiciário, com a minuciosa análise da decisão transitada em julgado e do novo paradigma, e não como pretende a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em seu Parecer Normativo nº 492/2011, de forma unilateral por uma das partes.

4. A revisão de entendimentos com modificação de coisa julgada só poderia ocorrer com efeitos *ex nunc*, como forma de garantir a segurança jurídica da parte que somente cumpria uma ordem judicial e não pode ser penalizada com a retroação da cassação da medida com efeitos retroativos.

5. O novo Código de Processo Civil buscou resolver o problema ao prever um novo prazo para o ajuizamento de Ação Rescisória, dessa vez contado a partir do acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgar a matéria de forma contrária à coisa julgada formada em outros autos.

6. Em um mercado globalizado e muito competitivo uma decisão judicial transitada em julgada e que se afasta do entendimento dos Tribunais Superiores pode causar graves desarranjos e criar uma concorrência danosa frente aos outros concorrentes, sendo necessária a busca de um novo equilíbrio no mercado com a revisão dessa decisão judicial, que prejudica a livre concorrência (e iniciativa) no mercado.

6. Referências

BARROS, Evandro Silva. “Coisa Julgada Inconstitucional e limitação temporal para a propositura da Ação Rescisória”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 47, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

BERIZONCE, Roberto Omar. “La relatividad de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, in *Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC*, org. Eduardo Lamy, Pedro Manoel Abreu, Pedro Miranda de Oliveira, Florianópolis, Conceito Editorial, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis*, 2ª ed. Salvador, Jus Podivm, 2014.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Relativização da coisa julgada”, in *Relativização da coisa julgada*, 2ª Ed., Salvador, Jus Podivm 2006.
- CARVALHO, Cristiano Rosa de. Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (org), Segurança Jurídica – irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes, Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova Era do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- FRANCISCO, José Carlos. “Igualdade, segurança, livre iniciativa, livre concorrência e relativização da coisa julgada”, in Tributação das Empresas, São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- GONÇALVES, Carla de Lourdes. Coisa julgada: é possível sua alteração em matéria tributária? In: Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, p. 128-137, 2012.
- KEMPFER, Marlene. GOMES, Anderson Ricardo. “Coisa Julgada Tributária diante da decisão do STF com efeito Erga Omnes e vinculante”, in Revista de Processo, n. 2014, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MELO, José Eduardo Soares de. “Coisa Julgada Tributária. Modulação. Relativização. Decisão em controle difuso de constitucionalidade e os limites de efeitos”, in *Direito Tributário e Constituição Federal: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho*, coord. Eduardo Maneira e Heleno Taveira Torres, São Paulo, Quartier Latin, 2012.
- MENDONÇA, Priscila Faricelli. “Coisa julgada Tributária”, in Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 98, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- MOLLICA, Rogerio. “Parecer da PGFN extrapola e atinge coisa julgada”, in Revista Consultor Jurídico de 25/09/2011 - <http://www.conjur.com.br/2011-set-25/parecer-492-pgfn-extrapola-atinge-coisa-julgada> (Acesso em: 29/09/2014)
- MORAES, Alexandre. “O Papel das Cortes Superiores. Harmonização do Direito na Globalização”, in *Encontro Brasil – Espanha: A Reforma Processual*, coord. Cláudio Lembo, São Paulo, Minha Editora, Brasília, Instituto Tancredo Neves, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. e SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de. “Coisa julgada nas relações tributárias sucessivas e a mudança do estado de direito decorrente do precedente do STF: Limites jurídicos para a aplicação no âmbito do CARF”, in *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*, coord. Sacha Calmon Navarro Coêlho, Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- ROEMER, Andrés. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: ITAM, 2000.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVEIRA, Rodrigo Maito da. “Desequilíbrios concorrenciais decorrentes de decisões judiciais em matéria tributária”, in *Revista Fórum de Direito Tributário*, nº 59, Belo Horizonte, 2012.
- SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. Breves comentários sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 – a coisa julgada em matéria tributária. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, vol. 201, p 70-82, junho 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Coisa Julgada. Mandado se Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição Social. Súmula nº 239 do STF”, in *Coisa Julgada Tributária*, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Marcelo Magalhães Peixoto, André Elali, São Paulo, MP Editora, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; e FARIA, Juliana Cordeiro. “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado”, in *Relativização da coisa julgada*, Fredie Didier Júnior org, Salvador, Jus Podivm, 2006.
- VITA, Jonathan Barros ; DINIZ, M. L. C. *Direito concorrencial e direito tributário: sham litigation em matéria tributária.. Revista Tributária das Américas*, v. III, p. 349-370, 2011.
- VITA, Jonathan Barros. *Tributação, direito concorrencial e processo: as mudanças das circunstâncias de fato e de direito no campo da ação revisional do artigo 471 do CPC*. In: Paulo Cesar Conrado. (Org.). *Processo Tributário Analítico Volume II*. 1ed. São Paulo: Noeses, 2013, v. 1, p. 111-138.

RESSIGNIFICANDO O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO COADJUVANTE DA AUTODETERMINAÇÃO DO HOMEM NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO¹

CARLOS ALBERTO MOLINARO

Doutor em Direito, *summa cum laude*, com acreditação de “Doctor Europeo” (Derechos Humanos & Desarrollo 2a. Edición) - Universidad Pablo de Olavide (2001-2005). Professor na Universidad Pablo de Olavide, Sevilha - ES. Professor na Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

CATARINE GONÇALVES ACIOLI

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Professora no curso de Graduação e de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito do Centro Universitário CESMAC.

Resumo

O presente artigo visa apresentar uma proposta de ressignificação para o direito à educação, com base na associação entre aspectos sociológicos e jurídicos, a fim de adequá-lo ao novo modelo social advindo com a maciça utilização das tecnologias da informação e comunicação. Para tanto, parte-se de uma análise sobre a teoria crítica dos direitos humanos, numa perspectiva abordada por Herrera Flores, de modo a compreender a educação contextualizada às características da Sociedade da Informação, atribuindo-lhe a natureza de produto cultural para aprimorar sua efetividade e, assim, alcançar um instrumento apto ao combate da espécie de exclusão social advinda com o uso desigual dos recursos tecnológicos. Por isso, tornou-se premente repensar o citado valor mediante o reconhecimento de uma reação cultural na busca dos bens necessários para o preenchimento das necessidades na era tecnológica, sejam elas tangíveis ou intangíveis. Nesse sentido, a educação passa a ter como integrante necessário de seu conteúdo a educação em direitos

1 Este trabalho tem por fundamento tese doutoral defendida pela autora e orientada pelo coautor, intitulada “A educação na sociedade de informação e o dever fundamental estatal de inclusão digital”, em breve publicação, cuja defesa ocorreu em 2015, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, podendo ser consultado parcialmente no site eletrônico da instituição pela URL: <http://hdl.handle.net/10923/7114> (acesso em 14/05/2015).

humanos e fundamentais para poder despertar a conscientização crítica dos indivíduos na utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação, tendo em vista que o discurso dos direitos humanos inflecte o contemporâneo discurso do Estado de Direito, da Democracia, da Globalização em uma Sociedade da Informação, ou do Conhecimento. Destarte, se for combinado, pedagogicamente, o ideal dos direitos e sua efetividade ao pluralismo e às ideias de liberdade e igualdade para todos, isto é, a uma nova concepção ético/política de cidadania, ter-se-á ofertado um passo relevante no aprimoramento da autodeterminação do homem.

Palavras-chave

Educação; Sociedade da informação; Produto cultural.

Abstract

This article aims to propose a redefinition of the right to education, based on the association between sociological and legal aspects in order to adapt it to new social model arising with the massive use of information and communication technologies. Therefore, we start from an analysis of the critical theory of human rights, with a view approached by Herrera Flores, in order to understand the contextual of education to the characteristics of the Information Society, giving it the nature of cultural product to enhance their effectiveness and thus achieve a good instrument to combat the kind of social exclusion caused by massive use of technological resources. Therefore, it has become urgent to rethink the value quoted by the recognition of a cultural reaction in search of the goods necessary to fill the needs in the technological age, whether tangible or intangible. In this sense, education is replaced as needed member of its contents education in human and fundamental rights in order to arouse critical awareness of individuals in the use of Information and Communication Technologies in order that the human rights discourse veers the contemporary discourse of the Rule of Law, democracy and globalization in an Information or Knowledge Society. Thus, if combined, pedagogically, the ideal of rights and their effectiveness to the pluralism and the ideas of freedom and equality for all, ie a new ethical design / citizenship policy, will have offered an important step in improving the self-determination of man.

Key words

Education; Information Society; Cultural product.

1. Introdução

O presente artigo objetiva refletir sobre a possibilidade de interpretação do direito à educação mediante a associação entre aspectos sociológicos e jurídicos em contraposição

a uma posição majoritária, a qual se mostra ineficiente para a efetivação do referido valor no modelo social reelaborado na era tecnológica.

Nesse sentido, é examinado se o formato e conformação da educação aplicada pela modernidade atenderam os requisitos da sociedade industrial, pois já não procede assim na era pós-industrial, ou mesmo de uma possível pós-modernidade, pois esta passou a exigir uma mudança de postura dos indivíduos para que se coloquem como sujeitos de direitos e deveres (pro)ativos ante a aplicação das tecnologias da informação e da comunicação (TIC), e, por conseguinte, continuem na busca de seu pleno desenvolvimento, sob pena de sofrerem um novo tipo de dominação, dada a hegemonia política e econômica instituída pelas potências tecnologicamente desenvolvidas ante o seu poder informacional e seu desinteresse pela conscientização dos cidadãos no uso do meio eletrônico (note-se que a exigência de expertise constitui uma nova modalidade de exclusão).

Contudo, repensar a educação não deve corresponder apenas à perspectiva de seu conteúdo, mas, também, engloba aquela que diz com o seu molde de direito humano (na esfera de valor universalizante, isto é, uma convergência objetiva das percepções majoritárias) e de direito fundamental (na esfera positivada em uma determinada ordem jurídica dada). Portanto, em vista da carência de efetividade encontrada na maior parte dos casos, do referido valor, no sentido de realizar as particularidades da Sociedade da Informação, mais ainda decorrente da descontextualização inerente ao formato hegemônico dos direitos humanos e da insuficiência da forma de positivação dos direitos fundamentais, torna-se relevante promover um exame crítico, seguido de uma proposta de visão capaz de atender à conceituação aberta daqueles direitos, como caminho para a criação de condições materiais relacionadas à concretização de uma vida digna.

A opção adotada concerne à teoria crítica dos direitos humanos que foi defendida por Herrera Flores como contraposição ao entendimento de que esses representam valores universais, homogêneos e apartados das realidades sociais, razão pela qual sempre enfrentaram sérias dificuldades em sua implementação nos meios sociais, sem que as garantias fundamentais, mesmo aquelas de cunho processual, conseguissem saná-las de modo ideal. Frise-se que a opção pela citada base teórica não significa a anulação de toda colaboração alcançada com a inserção daqueles valores nos ordenamentos jurídicos estatais, até porque, trata-se de um fenômeno de sua complementação e aprimoramento, ao invés de substituição integral daquela vigente atualmente.

Assim, para que a educação não repita as mesmas falhas da sobredita fórmula, em especial no âmbito de um modelo social que criou novo tipo de exclusão, limitando os bens necessários para a realização da dignidade a partir do uso dos recursos tecnológicos e, conseqüentemente, requerendo novas lutas contra as divisões sociais recém-instituídas, convém optar por enxergá-la como produto cultural a fim de buscar soluções para os

problemas que as ordens jurídicas não estão conseguindo solucionar por intermédio de seus instrumentos.

2. O Direito como Produto Cultural e a Necessidade de ser Contextualizado na Realidade Social em que Incide

Inicialmente, cumpre situar o contexto narrativo dos direitos humanos na pós-modernidade e observar qual foi o ponto de partida de Herrera Flores para sua alternativa de interpretação à abstração do humanismo existente no século XX. Nessa linha, ao compreender que toda sociedade constitui um processo cultural, ou seja, um processo de criação humana, e que o homem possui uma capacidade de “fazer e desfazer” o mundo que o rodeia, o autor propõe os direitos humanos como conceitos abertos, originados das reações humanas à realidade social e enquanto resultados provisórios das lutas sociais pela sua dignidade, onde dignidade constitui a verdadeira riqueza humana (HERRERA FLORES, 2009, p. 19-22). O interessante, no ponto de vista ora articulado, corresponde ao fato de destacar que os referidos valores não são algo pré-existente ao humano, isto é, não são prévios, mas sim são tidos como um modo de reação ante as relações sociais, isto é, verdadeiros caminhos, uma vez que, primeiro, vieram os bens necessários à obtenção de uma vida digna (dentre eles: saúde, moradia, alimentação, educação, expressão etc.) disponibilizados, pela interferência humana com base, por exemplo, em um modo de produção, de maneira hierarquizada e desigual, e, em seguida, vieram as lutas do homem contra tais divisões sociais a fim de poder acessar os mencionados bens². Por isso, os direitos representam essas lutas e sua criação se configura em produtos culturais. Ademais, a citada teoria crítica reconhece o homem como sujeito transformador do mundo, motivo pelo qual, atribuindo a natureza de produto cultural aos direitos humanos, esses tenderão “sempre a criar, a constituir, a buscar e a suscitar acontecimentos, encontros, espaços significativos de interação que aumentem a intensidade de nossas atitudes e aptidões para empoderar-nos e empoderar os outros” (HERRERA FLORES, 2009, p.27).

Deste modo, a tese esgrimida por Herrera Flores, amolda-se tão bem para explicar as lutas sociais originadas na era tecnológica, ainda, pelo fato de essa ter causado uma nova espécie de desigualdade social (a exclusão pela expertise), que não se vincula somente ao critério econômico, pois o fato de o indivíduo ser mais rico, pode gerar acesso a recursos físicos de alta qualidade, mas não implica na sua inclusão social, uma vez que essa requer notadamente um móvel interno aos seres humanos configurado na intenção desses em se

2 Aqui há uma novidade, pois não se trata de alocar como preponderante a divisão do trabalho, sim e previamente, um “circuito de reação cultural” imediato no binômio: necessidades e bens. Isto é, o longo percurso na busca dos bens para o preenchimento das necessidades.

integrar ao meio social. Essa vontade (esse *conatus*³) precisa advir de motivações internas relativas ao sujeito estar disposto a se transformar e o fazer, também, em relação ao mundo ao seu redor. Seria, então, necessária uma formulação teórica que, ao prestar mais atenção ao social e ao ser humano, contextualizando suas lutas sociais, melhor reconheça as diferenças do meio em que aquele compõe e, mais facilmente, consiga conscientizá-lo para lutar contra causas de dominação (ou de submissão) e buscar sua verdadeira autonomia, melhor dito, sua autodeterminação para a efetivação de sua dignidade ou do atributo que lhe é inerente.

Por outro lado, a linha positivista, que entende os direitos humanos como estabelecidos e estanques, ao enaltecendo o fenômeno da normatização jurídica de tais valores como caminhos para sua maior proteção e realização, deixou de considerar os demais fatores influentes na atribuição de efetividade àqueles, os quais são trazidos à luz a partir da contextualização social. Fatores esses muito relevantes para diferenciar uma realidade em que esses direitos são efetivados e, portanto, respeitados e aquela em que não passam de simples abstração, razão pela qual Herrera Flores nos alerta para o fato de que a interpretação dos direitos humanos necessita considerar aspectos sociológicos, equivalentes às formas diferentes e plurais dos seres humanos reagirem às relações que experienciam, já que esses se originaram primeiro que os direitos e ofertam as diretrizes para a compreensão dos melhores meios concretos de sua aplicação.

Todavia, a crítica à positivação jurídica dos direitos humanos não significa para o autor que foram desconsiderados seus méritos, mas que não há mais espaço para interpretar os direitos humanos sob um fundamento apartado das peculiaridades do social, principalmente porque este influenciará a criação de estratégias políticas-econômicas na busca pela efetividade daqueles direitos, por conseguinte, ressalta, o autor, que não há um só caminho, mas sim “múltiplos caminhos para a dignidade”, já que fixar os referidos valores como produção do Ocidente, como vem ocorrendo ultimamente, propondo atitudes e aptidões para o que significa vida digna, consoante determina o capitalismo, gera, desse modo, uma desconsideração pelas plurais formas que o homem tem de reagir ao mundo (HERRERA FLORES, 2009, p. 29-54).⁴

3 Termo latino que significa esforço de, ou esforço para; na filosofia do século XVII, é utilizado a partir da nova física que, ao demonstrar o princípio de inércia (um corpo permanece em movimento ou em repouso se nenhum outro corpo atua sobre ele modificando seu estado), torna possível a ideia de que todos os seres do universo possuem a tendência natural e espontânea para a auto conservação e se esforçam para permanecer ou persistir como existentes (Cf., MARILENA CHAÚÍ, 1995, p. 106).

4 Nesse sentido, sobre a relevante postura dos direitos humanos numa realidade social, Herrera Flores afirma que “Estos no son algo dado, ni están garantizados por algún ‘bien moral’, alguna ‘esfera transcendental’ o por algún ‘fundamento originario o teleológico’. Son productos culturales que instituyen o crean las condiciones necesarias para implementar un sentido político fuerte de libertad (opuesto a la condición restrictiva de la libertad como autonomía: mi libertad termina cuando comienza la tuya).

Ademais, por ser a cultura uma maneira de reagir às relações sociais, políticas e econômicas, ela não pode se afastar das ações sociais, razão pela qual a proposta do multiculturalismo tradicional, representado pela atual forma de interpretar os direitos humanos, não tem conseguido resolver os problemas concretos da humanidade, além de prender-se à falsa noção de que será a ampliação das Declarações de Direitos Humanos e a imposição de ‘sanções’, as quais demoram para serem aplicadas, no plano internacional, que resolverá o problema de falta de comprometimento com a realização daqueles (LE MOS, 2014), observação crítica que, também, foi reforçada por Wolkmer ao observar a necessidade do reconhecimento de uma interculturalidade⁵, em sua dimensão pluralista, com caráter dialógico, hermenêutico e interdisciplinar no campo dos direitos humanos para que esses possam conceber novas concepções de cidadania (WOLKMER, 2006).

O descompromisso existe porque é muito difícil para determinado grupo social aceitar o que lhe é estranho, o que lhe é imposto como o bom para sua existência, sem observar sua identidade, fechando os olhos para as diferenças. No entanto, não se está versando sobre uma visão localista de direitos humanos, fadada a possivelmente desconsiderar a condição humana e estimular radicalismos. O que, na verdade, a referida crítica realça é que o multiculturalismo, na forma de compreender os direitos humanos, necessita sair do plano abstrato, examinar os diversos contextos sociais e, assim, criar condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, com base em uma “cultura de direitos” voltada à satisfação de uma vida digna, mas com respeito às diferenças e às garantias universais.

Nessa linha, os direitos humanos positivados não constituem a única saída para efetivar aqueles valores e, dessa forma, estão aptos a sofrer adaptações, especialmente para continuar a oferecer ao homem a capacidade de instituir novas relações com o mundo a sua volta, recriando-o, fator que se tornou primordial ante a Sociedade da Informação, a fim de conseguir alcançar nessa lugares comuns e meios para a realização de suas liberdades. Ocorre que as liberdades são interdependentes da concretização de direitos coletivos, pois esses proporcionam o desenvolvimento de plenas capacidades criativas e transformadoras

Desde este punto de vista, mi libertad (de reacción cultural) comienza donde comienza la libertad de los demás; por lo que no tengo otro remedio que comprometerme y responsabilizarme – como ser humano que exige la construcción de espacios de relación con los otros -, con la creación de condiciones que permitan a todas y todos ‘poner en marcha’ continua y renovadamente ‘caminos propios de dignidad’. (HERRERA FLORES, 2006. p. 90) (Grifou-se)

- 5 Ao defender o fato de ter que repensar politicamente o poder de ação da comunidade, bem como a postura do pluralismo democrático, enquanto instrumento de luta no combate aos males provenientes da globalização e como estratégia contra hegemônica afirmação dos direitos humanos emergentes, destacou o anseio por uma nova cultura jurídica voltada ao reconhecimento da justa satisfação das necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, concluindo que “é na perspectiva paradigmática e com base num diálogo intercultural que se deverá definir e interpretar os marcos de uma nova concepção de direitos humanos.” (WOLKMER, 2006)

capazes de tornar o ser humano livre, pois, quanto mais essas são exercidas, mais liberdade é alcançada, o que reflete diretamente na necessidade de aperfeiçoamento da relação entre o exercício das liberdades e a educação, na era tecnológica, compreendido este valor como um produto cultural para fins de embasar uma solução mais eficiente quando de sua fundamentação pela ordem jurídica, notadamente quanto a sua fundamentalidade constitucional.

3. A Educação Igualmente um Produto Cultural: Um Panorama Teórico

Dentre os direitos humanos, a educação situa-se como o valor mais próximo de ofertar aos homens as condições necessárias para suscitar intensamente sua capacidade transformadora, porque cuida de colocá-los em contato com o saber inerente ao seu desenvolvimento e à compreensão do mundo em que se inclui. Essa capacidade é o que permite a evolução humana no sentido de que os indivíduos criem novos, ou reinventem antigos, conceitos para aquilo que produzem na realidade social, de modo que, em determinado momento, o próprio significado de educação precisa ser reinventado, ou ressignificado, a fim de continuar a proporcionar inovadoras situações de efetivação de uma vida digna. E se, na medida em que o homem evolui socialmente, cria novos espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos, como se percebe em relação ao meio eletrônico, em que são geradas novas situações de dominação e submissão, gerando, conseqüentemente, novas desigualdades sociais, torna-se premente a necessidade de ressignificar alguns conceitos existentes para possibilitar soluções eficientes no enfrentamento desses novos obstáculos originados no e pelo meio social.

A reação a essa situação deve vir sob o modelo de reinvenção dos direitos postos, tais como a educação, o qual, cria condições materiais capazes de preservar a essência humana, porém, também, de emancipa-la em relação a um padrão acrítico de pensar sobre o mundo, diante dos riscos e características relacionados ao citado espaço. Não foi por outra razão, que Pinto (2005) destacou a ação educativa como parte de um fundo cultural da comunidade e dependente do grau de seu desenvolvimento, compreendendo importante para essa forma de agir, enquanto fenômeno cultural, não só os conhecimentos, experiências, crenças, valores, mas também os métodos para que sua finalidade seja alcançada, o qual deve garanti-la como em um processo contínuo, inacabado, em constante aprimoramento, porque, nas palavras do autor, “a educação é a cultura simultaneamente como feita (porém não como acabada) no educador que a transmite, e como fazendo-se (*sic*) no educando, que a recebe (refazendo-a), por conseguinte, capacitando-se a se tornar o agente da ampliação dela.” (PINTO, 2005, p. 18-23.)

Levando em consideração o referido sentido de educação, verifica-se que o modelo fundado na sua adstrição à dualidade terminológica de direito humano e direito

fundamental, sob a ótica da teoria tradicional de direitos humanos, não tem conseguido suprir suas principais necessidades na seara de sua efetividade jurídica, senão veja-se: o primeiro problema encontrado consiste na interpretação estabelecida para os citados termos; enquanto ao primeiro atribui-se o sentido de valor universal disposto no plano do Direito Internacional, portanto abstrato e carente de positivação jurídica, mas capaz de resguardar o ser humano por causa de sua essência, independentemente de vinculação a alguma ordem constitucional; ao segundo, esse valor transforma-se em direito fundamental quando inserido em normas dos ordenamentos jurídicos estatais, passando a se relacionar a garantias jurídicas e, com isso, adquirir exigibilidade e modos mais amplos de proteção. Contudo, observa-se que tais termos, segundo a teoria tradicional, remetem à ideia de que os direitos humanos, englobando nesses a educação, seriam atribuídos ao homem pelo simples fato da sua condição humana, afastando, portanto, qualquer vinculação com o meio social, generalizando-se e criando percepções equivocadas de que seriam instrumentos únicos para ocasionar mudanças no meio social (CATARINA, 2011). Ocorre que, na prática, a citada abstração dos valores relativos à condição humana não tem provocado profundas tomadas de consciência, além de deixar boa parte dos seres humanos excluídos de sua abrangência, pelo fato de seus Estados não terem firmado consenso junto à Organização das Nações Unidas quanto às Declarações de Direitos provenientes dessa, ou por não terem cumprido com o compromisso de inserir aqueles em suas ordens jurídicas, e, ainda, o que é pior, aqui se encontra o Brasil, mesmo tendo fundamentalizado os referidos valores, criando sanções jurídicas para as omissões e violações causadas pelo próprio Poder Público ou pelos particulares, simplesmente não os cumprem, ora por carência de iniciativa e rígidas garantias políticas, ora por ausência de recursos financeiros.⁶

Repise-se que não se está a desvirtuar a relevância da positivação jurídica de tais valores, ao contrário está-se a buscar alternativa para diminuir a dependência das garantias jurídicas na realização dos direitos fundamentais, reconhecendo essa como uma cultura de direitos humanos e fundamentais, razão pela qual o primeiro degrau a ser atingido é justamente analisar os direitos humanos a partir de uma teoria crítica que os aproxime da realidade social e da noção de vida digna⁷ como a real aproximação igualitária aos bens

6 Veja-se que, no exemplo citado, propositadamente não foram mencionadas falhas em garantias jurídicas, as quais mesmo em processo de aprimoramento, tem posto o Brasil em um patamar de bons resultados. No entanto, essas não são suficientes, como pode ser visto em relação ao dilema que o Brasil tem enfrentado na seara da judicialização das políticas públicas da saúde e da educação, em face da constante resistência do Poder Público em cumprir as decisões judiciais na tentativa de atender tais situações jurídicas de maneira descontextualizada.

7 A noção de dignidade para Herrera Flores é mais complexa do que aquela desenvolvida pelos adeptos da teoria tradicional, os quais a reduzem aos direitos fundamentais, como no caso de FERRAJOLI (2009, p. 314-329). Já para o primeiro autor esse valor abarca o elenco de garantias *susso* enunciadas e entrelaçadas, sob o qual ele constrói a tese da existência de um “diamante ético”, ou seja, estabelece os eixos desse entrelaçamento onde o núcleo reserva-se à dignidade humana rodeado por três dimensões de componentes

materiais e imateriais voltados a essa finalidade, dotando-os de garantias econômicas, sociais, políticas e culturais.

Por isso, o direito humano, na visão da aludida teoria, constitui-se na luta pelo alcance dessa satisfação digna, a ser construída em consonância com determinada realidade social, não desconsiderando sua necessidade de posituação jurídica, ao passo que essa deve ser suprida posteriormente, para que suas normas possam refletir o real interesse do grupo social e o acesso igual aos bens materiais e imateriais destinados à supracitada finalidade. (CATARINA, 2011)

A educação, então, antes de ser direito humano e fundamental, é produto cultural, uma vez que se concebe como conceito aberto, em constante processo de criação, interativo, sob o ponto de vista sociológico, criado para possibilitar ao homem a descoberta de suas ações e aptidões relativas ao seu empoderamento, enquanto sujeito autônomo, e sua libertação, pautada nos deveres de responsabilidade e solidariedade no espaço no qual incide, visando à realização de uma vida digna para todos como seu fim maior (ACIOLI, 2015). Além disso, a educação como produto de um processo cultural de humanização, reinventada, portanto, a cada realidade social, chega ao século XXI como alternativa para apoiar as tentativas de diminuir os efeitos das desigualdades sociais antigas e novas (exclusão digital), devido a sua capacidade de modificar o móvel humano, ou seja, a intenção do homem em transformar o mundo que o cerca. Todavia, não deve ser sacralizada como tábua da salvação, dada a existência de demais fatores, sobretudo sob o ponto de vista político e econômico, os quais precisam ser dosados para ocasionarem respeito a demais direitos humanos e conduzir ao caminho de um desenvolvimento mais próximo do concreto (ACIOLI, 2015).

Considerando a supracitada observação, o produto cultural educação tende a ser uma alternativa válida para pensar e repensar soluções aos inúmeros problemas e inquietações ocasionados pela era tecnológica, porque, além de aquele focar na busca por um resultado transformador, pautado em uma metodologia holística do homem, conduz a um processo de transmissão, reflexão e edição de um saber técnico, mas principalmente de um conhecimento em direitos humanos, o qual reflita sobre como o homem deve pensar e atuar no mundo, reconhecendo esse como produto de sua liberdade, capacitando-se, então, para que quanto mais experimente sua liberdade, mais consiga reconhecer a do

que, a partir de um ponto de vista contextualizado, constituindo a primeira pelos elementos relativos aos processos sociais e econômicos (que são as teorias, instituições, forças produtivas e relações sociais); a segunda por fatores que influenciam a pureza dos direitos humanos como historicidade, posições sociais, disposições no acesso aos bens, podendo possuir natureza emancipatória ou conservadora, e narração, relacionada às definições; ao final, a terceira dimensão, composta pela noção de espaços (lugares físicos, geográficos, culturais onde relações sociais se firmam. Aqui, se pode enquadrar o meio eletrônico), valores, desenvolvimento (ideia intrínseca à noção de direitos humanos) e práticas sociais (organização social). (HERRERA FLORES, 2006. p. 95-103)

outro, colocando-se, sempre, em uma atividade contínua e criativa da sua realidade social⁸ (HERRERA FLORES, 2006. p. 83-86). Frise-se, ainda, que a preocupação com a concretização dos direitos humanos, a partir da mencionada teoria crítica, considera medidas para que o respeito aos direitos humanos e o pleno desenvolvimento das pessoas aconteçam simultaneamente, em âmbito comunitário e local, e sob a perspectiva dos integrantes daquelas comunidades, uma vez que eles abandonam a figura de meros destinatários, para se transformarem em criadores do direito, em um exercício da atividade de captar o que advém da colocação internacional desses valores a sua realidade social, por isso tais medidas devem ser adaptadas ao contexto em que incidem e não implicar em imposição da visão ocidentalizada do que seria dignidade humana (ACIOLI, 2015).

Essa é a linha que deve seguir a concretização da educação enquanto produto cultural, interagindo com os contextos sociais, aproximando-se, em termos de linguagem, conteúdo e métodos, que melhor permitam a compreensão das necessidades desses, para proporcionar estímulos a fim de que os indivíduos criem nela como ponto de partida para seu processo transformador, o que repercutirá no abandono da visão de educação exclusivamente tecnicista, instrumental e fundada em métodos que desconsideram a aptidão transformadora do homem. Para tanto, o significado cultural de educação engloba o reconhecimento do caráter pedagógico dos direitos humanos como meio de provocar uma reflexão crítica e impulsionar novos processos culturais para produção de novos significados e caminhos para o exercício das liberdades em uma determinada estrutura social (ACIOLI, 2015). Eis, mais uma vez, o vínculo entre liberdade e igualdade material se firmando, no momento em que a educação consta como um dos pilares na preparação do ambiente para a concretização daquela e para se firmar na consolidação de espaços de luta pela dignidade humana (MOLINARO, 2007, p. 130-131), nos quais os mencionados valores possam alcançar realmente todos os seres humanos.

Assim, para que a aplicação de velhas fórmulas não continue a repetir os mesmos erros, o primeiro ponto a ser focado é a adoção de novos formatos e conteúdo para a educação, mas para que tais proposições não se limitem ao plano da utopia, compete proceder ao exame sobre os caminhos e requisitos para sua concretização na realidade social tecnológica brasileira, seguindo os passos da necessidade de contextualização, enaltecida por Herrera Flores.

4. A Educação Voltada à Aprendizagem Crítica em Direitos Humanos e em Direitos Fundamentais

É evidente e ilustrativo que a edição da Declaração Universal de Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas, em 1948, compreendeu, no plano abstrato,

8 Essa forma de intensificar o conhecimento em direitos humanos foi o que Boaventura de Sousa Santos denominou função social dessa forma do saber. (SANTOS, 2000. p. 28-30).

uma das mais importantes ações desse período no combate à degradação da natureza humana⁹, pois ao refletir o consenso entre os países, que naquele instante optaram por reconhecer valores relativos à proteção e à realização da autonomia da pessoa humana em seus âmbitos individual e coletivo, no sentido de assegurar-lhes sua existência digna, independentemente de qualquer particularidade relacionada à origem, idade, sexo ou cultura, ocasionando, ainda, o compromisso da fundamentalização de tais valores, sob o formato de direitos fundamentais no corpo dos textos constitucionais, o que lhes ofertou um status superior nos ordenamentos jurídicos que passavam a compor.

Nessa direção, por serem os direitos humanos ações subjetivas para assegurar a dignidade humana nas dimensões em que ela atua no plano social, vinculam-se, então, a questões políticas, razão pela qual o próprio processo de sua positivação nos ordenamentos jurídicos estatais ocorreu de maneiras diversas, uma vez que dependeu de opção dos constituintes e/ou legisladores quanto às formas utilizadas para sua fundamentalização, como por exemplo, tipo de norma jurídica, se teriam aplicação imediata ou se seriam normas programáticas, se seriam estabelecidas sanções ou não para combater suas omissões, ou mesmo se seriam implícitos ou explícitos na estrutura normativa (ACIOLI, 2015). Aliás, os direitos humanos advêm da interpretação, não só política, mas também jurídica e moral de determinada comunidade, não obstante não possa perder seu papel de edificar estatura aos seres humanos (DOUZINAS, 2009, p. 375).

No entanto, a despeito de eles conduzirem a um grau elevado de proteção a determinados valores relativos à natureza humana, sua eficácia e efetividade tem baixa intensidade, por essas parecerem estar sempre voltadas a um futuro aberto, sem que a titularidade daqueles lhes correlacionassem deveres humanos. Além disso, sobre a diferença entre direitos humanos e fundamentais, já se observou anteriormente que foi adotada a corrente majoritária de reconhecer nos direitos fundamentais a expressão positivada dos direitos humanos, embora o ordenamento jurídico estatal possa ampliá-lo ao acrescentar demais valores que considere inerentes à dignidade, liberdade ou igualdade humanas na aguda lição de Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 30-31), razão pela qual a denominada educação em direitos humanos e fundamentais deve englobar enquanto objeto tanto o reconhecimento e aplicação de tais valores no plano nacional, como internacional a fim de alcançar uma contextualização deles e, com isso, poder compreendê-los segundo o supracitado modelo de produto cultural.

9 Embora Herrera Flores ressalte que não se pode considerar apenas essa época como de grande degradação da condição humana e, portanto, não relevar períodos anteriores em que houve igual ou mesmo pior violação à dignidade humana, como aquelas ocorridas durante a colonização da América e África, do contrário, caracteriza fruto de uma interpretação equivocada sobre o que realmente seriam valores universais. (HERRERA FLORES, 2009, p. 65-70).

No entanto, o que precisa restar claro é que os direitos humanos são valores atribuíveis a todos os povos, por serem frutos do acordo de vontade dos países formadores das Nações Unidas, e enquanto os direitos fundamentais são aqueles valores que determinada comunidade optou por fundamentalizar no âmbito de seu texto constitucional, cujo rol pode englobar aqueles e uma parte extra, que em determinada ordem jurídica, resolveu-se ofertar igual fundamentalidade material em termos de preservação à existência digna dos seus cidadãos. Por isso, ambos devem fazer parte do conteúdo a ser trabalhado por uma educação em direitos humanos e em direitos fundamentais, desde que resguardadas suas particularidades quando da atividade de ensino.

Em geral, os direitos humanos, por serem fruto de consenso firmado entre os países, enfrentam, desde sua origem, um grande obstáculo relativo à ausência de comprometimento para com seu respeito e aplicação, o que fez com que a própria Organização das Nações Unidas buscasse meios de torna-los vinculantes.¹⁰ No entanto, sua inserção nos ordenamentos jurídicos estatais¹¹ continua sendo medida mais eficiente ao possibilitar que os indivíduos possam exigir diretamente do Estado o respeito, a proteção e a realização fática de tais valores, pois aqueles ofertam as denominadas garantias fundamentais e a normatividade jurídica necessária para ocasionar sua subjetividade e, conseqüente, exigibilidade.

Por outro lado, quando se trata de direitos humanos, no plano internacional, em virtude da ausência de imperatividade inerente aos referidos consensos firmados nessa seara, há uma forte dependência de bases éticas para serem cumpridos do que da incidência de sanções, o que tem representado um sério obstáculo, em especial para os Estados que não conseguiram estimular uma prática ética entre seus cidadãos, tornando esses cada vez mais dependentes da atuação do Direito posto e das conseqüências deste para serem respeitados e protegidos enquanto pessoas humanas. É nesse ponto que a educação pode servir de instrumento propulsor de uma verdadeira transformação social, segundo a qual sua base requer uma aprendizagem em direitos humanos e fundamentais, ou seja, antes mesmo de ocasionar uma aprendizagem de ordem técnica, faz-se necessário permitir que

10 Um desses se refletiu no estabelecimento de Pactos Mundiais firmados na década de 60 do século passado, a exemplo do supracitado Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, em 1966, além do fortalecimento do sistema internacional de proteção a tais direitos, dotados de garantias processuais e tribunais específicos para essa matéria em âmbito internacional (como o Tribunal Penal Internacional) e regional (como a Corte Interamericana de Direitos Humanos).

11 Dentre os instrumentos estatais capazes de promover o controle da efetividade dos direitos humanos quando da sua fundamentalização, pode-se citar: melhor acesso à jurisdição constitucional, controle das omissões constitucionais pelos poderes Legislativo e Judiciário, controle externo da Administração Pública (atualizado a partir das características relativas ao pós-positivismo), aplicação do princípio da transparência nas atuações dos Poderes Públicos, dentre outras, enfim soluções imediatistas no intuito de resolver problemas quando da sua iminência ou sua constatação na realidade prática, e relacionadas à aplicação de sanções para o caso de suas violações por ações ou omissões.

os indivíduos se identifiquem como sujeitos autônomos e portadores de valores invioláveis ilegitimamente (ACIOLI, 2015).

Apesar de compreender instrumento de alta relevância em uma sociedade, destaque-se que a educação não pode ser tida como único elemento capaz de promover amplas mudanças sociais, as quais dependem de transformações mais profundas, em especial no âmbito da organização político-social de um Estado, sob o risco de se prometer uma solução utópica, o que, também, não compõe a presente proposta. Na verdade, deve-se buscar oferecer à educação a sua real medida de importância reconhecendo-a como um dos pilares na construção de uma sociedade que almeja o título de democrática na era tecnológica. Contudo, o Brasil não tem conseguido atribuir essa espécie de reconhecimento à educação. Por isso, o despertar da supracitada atitude como um compromisso deve ser dirigida a todos os países, mas principalmente àqueles que, ainda, não cumpriram com sua lição básica no que se refere à preparação de seus cidadãos. Além disso, não são raros os casos que atribuem à educação o *status* de caminho para a resolução das violações aos direitos humanos¹², porém esse não é o caso da sua parte específica voltada à educação em direitos humanos e em fundamentais, pois o reconhecimento da citada finalidade a esta constitui fenômeno que tem seguido um ritmo diferenciado.

Consoante abordado anteriormente, no século XX, a educação precisou ser reinterpretada e reestruturada a fim de que pudesse acompanhar tanto as transformações sociais, mas também as mudanças na maneira como o homem se coloca diante dos seus semelhantes, razão pela qual o desenvolvimento do ser humano precisou ir além da sua capacitação técnica e, portanto, atingir sua formação enquanto sujeito de direitos e de deveres. A base dessa espécie de educação está na criação de ações aptas a conscientizar as pessoas sobre a realidade na qual elas estão inseridas, para que elas possam identificar seus problemas, modificar suas atitudes e valores internos, permitindo o despertar do comprometimento com a solidariedade e com a vida digna dos demais. Ela corresponde a um processo coletivo, de modo que as pessoas possam se sentir responsáveis pela formação e transformação da sociedade em que vivem e, dessa forma, evitem tratamentos degradantes aos seus semelhantes (BRASIL, 2013).

Entretanto, para que os mencionados valores não se restringissem ao plano abstrato, fez-se necessária a implementação de medidas que estimulassem o compromisso permanente voltado a sua concretização prática, surgindo, assim, a educação em direitos humanos como forma de propagar o conhecimento sobre os valores consagrados na aludida Declaração de Direitos. Por essa razão, em 1950, o Conselho Econômico e Social das Nações

12 Nesse sentido, APPLE não nega a aptidão da educação em provocar transformações sociais, mas reconhece que essa tarefa demanda tempo, paciência e esforços progressivos e permanentes decorrentes da associação de diversas áreas de um contexto social, tais como economia, política e sociedade civil, cita, inclusive, alguns exemplos pontuais e positivos dessa finalidade da educação. (APPLE, 2013, p. 2-22)

Unidas atribuiu à UNESCO a função de fomentadora dessa forma de educação no âmbito escolar, nos centros educativos, na formação de professores e facilitadores e nos meios de comunicação; além de, entre os anos de 1948 e 1974, a ONU ter editado uma série de atos com finalidade de anunciar os programas educacionais nessa área, cabendo citar, dentre esses, a Convenção de Paris, em 1960, por estimular o respeito pela diversidade de sistemas educacionais, mas com a promoção da garantia de acesso igualitário à educação, inclusive do referido conteúdo de educação, bem como o Programa de Ação de Viena, em 1993, e o Plano de Ação da Década, em 1995, responsáveis por estabelecerem diretrizes para guiar os Estados-membros, cooperando com estes na implementação da educação em direitos humanos, por meio da elaboração de programas voltados a sua disseminação, materiais didáticos específicos e divulgação em meios de comunicação¹³ (BRASIL, 2013).

Como meio de concretizar os mencionados planejamentos, o governo federal brasileiro editou alguns atos normativos contendo diretrizes curriculares nacionais para incluir a educação em direitos humanos no seu modelo de sistema educacional, a exemplo daquelas direcionadas à educação indígena, quilombola, ambiental, com destaque para a Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012 (BRASIL, 2014)¹⁴. Ademais, prevê que o conteúdo daquele ato normativo se destina, mediante uso de metodologias relacionadas ao contexto social do aprendiz, à apreensão do conhecimento sobre a historicidade e afirmação desses valores, para que possam ser desenvolvidos, a partir de práticas sociais, instrumentos voltados à promoção e proteção dos direitos humanos e uma forma de vida e convivência pacífica, inclusive no que concerne à tolerância ao aspecto multicultural da realidade globalizante (ACIOLI, 2015). Não se pode esquecer que as orientações ali dispostas, como o próprio nome retrata, direcionam, porém não obrigam, haja vista que não se encontram sanções jurídicas a incidirem em caso de seu descumprimento, retardo ou cumprimento parcial, o que, numa via de interpretação restritiva, atribuir-lhes-ia um grau de programaticidade e, portanto, relegaria sua implementação ao plano da vontade política, sem grau de normatividade jurídica. Ocorre que a sobredita visão é oposta ao que ora se propõe. Para fins de evitar o mencionado problema, faz-se necessário descartar

13 No Brasil, ela destacou-se a partir da década de 80, do século passado, com a criação da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, composta por entidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Paraíba, que visava implantar experiências educativas nessa seara, em diversas partes do Brasil, tais como: a divulgação e disponibilização de materiais pedagógicos sobre direitos humanos. Em seguida, vieram, nos anos de 1996, 2002 e 2009, a criação dos Planos Nacionais de Educação em Direitos Humanos – PNEDH, atribuindo a essa forma de educação o desenvolvimento da cidadania em suas várias dimensões, assim como a convivência pacífica e tolerante quanto às diversidades. (BRASIL, 2013).

14 O referido ato normativo estabelece que a educação em direitos humanos deve ser inserida nos currículos escolares da Educação Básica e da Educação Superior de modo transversal, devido ao seu caráter interdisciplinar, ou em uma das disciplinas já existentes, além de constar obrigatoriamente no currículo dos cursos de formação continuada dos docentes e, consoante previsão em seu art. 9º, deve ter alcance integral: “A Educação em Direitos Humanos deverá estar presente na formação inicial e continuada de todos(as) os (as) profissionais das diferentes áreas do conhecimento.”

o entendimento acima a fim de assumir, mediante o reconhecimento da educação como um produto cultural e sua ressignificação, que a educação em direitos humanos e em fundamentais integra o núcleo do citado valor universal e, conseqüentemente, a realização de suas prestações ganha formato de deveres jurídicos.

Embora represente um padrão aberto de orientações preocupado com o conteúdo e procedimento de aplicação da referida educação, esse falhou em não abordar a sua associação na seara da Sociedade da Informação, tendo em vista que há de ser requerido um aprimoramento, em especial no que concerne à metodologia a ser utilizada para que essa educação consiga alcançar eficientemente aprendizes de todas as idades, bem como em continuar a enfatizar o ensino institucionalizado do sobredito conteúdo, o que se contrapõe a sua natureza de se realizar a qualquer tempo e lugar, desde que haja um grupo social apto a aplica-lo. Desse modo, mesmo que os professores sejam, ainda, seus principais promotores, cresce a tendência, para que ela consiga alcançar uma maior expansão, de buscar pessoas ocupantes de status diversos nos grupos sociais para atuarem como facilitadores nessa espécie de educação e, assim, conseguir chegar mais próximo de todos os indivíduos. Além disso, tais falhas restam perceptíveis, pelo fato de ter sido feita apenas uma curta menção a respeito da possibilidade de abertura a demais formas de inserção dessa prática educacional, perdendo, portanto, a oportunidade de esclarecer como essa poderia acontecer na prática, o que reflete em uma possível ineficácia daquela norma em face do apego excessivo da Administração Pública brasileira à positivação jurídica de seus deveres para poder torna-los concretos (ACIOLI, 2015).

Na verdade, a intenção da referida forma de educação consiste em que os Estados elaborem políticas públicas específicas para o estímulo à conscientização, em primeiro lugar, nos seus cidadãos, sobre os problemas existentes na sua realidade social relativos à violação a direitos humanos e fundamentais, e, em seguida, sobre seus direitos e deveres, a fim de que essas pessoas se sintam aptas a mudar suas atitudes e valores na busca por soluções relacionadas com o respeito à solidariedade, às responsabilidades advindas dessa maneira de agir e à dignidade humana mútua. Afinal, de nada adiantaria ter tanto esforço na edição de um acordo de tamanha relevância, como a citada Declaração, sem que houvesse a divulgação de seu conteúdo e, com base nela, a geração de iniciativas capazes de ofertar aos indivíduos oportunidades de transformar sua sociedade, reconhecer sua própria autonomia e seus compromissos para com ações coletivas, ofertando-lhes poderes para modificar seu meio social a partir do conhecimento dos valores universais ali estabelecidos.

Nessa linha, Tuvilla (2014) destaca que a mencionada educação deve ser implementada com fulcro nos elementos informação, formação e transformação, cumprindo, ainda, para fins de atualização, propor o acréscimo de “continuação”, como forma de adequá-la ao fato de que a educação deve acontecer ao longo da vida. Ademais, por entender a

educação como um processo, é preciso que seja ofertada a devida atenção à escolha e utilização de metodologias capazes de alcançar todos os cidadãos, além de lidar com os diferentes saberes encontrados em uma dada comunidade, proporcionando uma análise crítica da adaptação dos direitos humanos a um determinado contexto social, no intuito de concretizar os referidos valores universais como um “modo de estar no mundo”, além de ocasionar um “empoderamento”, ou seja, o despertar nas pessoas de seus poderes de tornarem-se sujeitos autônomos nos planos individual e coletivo (CANDAU et al, 2013, p. 87-152)¹⁵. Aliás, essa visão de “empoderamento” encontra raízes nas teorias educacionais “freirianas” quando se pregava a libertação do indivíduo das forças opressivas, para tomar consciência de sua posição na sociedade que integra e, desse modo, transformar a si próprio e, conseqüentemente, aquela.

Cumpre ressaltar, também, a necessidade de ampliar a abrangência dessa espécie de educação para abarcar a educação em direitos fundamentais como meio de respeitar os valores que determinado ordenamento jurídico estatal optou por elevar à dita categoria normativa nos seus textos constitucionais. Não se pode esquecer que a capacidade argumentativa equivale a elemento essencial na concretização da citada forma de educação, tendo em vista que os educadores/facilitadores demandarão usar o poder da palavra, ao invés da força, para conduzir as sociedades a compreenderem a relevância de encontrarem nos direitos humanos e fundamentais o fundamento para suas transformações. Na verdade, o sentido que se obtém dessa forma de educação consiste em fazer com que se aprenda a aprender, como ressalta Molinaro, “como um dever humano inarredável” a fim de possibilitar que se passe do pensamento linear para o pensamento complexo e, assim, consiga melhor representar as formas cognitivas da realidade ao “pensar, integrar e ressignificar os temas transversais e os valores humanos para a construção de uma nova tomada de posição em relação a estes mesmos temas” (MOLINARO, 2007). No mesmo sentido, Guerra aduz que a consequência principal desse tipo de educação compreende a atribuição de um novo significado ao conteúdo cidadania e dos elementos humanístico na direção da construção de um espaço público, no qual as liberdades e as autonomias

15 Os autores dessa obra propõem, inclusive, que esse processo deve seguir etapas para sua aplicação: a) desconstrução, segundo a qual se deve observar quais são os preconceitos e discriminações ocorrentes em determinado meio social para poder compreender as particularidades desse; b) articulação, para que o reconhecimento da igualdade respeite as diferenças culturais, quando da criação das políticas educativas e estas não figurem como elementos discriminatórios, despertando uma autoestima positiva nos respectivos grupos sociais; c) resgate das histórias de vida nos níveis pessoal e coletivo no intuito de não desmerecer as autênticas identidades culturais; e, por fim, d) promover que essa prática educativa permita aos indivíduos experimentar uma interação com os diversos modos de vida e de expressão, buscando a formação de uma cidadania aberta, interativa, tolerante, em relação aos diferentes grupos culturais, e solidária. Frisam, então, que essa forma de educação “combina sempre o exercício da capacidade de indignação com o direito à esperança e admiração da/pela vida, a partir do exercício da equidade que nasce da articulação dos princípios de igualdade e diferença.” (CANDAU et al, 2013, p. 47).

dos cidadãos possam realmente ser exercidas e norteadas por valores como igualdade, segurança e solidariedade, este extremamente importante na seara das exclusões sociais, onde quer que ocorram. (GUERRA, 2013, p. 324)

A finalidade maior desse modelo de educação equivale a despertar no indivíduo a conscientização sobre os problemas do seu contexto social envolvendo violações ou omissões a direitos humanos e fundamentais, ou seja, relacionados à vulnerabilidade humana, em seguida, despertar nesse a participação na busca por soluções no intuito de resguardar a dignidade humana sua e dos demais integrantes de uma dada sociedade, a partir de uma atuação coerente, sob a forma de deveres humanos, relativa à responsabilidade pelo outro¹⁶, motivo pelo qual aquela se relaciona ao pleno desenvolvimento dos seres humanos (ACIOLI, 2015). Além disso, essa educação atinge seu ápice ao realizar sua missão de ensinar os seres humanos a se compreenderem mutuamente como garantia da solidariedade intelectual e moral da humanidade (MORIN, 2011, p. 81). Em um segundo instante, tem essa forma de educação, também, a finalidade de despertar nos indivíduos os anseios por encontrar saídas para acabar com as injustiças sociais, dirigindo, assim, o seu comportamento individual e coletivo. Devido a tais razões, a educação em direitos humanos e fundamentais vincula-se a uma mudança social¹⁷, particularmente relacionada à criação de uma cultura de proteção da dignidade humana ao influenciar, compartilhar e consolidar costumes, atos e hábitos que promovam a vivência da justiça, solidariedade, cooperação, tolerância e igualdade. (BENEVIDES, 2013)

Para que haja sua realização prática, a educação em direitos humanos e em fundamentais requer empenho, desde a atuação do legislador para editar as regulamentações daquela até à implementação de tais leis pelos entes federados, repercutindo-lhes os mesmos procedimentos e garantias destinados ao cumprimento das demais obrigações relacionadas ao direito à educação. Além disso, no plano concreto, constituem elementos essenciais, nessa espécie de educação, a comunicação, participação, socialização das

16 Sobre essa parte, interessante lembrar a ética da responsabilidade desenvolvida por Hans Jonas, como alternativa para adaptar o agir humano na sociedade técnica. Esse filósofo reconheceu os riscos advindos pelo emprego das tecnologias, em especial no âmbito de proteção dos valores humanos e fez a proposição de seu imperativo ético pautado em um agir com responsabilidade, cujo despertar nos indivíduos, segundo ele, seria a única forma de conter os malefícios que os avanços científicos e tecnológicos podem causar para a sobrevivência humana. (JONAS, 2004)

17 Nessa linha, é possível vinculá-lo como integrante do art. 26 da referida Declaração de Direitos, e para fins de uma positividade jurídica constitucional da educação em direitos humanos e fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, sua fundamentação material e formal corresponde à parte do citado art. 205, a qual visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e a sua preparação para exercício da cidadania, encontrando-se, então, em paridade à educação voltada ao mercado de trabalho. Essa interpretação, ora adotada, afasta os argumentos de que essa espécie educacional seria mera meta para o Estado, pois a insere no âmbito do conteúdo do direito público subjetivo à educação, compreendendo suas prestações estatais verdadeiros deveres jurídicos, conforme observado anteriormente. Nesse sentido, Pacheco reconhece o direito à educação em direitos humanos (PACHECO, 2003).

emoções e um eficiente diagnóstico dos problemas sociais, os quais, por sua vez, serão bem aplicados por meio do uso de metodologias pedagógicas adequadas, que abarquem a preparação das gerações futuras, mas também atinjam aquela presente, com todas suas particularidades de idade, gênero e padrões culturais, pois quando se fala em direitos humanos deve-se reconhecer que sua afirmação compõe o tempo atual, pelo fato de compreenderem uma luta contínua para preservação da dignidade humana¹⁸. Essa constitui, então, educação para toda a vida (ACIOLI, 2015).

Certamente as nações que tem uma excelente avaliação nos seus indicadores dos níveis de educação tradicional podem estar mais próximas de implementar o referido tipo de aprendizagem, embora em educação não se possa afirmar que os resultados ocorrem integralmente conforme esperado, assim como que aquelas estejam utilizando o procedimento adequado na direção do mencionado objetivo, devido às particularidades de sua implementação, causadoras de alguns obstáculos para sua realização prática, o que será melhor observado a seguir.

5. Principais Problemas Enfrentados para Implantação da Educação em Direitos Humanos e em Direitos Fundamentais

O processo de aplicação da educação em direitos humanos e em direitos fundamentais tende a ser complexo porque requer adequação dos conteúdos e metodologias a depender das características específicas dos aprendizes, como por exemplo, idade, aspectos culturais e origem, e dos Estados, onde essa incidirá, tais como: extensão territorial, forma de governo, fins estatais, dentre outros. Não que isso implique em uma educação em direitos humanos e fundamentais discriminatória, mas, pelo contrário, que indique o respeito pelas diferenças, tendo em vista muitas nações serem marcadas pela existência, no mesmo território, de uma variedade cultural, como no caso do Brasil. Além disso, torna-se essencial especificar em que grau os direitos humanos devem ser considerados para fins de servir de objeto ao novo significado do direito à educação, equivalendo esse a outro relevante óbice à implementação do referido tipo de prática educacional. Isso porque, os pontos de vista dos direitos humanos, em geral, se resumem em duas teorias: a abstrata ou a localista, as quais não tem conseguido aprimorar nem o seu respeito, sequer a sua efetividade, por parte dos Estados (ACIOLI, 2015). A primeira, segundo Herrera Flores, centrada na concepção ocidental e universalista de tais valores, buscou ofertar uma

18 Nessa linha, Molinaro trata da perspectiva da revelação dos direitos humanos como um processo cultural, destaca que eles necessitam de uma “educação permanente e exige de nós: a capacidade de *sentir*, a disponibilidade para o *saber*, o compromisso em decidir e o dever de fazer o necessário para sua concretização, pois os direitos humanos estão *no centro do nosso futuro*. Uma educação em direitos humanos é uma educação que se contextualiza no presente sem olvidar o textual do pretérito, e evita qualquer entronização do futuro: basta-lhe a prolongação do presente.” (MOLINARO, 2007) (Grifos no original)

racionalidade jurídica, ao reduzi-los ao modelo de regras e princípios, deixando de considerar a irracionalidade de suas premissas, além de sucumbir diante da lógica capitalista, a qual não poderá ser regida por racionalidade jurídica, ao ter que, substituir as liberdades e garantias individuais por aquelas relativas ao mercado, as quais desconsideram as diversidades humanas, motivo pelo qual ela não tem conseguido conter as exclusões sociais, atualmente, existentes (HERRERA FLORES, 2013). Já a segunda visão concentra-se na ideia particular de cultura, mas de cunho individualista, de modo a fazer prevalecer os valores próprios em face daqueles pertencentes a outras culturas, o que estimula uma prática particularista e, portanto, não tolerante (HERRERA FLORES, 2013).

Pelo fato de as supracitadas vertentes conduzirem a extremos diversos, faz-se necessária uma reflexão sobre a construção de uma visão complexa fundada em uma cultura de direitos humanos, que seja capaz de criar condições para o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos, ao contextualizar os citados valores e provocar uma racionalidade de tolerância e resistência (HERRERA FLORES, 2013). Aliás, no âmbito dos direitos humanos, a desconsideração pela existência de uma inter-relação entre culturas variadas, sem superposição entre elas, tem sido um dos principais tópicos abordados pelos defensores de que os direitos humanos não podem ser considerados uma criação do Ocidente, mas sim aqueles devem alcançar uma análise ampla, sob pena de ser criada uma aculturação pelas nações que não conseguem se impor ante a dominação das potências econômicas ocidentais¹⁹.

Ao propor uma visão crítica sobre essa possibilidade de dominação e o significado dos direitos humanos, Herrera Flores propõe uma prática intercultural, por meio da incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos enquanto um móvel nômade social, capaz de disciplinar os seres humanos em uma atitude de mobilidade intelectual necessária e no exercício de uma interação cultural tolerante (HERRERA FLORES, 2013). Se não bastassem os empecilhos na compreensão do seu objeto, a citada educação ainda se depara com ausência de uma metodologia apropriada, carência de estudos científicos sociológicos aprofundados sobre sua aplicação prática, atribuição de um

19 Essa forma de dominação de uma cultura por outra, padronizando os direitos humanos como de propriedade da cultura dominante, foi bastante criticada por Herrera Flores, em especial quando se opôs ao multiculturalismo, por criar uma visão universalista dos referidos valores, porém sem nenhuma relação entre as culturas, ocasionando, desse modo, a ocidentalização dos direitos humanos, razão pela qual o autor propõe a interculturalidade dos direitos humanos, entendendo que “os direitos humanos não são, unicamente, declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo lhes abrir espaços de luta e de reivindicação. [...] Desde essa caracterização, é necessário abandonar toda a abstração – seja universalista, seja localista – e assumir o dever que nos impõe o valor da liberdade: a construção de uma ordem social justa (artigo 28 da Declaração de 1948) que permita e garanta a todas e a todos lutar por suas reivindicações.” (HERRERA FLORES, 2013) (Grifou-se)

caráter de obrigação de fraca compulsoriedade, falta de exigibilidade das políticas públicas existentes, necessidade de aprimoramento dessas e limitações orçamentárias, quando confrontada com outros direitos fundamentais tidos pelo Estado como prioritários, além do fato de seu “ensino memorizador, baseado apenas em textos mais ou menos cristalizados, positivista, normativista e dogmático” não servir, de acordo com Cunha, para uma eficiente aprendizagem, principalmente por não haver o hábito de os formadores dessa espécie de educação colocarem em questão os conceitos e preconceitos com que lidam em suas práticas (CUNHA, 2014). Assim sendo, os obstáculos à implantação dessa forma de educação vão desde a esfera política internacional, até o plano de sua inserção nos textos constitucionais. Em relação àqueles enquadrados no primeiro grupo, a ONU vem tentando suplantar isso, mediante a tentativa de desenvolver compromissos éticos pelas nações no intuito de reconhecerem a face pedagógica da Declaração Universal de 1948, além de, por intermédio da UNESCO, estimular ações de auxílio aos Estados para eles conduzirem programas sociais com essa finalidade.²⁰ E, de certo modo, outra séria dificuldade encontrada condiz com a não existência de um interesse político na formação de cidadãos conscientizados sobre seus direitos e deveres, ou aptos a “aprender a aprender”, por intermédio da adoção de uma postura como sujeito realmente participante de determinado meio social ao se tornar capaz de questioná-lo, reexaminá-lo e propor novos significados para seus elementos.

Nesse sentido, cumpre frisar que essa vertente do direito à educação, deve ser compreendida enquanto um importante instrumento no combate à crise que se tem instalado para o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais na Sociedade da Informação, tendo em vista que representa uma resistência à massificação imposta pelo modelo econômico capitalista informacional, ao abalar as bases desse e possibilitar que os indivíduos reflitam, repensem e não sigam nos exatos termos os ditames desse.

6. Conclusões

O mundo globalizado em que estamos incluídos, em suas variantes tecnológicas, econômico-financeiras, culturais, comunicativas, políticas e jurídicas é o responsável pela criação de sua própria experiência: a apercepção da compressão do tempo e do espaço, o jogo da obsolescência, a manipulação genética, a degradação ambiental, a marginalização crescente, a consciência dos riscos e problemas comuns para as atuais e futuras gerações e

20 Com relação às ordens jurídicas internas, os desafios são amplos, porém não insuperáveis, pois a depender de como essas reconhecem e se comprometem com o seu respectivo direito fundamental à educação, pode-se ter um forte sistema de garantias fundamentais editados para a busca de sua efetividade. Ocorre que não basta que os Estados reconheçam normatividade jurídica à educação, incluindo-a no rol de seus direitos e garantias fundamentais, é preciso garantir que no conteúdo desta restará inserida a prática educativa em direitos humanos e fundamentais, com toda a estrutura que cabe a sua aplicação imediata.

o fato da pertença a uma mesma sociedade global. Nesse sentido, o discurso dos direitos humanos encontra como cenário uma globalização marcada por assimetrias na produção e desfrute de seus processos em tanto que benefícios, custos, riscos e responsabilidades. O Estado de Direito como catalisador social das aspirações de paz e desenvolvimento confrontado com os interesses marginais de uma economia de acumulação e de uma política de predominância dos interesses mercantis induz transformações. Daí a premência da formatação de um Estado Democrático de Direito centrado na Educação, neste viés, os direitos humanos são poderosos instrumentos de proteção frente à intervenção do Estado: a administração da dialética público/privado, a desconcentração do poder de gestão por interferências políticas e econômicas, e o encobrimento da soberania estatal no concerto das nações.

Embora o transcurso de largo tempo, o debate havido entre Maritain (1976, p.111-119) e Bobbio (1990)²¹ sobre a questão da fundamentação filosófica e jurídica dos direitos humanos, continua atualíssimo. A temática textual dos direitos humanos parece – à primeira vista – de grande simplicidade. Contudo, examinada com apuro topamos com particularidades que revelam enorme complexidade de significados. Assim, embora a aparência seja simplificada, seu ‘imo’ é implexo e altamente sofisticado. Desde uma primeira aproximação, os direitos humanos conformam um composto normativo (internacional e nacional), de outra, eles estão imbricados em um estado consciencial plural (atores sociais) cuja dimensão encontra abrigo na Ética. Em qualquer dos casos (seja qual for o modo pelo qual nos acercamos deles) eles são o resultado de reflexões legográficas, mas como projeto existencial eles implicam uma decisão política de poder. Os direitos humanos são direitos positivos expressos em princípios e regras jurídicas, seja de direito das gentes, seja de direito estatal, contudo são precedidos de princípios de distintas ordens normativas: filosóficas, religiosas, sociológicas, políticas, antropológicas, econômicas, psicológicas, biológicas e cosmológicas entre outras possíveis. Há ainda, a perspectiva culturalista²² desses direitos que os contempla como processos de lutas de homens e mulheres

21 Atente-se, contudo, que Bobbio considerava dois direitos como absolutos: o direito a não ser escravizado e o direito a não ser torturado (1990, p. 42), isto remete à necessidade de fundamentação, pelo menos em relação ao escravismo e ao suplício.

22 De um culturalismo que não está dissociado do social, pois entende a cultura integrada à sociabilidade de todas as manifestações humanas, como bem demonstrou em vida Joaquin Herrera Flores na sua cátedra seja na Universidade de Sevilha, a *Hispalense*, seja na Universidade Pablo de Olavide, especialmente nos programas de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos (em suas diversas edições), ou na sua prática de vida, infelizmente ceifada de nosso convívio prematuramente (02/10/2009), mas que dias antes de sua morte escrevia: “*La vida continuará, lo queramos o no, después de nuestro paso por ella. Los bosques seguirán produciendo oxígeno y frutos. Los mares continuarán aportándonos lluvia y sal. La gente que amamos, seguirá amándonos, quizá aún más que cuando estábamos aquí con ellos. El árbol, la gota de agua, el sentimiento de amor estarán siempre ahí coloreando la vida con todos los colores del arco iris y con todas las miserias de nuestras necesidades. Nada es más alto o más pequeño. Todo es lo vivo, lo que perdura, lo que nos acoge y lo que nos recoge.*” (comunicação com o coautor por e-mail).

no sentido da conquista plena da dignidade humana. Essas lutas são gestadas em circuitos permanentes de reação cultural na busca dos bens necessários para o preenchimento das necessidades, sejam elas tangíveis ou intangíveis. Mesmo nesta perspectiva, os direitos humanos são positivados por ordens jurídicas plurais e constituem verdadeiras garantias contra o arbítrio e contra a indignidade em que se encontram submetidas grandes parcela da população planetária. Nesse cenário o discurso dos direitos humanos inflecte o contemporâneo discurso do Estado de Direito, da Democracia, da Globalização, da Proteção Ambiental, da Educação em uma Sociedade da Informação, ou do Conhecimento. Encontrar os fundamentos dos direitos humanos leva, necessariamente, aos fundamentos dessas categorias políticas.

Certamente, se combinarmos, pedagogicamente, o ideal dos direitos e sua efetividade ao pluralismo e as ideias de liberdade e igualdade para todos, isto é, a uma nova concepção ético/política de cidadania, poderemos restaurar a dignidade do político e da política, e proporcionar o veículo da construção de uma hegemonia democrática radical, num Estado Social e Democrático de Direito inclusivo. Críticas e crises paidéticas, também, certamente continuarão a existir, porém seus efeitos, só serão visíveis com novas necessidades que se irão formando em nosso percurso existencial, pois a educação é um processo permanente de construção de identidade e um dever do Estado de Direito que reconhece os direitos humanos e os fundamentais, para que possa ser efetiva a nossa dignidade de pessoas, ademais de podermos gozar com ela, especialmente, uma parcela da cidadania que se encontra em situações objetivamente difíceis por razões econômicas, de saúde, sociais ou culturais. Como itinerário, a educação é um caminho que se faz ao andar, e ao andar especializa e aperfeiçoa o ser humano. Vamos lembrar o que ensinava o grande poeta espanhol Antonio Machado (2001, p. 239/240):

Caminante, son tus huellas²³ / el camino, y nada más; / caminante, no hay camino, / se hace camino al andar. / Al andar se hace camino, / y al volver la vista atrás / se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. / Caminante, no hay caminos, / sino estelas²⁴ en la mar.

7. Referências

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A educação na sociedade de informação e o dever fundamental estatal de inclusão digital**. Tese doutoral em via de publicação, in: <http://hdl.handle.net/10923/7114>, 2015.

23 Pegada, vestígio que o pé do homem ou do animal deixa no solo por onde passou, mas, também, tudo aquilo que sugere a possível existência de alguma coisa.

24 *Estela*: rastro espumoso, deixado pelos barcos na água quando navegam. Contudo, *estela* também “trilha”, estrela, e ainda, “bloco de pedra erigido como monumento”.

- APPLE, Michael W. **Can education change society?** New York: Routledge, 2013.
- BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos:** de que se trata? Disponível em: <www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Caderno de Educação em Direitos Humanos:** educação em direitos humanos: diretrizes nacionais. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Direitos Humanos. **Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012.** Disponível em: <www.sdh.gov.br>. Acesso em 15 de out. 2014.
- BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti.** Torino: Einaudi, 1990.
- CANDAU, Vera Maria et al. **Educação em direitos humanos e formação de professores(as).** São Paulo: Cortez, 2013.
- CATARINA, Daniele Corrêa Santa. Teoria crítica dos direitos humanos: uma análise comparativa com a teoria tradicional. In: MANENTE, Ruben Rockenbach; DIAS, Jefferson Aparecido; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (Org.). **Instituto de direitos humanos, interculturalidade e desenvolvimento - teoria crítica dos direitos humanos:** das lutas aos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 65-126.
- CHAUÍ, Marilena. **Spinoza, uma filosofia da liberdade.** São Paulo: Editora Moderna, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Conceito(s) & Preconceito(s) bases sócio-antropológicas para a educação para direitos humanos. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 8, n. 27, p. 15-41, abr./jun. 2014.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos:** curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência.** Tradução de Carol Proner. Disponível em: <www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818317.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos:** una visión crítica. Universidad Pablo de Olavide. Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento. Sevilla, Espanha, 2006. Mimeografado.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia,

- Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818317.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013.
- JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Herder, 2004.
- LEMONS, Eduardo Xavier. Revisitando Herrera Flores: Compreensões acerca da teoria crítica de direitos humanos. **Revista Crítica do Direito**, v. 58, n. 3, mar./abril. 2014. Disponível: <www.criticadodireito.com.br>. Acesso em: 10 out. 2014.
- MACHADO, A. **Proverbios y Cantares (CXXXVI)**, in, Poesias Completas. Barcelona: Espasa Calpe, 2001.
- MARITAIN, Jacques. **Acerca de la filosofía de los derechos del hombre**, in, **Los derechos del hombre**. Barcelona: Editorial Laia, 1976.
- MOLINARO, Carlos Alberto. Se a educação é a resposta. Qual era a pergunta? **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 1, p. 120-140, out/dez. 2007.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez, 2011.
- PACHECO, Francisco Antônio. **La relación de la educación en derechos humanos con el derecho a la educación**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003. Disponível em: <www.iidh.ed.cr>. Acesso em: 10 out. 2013.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- PINTO, Álvaro Vieira. **Conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.
- TUVILLA, José Rayo. **Materiales para que el mundo cambie: Asociación Mundial para la Escuela instrumento de Paz**. Disponível em: <<http://portail-eip.org/espagnol/dosieres/tuvilla3.htm>>. Acesso em: 20 out. 2014.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Jurídica Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VS. CORTE IDH: CASO GOMES LUND

MÁRIO COIMBRA

Graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo (1981) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). Especialista em Proteção Jurídica ao Meio ambiente, Flora, Fauna, Urbanismo e Patrimônio Histórico pela Universidade de Castilla-La Mancha. É doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2015). Atualmente é professor da Toledo Prudente Centro Universitário e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

Mestre(2003) e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente; Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público/SP(1999) e; coordenador da graduação da mesma instituição; Professor do Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias da ITE; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional e membro vogal para o Brasil e membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

Resumo

O Brasil enfrenta um problema no tocante a Lei da Anistia devido a decisões diferentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O STF julgou a Lei de Anistia recepcionada numa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Por outro lado, a Comissão Interamericana peticionou junto à Corte IDH no sentido de declarar a Lei de Anistia inválida. Com base no controle de convencionalidade, ou seja, a posição supre-legal dos tratados de direitos humanos, a Corte condenou o Brasil a revogar a Lei da Anistia. A sentença determinou a criação de uma Comissão da Verdade, pagamento de indenizações e outras providências que foram tomadas pelo Brasil. Defende-se, que o Supremo volte a apreciar a Lei de Anistia com base nos tratados e declare a norma inválida, ou seja, não recepcionada.

Palavras-chave

Controle de Convencionalidade; Supralegalidade; Corte IDH; Caso Gomes Lund vs. Brasil; Lei da Anistia; Supremo Tribunal Federal.

Resumen

Brasil se enfrenta a un problema relacionado con la Ley de Amnistía, debido a diversas decisiones de la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo desestimó la Ley de Amnistía recepcionada una acusación de violación del precepto fundamental. Por otra parte, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte Interamericana que declare inválida la Ley de Amnistía. Con base en el control de convencionalidad, es decir, la posición de los tratados de derechos humanos suministros-legales, el Tribunal condenó a Brasil para derogar la ley de amnistía. La sentencia determina la creación de una Comisión de la Verdad, las indemnizaciones por despido y otras medidas que fueron tomadas por Brasil. Se argumenta que la Suprema disfrutar de nuevo la Ley de Amnistía sobre la base de los tratados y declarar inválida la norma, es decir, no recibió

Palabras clave

Control de convencionalidad; Supra-legal; Corte Interamericana; Caso Gomes Lund vs. Brasil; Ley de Amnistía; Corte Suprema.

1. Introdução

O tema concretização de direitos humanos ou fundamentais é discutido em todo mundo, incluindo a América Latina. Mas, quando a temática é confronto entre normas ou sentenças distintas, o assunto ganha importância social e jurídica, afetando os Estados. No caso escolhido que envolve o Brasil há consequências no tocante ao tratamento dado à Lei de Anistia, num confronto entre Justiça nacional e a supranacional. São dois níveis distintos de Poder Judiciário, com competências comuns e concorrentes, que produziram sentenças diferentes, opostas no tocante a vigência e validade de uma norma brasileira. Em outros aspectos as justiças se alinham, como no caso da Comissão da Verdade e no pagamento de indenizações por danos dos mais diversos produzidos durante o período ditatorial.

A Ditadura Militar no Brasil foi caracterizada pelo autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais e violência por parte dos agentes do Estado. O artigo utilizou os métodos histórico, dedutivo e indutivo para abordar a Lei da Anistia e as duas decisões.

Com a democratização foi necessário que o Estado se prevenisse para que as suas condutas ilegais não fossem punidas. Em razão disso, promulgou-se a lei 6.683/79 – a Lei de Anistia. Surge durante a “Justiça de Transição” e com isso, a democracia se torna permissiva com os crimes cometidos. Surgem então decisões de dois níveis: uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão ao qual o Brasil se submete e, outra, em sentido contrário, que foi prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da

Constituição. A Lei de Anistia tem interpretações distintas, sendo uma transnacional da Corte e outra do Supremo.

Abordou-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 157 considerou a Lei de Anistia compatível com a Constituição. Em seguida, discorreu-se sobre o Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário e que possui caráter suprallegal, possibilitando o controle de convencionalidade.

Também se discorreu sobre o julgamento do caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, que declarou a incompatibilidade da Lei de Anistia Brasileira com o Pacto. Por fim, abordamos os reflexos da sentença emitida pela Corte visando demonstrar que dentro de um avanço histórico, o controle de convencionalidade é a terceira etapa da efetiva efetivação dos direitos humanos.

2. Objetivo da Lei de Anistia e o Conflito

Dentro do processo de democratização, o Brasil elaborou normas visando amenizar as violações aos direitos humanos durante a Ditadura Militar, em especial a Lei 6.683/79. O esquecimento foi o objetivo da Lei de Anistia brasileira, que visou então apagar e perdoar as violações graves de direitos humanos, como tortura, desaparecimento forçado, prisões arbitrárias e crimes de terrorismo. Buscou-se obter com uma lei ampla, geral e irrestrita semelhante à anistia penal.

A Lei de Anistia é um reflexo da chamada “Justiça de Transição”, na qual se buscou o perdão a todos quantos, no período entre 1961 a 1979 cometeram crimes políticos ou conexos, bem como os de qualquer natureza relacionados com os políticos. O objetivo foi o perdão dos agentes do Estado e dos grupos de esquerda.

Os desaparecidos, pela lei, contam com procedimentos para que as famílias regularizarem o registro civil e tomem providências.

A Lei de Anistia, que permitiu inicialmente a volta dos exilados, posteriormente limitou acesso ao Judiciário. Por isso mesmo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – número 157, questionou a recepção da norma junto ao Supremo Tribunal Federal.

O mesmo ocorreu em nível da Comissão IDH e posteriormente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos ligados à Organização dos Estados Americanos. Desta feita por outros interessados.

A Justiça do Brasil por meio do seu “tribunal constitucional” reconheceu a recepção desta lei, bem como a impossibilidade de reversão de seus efeitos por decurso do tempo, o instituto da coisa julgada e da prescrição dos crimes cometidos.

De outra parte, a Jurisdição Internacional não compartilhou com a mesma tese doutrinária, criando um conflito: STF *vs.* Corte IDH.

3. Constituição Federal de 1988 e as Duas Justiças

O Supremo Tribunal Federal é o “guardião” da Constituição, mas o Brasil reconhece o Pacto de San José e, portanto, aceita à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com uma mudança em 2004, a Constituição dá “status” de emenda aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum qualificado, bem como afirma que há direitos e garantias fora do “Bill of Rights” brasileiro, nos tratados de direitos humanos. Dentro da Soberania do Estado há uma ampliação do rol já estipulado pela Constituição, ou seja, um caráter complementar segundo Piovesan (2008, p.55), a fim de proteger direitos humanos.

A jurisdição internacional complementa a proteção, o que exige a compatibilização da posição jurisprudencial brasileira à da Corte IDH. Como ressalta Cançado Trindade (1993, s/n): “ya no se justifica que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados en forma estática o compartibilizada, como lo fueran en el pasado”. Para o magistrado brasileiro da Corte não existe dúvida que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional e provocam as mudanças na evolução interna e nos ordenamentos constitucionais dos Estados afetados.

Há uma incompatibilidade de posicionamento da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para quem os crimes cometidos durante o período ditatorial não prescrevem. Por outro lado, a sentença do STF afirma que os crimes receberam anistia, pois a Lei 6.683/79 foi considerada recepcionada no julgamento da ADPF 157.

A Constituição traz princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais e aceita os contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Os princípios “são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto concatenado, enquanto “mandamentos nucleares” (ROTHENBURG, 1999, p. 51).

A Constituição prevê princípios que norteiam suas relações internacionais no artigo 4.o. e incisos, em especial a prevalência dos direitos humanos, que abre espaço para julgamentos supranacionais. Há de se ter em conta a prevalência dos direitos humanos para todas as questões.

A dignidade humana se sobrepõe a qualquer princípio, sendo base da interpretação e a validade de qualquer lei. Além disso, há o princípio interpretativo *pro homini*, que é considerado vetor em todos os casos ou conflitos.

Nos conflitos entre julgamentos internos e das cortes internacionais, há necessidade da interpretação *pro homini*. Isso ocorre também quando há concurso de normas, a soberania estatal vs. órgãos jurisdicionais internacionais.

Gomes(2007, s.p) esclarece que algumas vezes será a norma doméstica e outras a norma oriunda dos tratados, entendimento também do Supremo Tribunal Federal no voto do Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP, relator Ministro Cezar Peluso, j. 22.11.06) que foi reiterado no HC 90.172-SP, segunda turma, votação unânime, j. 05.06.07. Numa entrevista em 2013, o juiz Sierra Porto, presidente da Corte IDH explica sobre “la única alternativa no es que prime uma sobre la outra, sino que hay ocasiones donde prima la Convención, otras donde priman nas normas internas y outra donde se podrian harmonizar”¹.

Quando o Estado compromete-se com um tratado de direitos humanos, como o caso do Brasil no Pacto de San José assume uma dupla obrigação. Germán Bidart Campos, na obra “La Interpretación de Los Derechos Humanos en La Jurisdicción Internacional y En La Jurisdicción Interna”, explica a dupla obrigação:

Es bueno desde ya enfatizar que el “texto” de um tratado forma parte de un “contexto”, enel que el sentido integral se esclarece por el objeto y el fin del tratado. Los tratados de derechos humanos han de interpretarse em el contexto de la democracia, y conforme a su fin, que es doble: a) obligar a los estados a conferirles vigencia sociológica y b) dandole aplicación em su jurisdicción interna a favor de cuentas personas se hallan sometidas a ella. (BIDART CAMPOS, Germán,1998, p. 95.)

O Brasil se obriga com a jurisdição internacional em casos de violações aos preceitos protegidos nos tratados – primeira obrigação – e em segundo plano, interno, de fazer valer todos os meios de proteção para que não haja riscos de abusos e infrações por parte do Estado signatário, além de não utilizar-se de normas de âmbito interno para se escusar de cumprir essas obrigações.

4. Julgamento da ADPF 157: A Recepção da Lei de Anistia

A não recepção da Lei de Anistia foi solicitada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, porém sem sucesso na Justiça brasileira. Como foi promulgada em 1979, não há que se discutir sua inconstitucionalidade, mas sim sua recepção ou não. A

1 Diario El Espectador. Medidas cautelares si son de obligatorio cumplimiento”: Presidente de la CIDH. Edición digital de 27 enero de 201. <http://elespectador.com/noticias/bogota/medidas-cautelares-si-son-de-obligatorio-cumplieneto-p-articulo-471274>.

Ordem ajuizou em 2008, ao Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.

A Ordem e de grupos de direitos humanos, como o “Tortura Nunca Mais”, questionavam o caráter “amplo, geral e irrestrito”, que possibilitou que todos os agentes do Estado, mesmo assassinos e torturadores, fossem anistiados. Além disso, arguiu-se sobre a imprescritibilidade dos crimes dos agentes estatais.

O Supremo julgou improcedente a ação e a Lei de Anistia passou a ser recepcionada por sentença transitada em julgado. O relator do processo Ministro Eros Grau votou pela improcedência da ação e foi acompanhado por mais quatro ministros, inclusive, o Presidente do Supremo no período, Ministro Cezar Peluso.

O acórdão da ADPF nº. 157:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

(ADPF 153, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011)

Há dois votos contrários a recepção da lei dos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O Ministro Lewandowski defendeu que a ação visava esclarecer se os agentes do Estado que praticaram crimes comuns(homicídios, desaparecimentos, torturas) estariam

ou não abrangidos pela Anistia por serem crimes conexos aos delitos políticos. Para ele, à menção à conexão não estabelece vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns dos agentes do Estado, para conferirem o mesmo tratamento jurídico (ADPF nº. 157, 2010, p 112).

Sobre os crimes comuns dos agentes estatais, o Ministro buscou destacar a punibilidade dos crimes de lesa-humanidade, pois são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis e sujeitos à jurisdição internacional. No âmbito interno, os crimes dos agentes estatais possuem previsão no Código Penal.

O Ministro Lewandowski citou ainda a “Inafastabilidade da Jurisdição”, que “Os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada pelo Brasil, têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos.” (2010, p. 129) e que o descumprimento desse acordo caracteriza uma violação grave. Afirmou que os agentes dos Estados não estão de forma direta e automática abrangidos pela Lei de Anistia. Portanto, sua aplicabilidade aos agentes estatais deve ser analisada caso a caso,

O Ministro Ayres Britto votou pela procedência, dizendo que há diferenciações no tocante ao perdão por parte de um indivíduo e o perdão de toda uma coletividade (ADPF nº. 157, 2010, p.136). Disse que houve covardia por parte do Estado de assumir a intenção de anistiar agentes estatais que causaram dor e sofrimento aos civis.

Encerrou seu voto alegando que não conseguia encontrar o caráter “amplo, geral e irrestrito” (ADPF nº. 157, 2010, p.146). Não apenas seguiu a tese do Ministro Lewandowski como também abordou a exclusão da aplicação da Anistia aos crimes hediondos e equiparados, praticados com frequência no período.

5. O Pacto de San José e o Brasil

A proteção internacional dos Direitos Humanos teve seu início com a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos de 1948, mas a Convenção de Viena sobre Tratados estabeleceu o conceito de *jus cogens*, às normas imperativas de direitos humanos. O artigo 53:

A norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza. (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE TRATADOS, 1969, s.p.)

Em nível regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo Mazzuoli e Gomes (2009, p. 18) “é o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente, e o que confere suporte axiológico e completude a

todas as legislações internas dos seus Estados partes”. Foi assinada em San José, na Costa Rica, em novembro de 1969 e entrou em vigor em nível internacional no ano de 1978, contudo, só foi ratificada pelo Brasil em 1992.

O objetivo da Convenção Americana é assegurar diversos direitos fundamentais ou humanos no âmbito civil, constitucional e político, assim como os tratados da OEA. O preâmbulo da Convenção traz princípios que visam defender a dignidade do ser humano, que é a base. O artigo 1.o. traz o compromisso do Estado-membro de respeitar e garantir as liberdades individuais e direitos intrínsecos, independentemente da condição em que se encontre o ser humano. Fica claro, princípio da dignidade humana como a pedra fundamental do Sistema. Há ainda princípios da ampla defesa, contraditório, isonomia, legalidade e outros.

Thomas Buergenthal, na obra “The Interamerican System For The Protection of Human Rights”, alega que “A Convenção é mais extensa que muitos instrumentos internacionais, pois contém 82 artigos e codifica mais que duas dúzias de distintos direitos” (1984, p. 441).

O Pacto de San José da Costa Rica é, sem dúvida, um marco na evolução dos direitos humanos em nível internacional. A adesão do Estado Brasileiro a tal documento compromete todos os órgãos, sejam do Executivo como do Judiciário, para que busque a interpretação que melhor se adequa aos preceitos contidos na Convenção e na Constituição, que são as principais ferramentas para a concretização de um Estado Democrático e Social de Direito.

6. Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Os Países Americanos, em exercício de sua soberania adotaram uma série de instrumentos internacionais que se transformaram na base do atual Sistema Interamericano de Direitos Humanos, oriundo das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. O Sistema prevê dois órgãos destinados a velar por sua observância dos direitos humanos.

Por meio da Convenção de Direitos Humanos, de 1969, os Estados signatários se comprometem a respeitar seus princípios e abrem mão voluntariamente da soberania nacional diante de outros valores que visem a proteção dos direitos nela garantidos. Na Justiça brasileira, a Convenção Americana de Direitos Humanos possui status supralegal, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal como explica Valério Mazzuoli, em seu artigo, “A tese da supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos”, (2009, s. p.).

Contudo, de acordo com entendimento da Corte Interamericana, o status que lhe é atribuído dentro do ordenamento do Estado signatário é irrelevante, já que se trata de

compromisso atinente à proteção dos direitos humanos. Por esta razão, deve ser aplicada a norma ou interpretação mais benéfica ao ser humano. No caso que abordamos, de Estados numa Justiça de Transição como o Brasil, seria mais adequado aplicarmos a interpretação dos Órgãos Interamericanos, prestigiando o controle de convencionalidade que para Ray Cantor (2008, p. 48) “é um mecanismo de proteção processual que exerce a Corte”

Para fiscalizar os compromissos assumidos foram instituídas a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 33 do Pacto).

7. A Comissão Interamericana

A Comissão IDH é um órgão não-jurisdicional, que em 2011 sofreu modificações e passou a exercer um tipo de “juízo de admissibilidade”. Hector Fix-Zamudio analisa que as competências da Comissão e da Corte incluem a “instrução, investigação e mais importante a tutela dos direitos humanos” (2004, p. 172.). Ambos os órgãos são compostos por sete membros, nomeados e eleitos pelos Estados em Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos. Desenvolvem seus papéis sem nenhuma vinculação com os seus Estados de origem, ou seja, não representam o país de sua nacionalidade.

A Comissão é um órgão de solução de conflitos, como revela Ernesto Rey Cantor, cuja função principal a defesa dos direitos humanos:

a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção; (OEA – Organização dos Estados Americanos, s.d., s.p.)

Cabe salientar que o artigo 44 da Convenção Americana diz que:

Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, **pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado -parte.** (grifo nosso)

O direito de petição à Comissão encontra-se disposto à disposição quando ocorrer uma violação dos direitos humanos disciplinados no Pacto de São José. É de qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, ou mesmo uma entidade não governamental com os requisitos dispostos no artigo 46.

Assim que a Comissão reconhecer a petição, adotará procedimentos para que cessem as violações da Convenção e demais normas internacionais. Uma das atribuições é a emissão de medidas cautelares e o requerimento de medidas provisionais por parte da Corte, como consta no item *g*.

As medidas cautelares podem ser emitidas em três hipóteses: em casos de danos, no contexto de uma denúncia que esteja tramitando, em situações de urgência, para evitar danos a pessoas. A segunda hipótese é em casos em que o objeto da ação, ou seja, a matéria tratada na petição será apreciada. E a terceira hipótese, versa sobre o requerimento da cautelar, quando não existe uma denúncia em trâmite diante a Comissão.

É dever dos membros da Comissão provocar a jurisdição da Corte remetendo casos por ela investigados e ainda solicitar da Corte, opiniões consultivas e medidas provisionais.

8. A Corte IDH e suas Funções

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é tribunal autônomo que aplica e interpreta a Convenção Americana e outros tratados de direitos humanos. Sanciona os Estados Membros que violem direitos humanos na função contenciosa, dentro da qual se encontra a resolução de casos e o mecanismo de supervisão de sentenças e uma função consultiva: a função de ditar medidas provisionais. Por meio da função contenciosa da Corte investiga e julga se um Estado cometeu violação de algum dos direitos e/ou princípios contidos pela Convenção ou de outros Instrumentos Internacionais.

A Corte tem considerado que o efetivo cumprimento de suas decisões é parte integrante do direito de acesso à Justiça, mas não há mecanismos efetivos para executar as decisões, como na condenação do Brasil. No entanto, a Corte aceita que os juízes nacionais exerçam o controle de convencionalidade, como no caso *Cabrera García y Moriel Flores vs. México* (Sentença de 26 de novembro de 2010. Serie C. No. 22. Voto do juiz Eduardo Ferrer, parágrafo 87)

Há ainda a função consultiva, quando a Corte responde a questionamentos formulados pela Comissão ou pelos Estados Membros da OEA, sobre a compatibilidade das normas de direito interno com a Convenção e outros tratados.

São atribuições as denominadas medidas provisionais, que estão previstas na Convenção Americana e se aplicam aos Estados Partes, em caso de extrema gravidade e urgência, para evitar danos irreparáveis, que tem caráter obrigatório (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 164). O artigo 63.2 cita também que, em situações que se encontrem em fases processuais, as medidas provisionais podem ser outorgadas tanto sobre assuntos dos quais estiver conhecendo a Corte, quanto a assuntos que ainda não foram submetidos ao seu conhecimento.

Atualmente, realizam-se quatro períodos ordinários de sessões ao ano e dois períodos extraordinários. O quórum para deliberações é de 5 dos 7 juízes.

Somente os Estados-partes e a Comissão podem submeter um caso à análise da Corte IDH, sendo vedadas petições individuais.

As decisões da Corte têm um impacto que vai mais além dos limites específicos de cada caso em concreto, pois forma a jurisprudência, que pelas interpretações atinge o direito interno dos Estados-membros da OEA, como revela Pablo Dario Villalba Bernié(2014, p. 633), que o Sistema: “erige la justicia como valor central..... primordialmente cuando refiere a procesos constitucionales insturados en defensas de derechos fundamentales”.

Essa Justiça como valor central é, por vezes, o último recurso que vítimas e sociedade possuem para garantirem, de forma efetiva, seus direitos humanos perante o Estado.

9. Caso Lund Gomes e outros vs. Brasil

Depois da apreciação na Comissão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o Estado Brasileiro por diversas violações aos direitos humanos, no caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”. O julgamento ocorreu em 24 de novembro de 2010, e começou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Pela sentença Lund Gomes e outros *vs.* Brasil, a Lei de Anistia Brasileira é considerada incompatível com os princípios da Convenção IDH, por não promover a persecução penal de crimes cometidos pela Ditadura. As graves violações sofridas não podem ser anistiadas ou indultadas, em especial os desaparecimentos forçados e tortura.

A investigação das violações começou na Comissão em 1995, por iniciativa do Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pela Human Rights Watch/Americas. A demanda foi submetida a Corte no dia 26 de março de 2009, no caso 11.552, conhecido como Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia).

Foi o entendimento da Comissão sobre a responsabilidade brasileira pela tortura, detenção arbitrária e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre opositores do regime militar, além de agricultores civis, durante a ditadura militar (1964 - 1985), que ocasionou na denúncia do Brasil como réu na demanda, já que por causa de manobras do Governo, por meio do Exército Nacional, realizadas no período de 1972 e 1975, ocorreram os ataques e extermínio no Araguaia.

A Corte entendeu que a sentença da Justiça brasileira sobre a Lei nº 6.683(Lei da Anistia) deve ser considerada inválida. A lei perdoava tanto os opositores do regime ditatorial quanto os militares homicidas e torturadores, segundo entendimento do Supremo Tribunal federal. Segundo a sentença, os crimes dessa natureza não prescrevem e que o Brasil não fez as apurações devidas. O Brasil deveria julgar os responsáveis pelas mortes e desaparecimentos de 70 pessoas.

A Comissão pediu que a Corte Interamericana determinasse a responsabilização internacional do Brasil por descumprir as obrigações internacionais nas quais se submeteu em razão da ratificação da Convenção.

O Estado Brasileiro descumpriu os artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13 e 25 da Convenção Americana, juntamente com as obrigações dispostas nos artigos 1.1 e 2º do mesmo Pacto de San José da Costa Rica. Com fundamento no parágrafo 258, a Comissão solicitou que a Corte concluísse e declarasse o Brasil responsável por ”a) violação dos direitos à personalidade jurídica, vida, integridade pessoal e liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7), em conexão com o artigo 1.1, todos da Convenção em detrimento das 70 vítimas desaparecidas; b). violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em relação com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e seus familiares, assim como da pessoa executada e seus familiares, em virtude da aplicação da lei de anistia à investigação sobre os fatos; c). violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25): d). violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13); e). violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em conexão com o artigo 1.1, ambos da Convenção, em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis, assim como pela falta de acesso à justiça, à verdade e à informação.

A Comissão também solicitou à Corte, de acordo com o parágrafo 259, que ordenasse ao Brasil revogar a Lei da Anistia e julgar os acusados.

Na contestação, o Brasil apresentou três exceções preliminares, sendo a primeira de incompetência da Corte em razão do tempo (*ratione temporis*), pois abusos ocorreram antes da submissão do Brasil ao Pacto e da sua ratificação. Pela tese, o Brasil não aceitava a competência contenciosa, pois não havia assinado o Pacto durante os fatos. A segunda preliminar de exceção assegurava que havia incompetência da Corte Interamericana em razão da falta de esgotamento dos recursos internos, pois o STF ainda não havia se manifestado.

Por fim, alegou-se ausência de interesse processual da Comissão e de seus representantes, pois o Estado teria tomado todas as providências cabíveis ao caso, e com isso, deveria ocorrer o arquivamento deste. No tocante ao mérito, o Brasil reforçou que buscava uma solução interna ao caso Gomes Lund.

Em janeiro de 2010, a Comissão e seus representantes ofereceram, simultaneamente, “suas alegações às exceções preliminares opostas pelo Estado.” (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010). Depois dessas alegações, em audiência pública, foi apresentada a quarta exceção preliminar pelo Estado Brasileiro: a “regra da quarta instância”, baseando-se em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pela qual a lei 6.683/79 também anistiou todas as condutas cometidas.

Na sentença, a Corte, rejeitou essas teses de defesa. Sobre à questão temporal, a Corte ressaltou que os atos, como desaparecimentos, são crimes permanentes, pois

“continuam com a falta de informação do seu destino...(..)..permanecem até que se conheça o paradeiro dessa pessoa” (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

No que diz respeito à alegação da falta de interesse processual, predominou o entendimento da Corte que todas as pessoas são titulares para apuração de violações de direitos humanos, como pacificado na jurisprudência.

No tocante ao esgotamento dos recursos internos, a rejeição foi com base na demora excessiva e injustificada, pois a ação foi proposta em 1982 e a sentença de primeira instância foi de 2003, chegando ao STF em 2009.

A preliminar “proibição da quarta instância” também foi rejeitada, como consta no parágrafo 48. A Corte justificou seu parecer, por crer que a demanda não pretende revisar a sentença do Supremo, como está no parágrafo 49: “que não há a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento n.153, mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção”.

O dispositivo da sentença declarada, por unanimidade de votos, que a Lei da Anistia viola direitos humanos e é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos e, por isso, sem eficácia alguma em âmbito internacional. O Brasil foi responsabilizado pelo desaparecimento forçado de todos aqueles envolvidos na Guerrilha do Araguaia, além dos mortos e torturados.

O País também foi responsabilizado por não adequar seu direito interno a Convenção Americana, conduta prevista no artigo 2º, que diz ser dever do Estado adotar disposições de direito interno em consonância com a Convenção, como no julgamento posterior *Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, de 2012, quando a Corte voltou a impor a remoção de qualquer obstáculo de “jure y de facto” que impeça a investigação e julgamento de fatos na busca da verdade..

A Corte declarou também que o Brasil violou os artigos: 1º item 1, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º,8º item 1,13 e 25 do Pacto e no mesmo parágrafo da sentença dispuseram que o Estado tem o dever de indenizar por danos materiais, imateriais, além da restituição pecuniária das custas e gastos, fixados por eles.

A Corte condenou o Brasil a descrever como tipo penal a conduta de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos, além de realizar ato de caráter público, para reconhecer a sua responsabilidade em nível internacional sobre fatos do caso Guerrilha do Araguaia.

O cumprimento das funções tem como base o artigo 62 da Convenção. Neste sentido se opera a concorrência dos controles internos e internacional, como está na sentença de fundo do caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*: “se há instaurado um control dinâmico e complementário de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades interna (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (em forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre si” (Sentença de 30 de novembro de 2012, Serie C No. 259, párrafo, 143)

Além dessas condutas já elencadas, a Corte obrigou o Estado a financiar o tratamento psicológico e psiquiátrico para as vítimas.

O Juiz Roberto de Figueiredo Caldas concordou com a decisão que envolve debate de transcendental importância para a sociedade e para o Estado como um todo, particularmente para o Poder Judiciário, que se deparará com caso inédito de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional até então pacificada.

10. Conclusões

O conflito entre o Sistema Interamericano e o Supremo Tribunal Federal traz a discussão sobre jurisdição, que deve ser resolvido com o prestígio dos direitos humanos por meio do controle de convencionalidade.

A instituição do controle de convencionalidade se converteu não apenas em algo novo na doutrina, mas a principal discussão entre os Estados-parte dentro da Convenção Americana. No caso brasileiro há uma figura cuja discussão e desenvolvimento ocorre envolvendo a Justiça de Transição de recepção ou não da Lei de Anistia.

Esse é o contexto do caso *Gomes Lund*, que confronta uma decisão nacional e supranacional da Corte IDH, que vincula os Estados-parte para a concretização de direitos humanos. Há um julgamento do Supremo Tribunal Federal e uma decisão da Corte IDH. A partir desses julgamentos, cria-se um novo diálogo entre a Justiça local e a regional.

Essas sentenças formulam três perguntas: qual das decisões deve prevalecer? Quais os mecanismos processuais de efetividade do direito emanado pela Corte IDH? Qual é o momento e o modo de recepção do controle de convencionalidade como mecanismo de efetividade do Pacto no Brasil?

Com a decisão do Supremo, o aparato do Estado atua de modo que as violações fiquem impunes.

As perguntas podem ser respondidas pela reconstrução dos métodos históricos de recepção e apropriação do direito internacional dos humanos, com busca do desenvolvimento e melhoria da proteção.

Uma etapa inicial foi o Brasil assinar o Pacto de San José, que foi meramente simbólico, pois o mecanismo de efetivar os direitos previstos nos tratados dependia ainda da ratificação.

Na segunda fase, com a democratização e a promulgação da Constituição de 1988, bem como com a ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Uma terceira etapa está para ser implementada a partir da figura do controle de convencionalidade, que pretender fazer que os tratados sejam um direito normativo, efetivo e vigente. Nesta fase, os órgãos da OEA reafirmam seu valor. A Comissão vai apurar violações presentes e passadas dos direitos humanos e buscar uma solução negociada, enquanto que a Corte IDH, por sua vez, estabelece uma jurisdição plena inclusive para afastar normas internas que não estejam de acordo com o Pacto. A Lei de Anistia deve ser revogada com base nos tratados de direitos humanos, em especial o Pacto de San José.

Por isso, os juízes, desembargadores e ministros dos Estados-partes estão obrigados a efetivar o controle de convencionalidade para revogar normas internas. Os juízes nacionais devem se converter nesta fase da evolução dos direitos humanos nos primeiros magistrados interamericanos. Para tanto, o Brasil precisa cumprir a decisão, como início desta mudança, podendo qualquer juiz ou tribunal declara a Lei da Anistia invalida.

A supra legalidade dos tratados legitima o controle de convencionalidade, que tem a finalidade de remover os equívocos da sentença da mais alta corte nacional. Usando o controle de convencionalidade, a Lei de Anistia pode ser considerada novamente incompatível com Sistema Interamericano. O Brasil já foi responsabilizado pelos desaparecimentos forçados, mortes e torturas ocorridas na Guerrilha do Araguaia, além da recomendação da implantação de uma Comissão da Verdade, a exemplo da Argentina, para investigar todas as violações causadas. Cumpriu boa parte da decisão, como a Comissão da Verdade, pagamento de indenizações e outras.

A Comissão Nacional da Verdade ao encerrar seus trabalhos em dezembro de 2014 recomendou a punição dos agentes do Estado responsáveis por crimes na Ditadura.

11. Referências

AMBOS, Kai, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner. **El Marco Jurídico de La Justicia de Transición**. Con informes de America Latina, Alemania, Italia y España. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. San José**: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: Nunca Mais**. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

- ARRUDA, Marcos. Cesar Caldeira. **Como Surgiram as Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.
- BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 1. 1988.
- BIDART CAMPOS, Germán J. **La Interpretación de Los Derechos Humanos En La Jurisdicción Internacional y En La Jurisdicción Interna**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- BRASIL. Presidência da República. **ATO INSTITUCIONAL Nº 1**. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm> Acesso em: 19 de Abril de 2014.
- BRASIL. Presidência da República. **ATO INSTITUCIONAL Nº 5**. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm> Acesso em: 20 de Abril de 2014.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.683 de 28 de Agosto de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 19 março 2014.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal**. Promulgada em 24 de Janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 20 de Abril de 2014.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 de Abril de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 157**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Eros Grau. Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>> Acesso em: 14 de Abril de 2014.
- BUERGENTHAL, Thomas. **The Interamerican System For The Protection Of Human Rights**. Oxford: Claredon Press, 1984.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.
- _____. **La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos <in> El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos**, São José da Costa Rica: Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1993.

- CANTOR, Ernesto Rey. **Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Colômbia, 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_por.pdf. Acesso em: 9 abril 2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abril 2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Sentença de 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abril 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Saraiva, 1983.
- _____. **A Ditadura Brasileira de 1964**. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_ditadura_brasileira_de_1964.pdf. Acesso em: 25 de Abril de 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; SWENSSON Jr., Lauro Joppert; Martins, Antonio (Org.). **Justiça de transição no Brasil**. Direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Revista Latinoamericana de Derecho, México, ano 1, n. 1, enero/jun. 2004. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf>. Acesso em: 28 de Setembro de 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa do “Pro homine”** (Segunda parte). Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070725090950693&mode=print. Acesso em: 6 de Outubro de 2014.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716&mode=print>. Acesso em: 22 de Setembro de 2014.
- Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- SOARES, Inês Virgínia Parado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OEA, Organizações dos Estados Americanos. **Mandato e Funções da CIDH**. Disponível em:<<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/funciones.asp>>. Acesso em: 22 de Setembro de 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos**. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (org.). São Paulo: RT, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PORTAL Julio Hidalgo. **Princípios Constitucionais que Regem as Relações Internacionais**. Disponível em:<<http://www.juliohidalgo.com.br/Arquivo20-Principios-Constitucionais-que-regem-as-relacoes-internacionais.pdf>> Acesso em: 21 de Abril de 2014.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **El control de convencionalidad**, Bogotá: Temis, 2014.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- TORRES, Gigena apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2. 1992.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Processal Constitucional Transnacional – El proceso Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos <in> Derecho Procesal Constitucional**(organizador Eduardo Andrés Velandia Canosa). Bogotá: VC Editores, 2014.
- VENTURA, Zuenir. **1968: o ano que não terminou**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Daria.. **Orientadores Procedimentales del Ámbito Internacional Hacia El Orden Interno <in> Derecho Procesal Constitucional**(organizador Eduardo Andrés Velandia Canosa). Bogotá: VC Editores, 2014.

TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 45/2004: A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Advogada. Integrante do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da FECOMERCIO e membro do Conselho de Estudos Avançados da FIESP (CONSEA). Presidente da Comissão de Direito Constitucional da ADFAS. Professora da graduação e do mestrado e coordenadora do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Advogada. E-mail:samanthameyer@uol.com.br

FLÁVIA PIVA ALMEIDA LEITE

Doutora em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica – PUC – São Paulo/SP, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru /SP, Pós graduada em Gerente de Cidades pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP – São Paulo – SP. Membro da Comissão de Infraestrutura, Logística e Desenvolvimento Sustentável da OAB/SP. Avaliadora do CONPEDI. Professora do Mestrado de Direito da Sociedade da Informação da FMU, advogada e palestrante. Email: flaviaaleite3@hotmail.com

Resumo

Trata-se de analisar o *status* normativo dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista as alterações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04, conhecida como Reforma do Poder Judiciário. Referida Emenda trouxe a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equiparados às emendas constitucionais e, portanto terem *status* normativo constitucional. No entanto, manteve-se silente no tocante aos tratados aprovados antes da sua promulgação. Todavia, o Supremo Tribunal Federal conferiu *status* supralegal aos referido tratado. Cumpre examinar em que medida essa alteração constitucional trouxe uma maior proteção aos direitos humanos, para tanto se analisa detidamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovados na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave

Direito Internacional; Direitos humanos; hierarquia dos tratados.

Abstract

It is analyzing the legal status of human rights treaties in the Brazilian legal system, in view of the changes introduced by the Amendment to the Constitution n. 45/04, known as the Judiciary Reform. Such amendment brought the possibility of the human rights treaties being likened to constitutional amendments and therefore have constitutional legal status. However, he remained silent with regard to approved treaties before its enactment. However, the Supreme Court gave supra-legal status to that treaty. Must be examined to what extent this constitutional change brought greater protection of human rights, therefore it closely examines the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in the form of paragraph 3 of article 5 of the Federal Constitution of 1988.

Key words

International Law; Human rights; hierarchy of treaties.

1. Introdução

Com o final da Segunda Grande Guerra dá-se início ao processo de internacionalização do Direito e ao chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que nasce como resposta às atrocidades e às monstruosas violações de direitos humanos cometidos pelo nazismo da era de Hitler.

Surge uma preocupação em proteger e garantir os direitos humanos e criar mecanismos para efetivá-los. Os Estados passam a celebrar tratados e convenções para assegurar os direitos humanos, procurando adaptar seus ordenamentos jurídicos internos aos tratados de direitos humanos.

Nesse contexto, surge a Organização das Nações Unidas (ONU) em substituição a Liga das Nações e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, marco histórico na proteção dos direitos humanos.

A partir de então, a luta pela consciência material de um mínimo de direitos relacionados ao homem transpassa o domínio reservado de um único Estado, e passa a ser encarado como um direito de domínio de toda a comunidade.

O processo de internacionalização do Direito e de proteção dos direitos humanos ganhou força com o surgimento de blocos econômicos, como a União Europeia. Na América do Sul, o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai como membros efetivos e a Venezuela formam o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, uma união aduaneira cuja função precípua é garantir a intergovernabilidade entre eles. No entanto, diferentemente do que ocorre na União Europeia a elaboração das normas do MERCOSUL se dá

por um processo de harmonização (*rapprochement*) e sua aplicação por meio de regulação (*mixt law*).¹

O processo de internacionalização do Direito no Brasil se encontra diretamente relacionado com o processo de internacionalização dos direitos humanos, na medida em que o Texto Constitucional dispõe sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos e também em virtude do amplo rol de direitos fundamentais assegurados na Constituição.²

Constata-se, uma tendência de harmonização de conceitos que se consubstancia num procedimento de mão dupla: as constituições nacionais passam a considerar as relações do Estado com o Direito Internacional e este a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes. Há “um grau cada vez mais elevado de penetração do Direito Constitucional pelo Direito Internacional.”³

Pode-se afirmar que o Brasil não ficou alheio no que se refere ao sistema internacional de proteção de direitos humanos. Pelo contrário, a Constituição brasileira de 1988 se mostrou receptiva à internacionalização do Direito e a proteção dos direitos humanos. Em seu texto há diversos dispositivos abertos ao Direito Internacional. Em sua redação original já previa no parágrafo único do art. 4º que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino americana de nações.” O Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” também elenca extenso rol de direitos humanos.

No entanto, aspecto importante na proteção dos direitos humanos diz respeito ao *status* normativo que os tratados de direitos humanos usufruem no ordenamento jurídico interno. Nesse particular, cumpre analisar detidamente o *status* normativo desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as alterações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04 nessa matéria e a aprovação da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência na forma estabelecida pela referida Emenda.

2. A Constituição de 1988 e os Tratados de Direitos Humanos

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais ganham ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado,

1 DELMAS-MARTY, Mireile. *Por um direito comum*, São Paulo: Martins fontes, 2004, p. 47, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, p. 45.

2 Cf. MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. “A internacionalização do Direito Constitucional”. *In.: Coletânea de Estudos Jurídicos*. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSON, Zilah Maria Callado Fadul. Coordenadoras. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Organizadora. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

3 TOURARD, Héléne. *L'internationalisation des Constitutions Nationales*. Paris: L.G.D.J., 2008, p.11.

abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história do direito constitucional do país. De forma inédita, já em seu Título I, elevou o valor da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental desse novo Estado, nos termos do artigo 1º, inciso III.

A dignidade humana, nessa nova ordem constitucional instaurada em 1988, impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de todo seu sistema constitucional.⁴ Vê-se também que o inciso II do seu artigo 4º acentua que o Brasil se vincula ao fundamento principiológico do respeito e prevalência dos direitos humanos em suas tratativas com os demais países e organismos internacionais.

Em face desse novo cenário inaugurado a partir da Constituição Federal de 1988, importantes tratados, voltados a valorização dos direitos humanos foram ratificados pelo Governo brasileiro. Entre eles, destacam-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989); o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1992); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995); o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1996); o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (1996); a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (2001); o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (2002); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (2002); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2004); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis (2004); o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (2007).⁵

A Constituição Federal de 1988 apesar de incorporar relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, contudo, embora seja um texto inovador, não previu expressamente o status com o qual os tratados ou convenções adentrariam no ordenamento jurídico pátrio.

4 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

5 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127-128.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversas interpretações emergiram consagrando um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da simples leitura do referido poder-se-ia depreender que, a princípio, os tratados de direitos humanos no Brasil usufruiriam de um status normativo constitucional. Contudo, não foi essa a interpretação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Interessante, observar, no entanto, que em matéria tributária o entendimento é outro, pois o Código Tributário Brasileiro de 1966, anterior à Constituição de 1988, estabelece em seu art. 98 a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional e o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu essa prevalência, apenas em matéria tributária.

Referido dispositivo constitucional deu ensejo a acirradas discussões, tanto na doutrina como na jurisprudência sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos dentro da ordem interna, que segundo Flávia Piovesan, pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional de tais tratados; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas; c) a tendência que atribuiu hierarquia infraconstitucional, mas supralegal a esse tipo de documento e, por fim, d) que reconhece a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.⁶ Analisar-se-á em breves linhas cada uma dessas posições.

A primeira vertente que professa que os tratados de direitos humanos incorporados ao Direito brasileiro ingressariam no sistema jurídico pátrio com superioridade normativa, entre nós, é defendida por Celso D. de Albuquerque Mello. Em outras palavras, os tratados de direitos humanos estariam acima da Constituição brasileira, usufruindo de um status normativo diferenciado no ordenamento jurídico pátrio. Essa tese é de difícil adequação na medida em que o sistema brasileiro é regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Nesse particular assevera Gilmar Ferreira Mendes que: “entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas legais.”⁷

6 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. Ver Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo, relator Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos, proferiu comentários à p. 1139, em julgamento que envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A segunda posição defende que os tratados de direitos humanos possuiriam estatura constitucional em face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Defende essa linha exegética no Brasil, Antonio Augusto Caçado Trindade⁸, Flávia Piovesan⁹, José Afonso da Silva¹⁰, dentre outros.

Assevera Flávia Piovesan que a Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu artigo 5º, §2º que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. Os tratados de direitos humanos formariam, na concepção de Flavia Piovesan um “bloco de constitucionalidade”.

Conclui a mesma autora que “este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”. Ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.¹¹

Há que se enfatizar, porém, que a hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados que versem sobre direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados comuns, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional, extraída do art. 102, III, b, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

A terceira tese acima enunciada prega a ideia de que os tratados de direitos humanos poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Foi a posição inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, em que a maioria de seus membros entendeu que ato normativo internacional – no caso, o conflito referia a tema comercial: a Convenção de Genebra - Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – poderia ser modificado por Lei Nacional

8 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

9 PIOVESAN, Flavia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

10 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.11.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

11 PIOVESAN, Flavia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito externo, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: aplicação do princípio *lex posteriori derogat legi priori*.

Posteriormente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em 1995, voltou a discutir a matéria no Habeas Corpus n.º 72.131/RJ, tendo como foco, porém, nesta ocasião, o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Em sua decisão o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional ingressam no ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos deverão ser resolvidos pelo princípio da lei posterior revoga a anterior. Essa tese foi reafirmada em julgados posteriores.¹²

O status infraconstitucional dos tratados de direitos humanos foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso de Habeas Corpus n.º 79.785/RJ¹³ de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Nele foi analisada a eficácia instrumental do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro em face da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tal posição foi mantida quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480¹⁴ e do Recurso Extraordinário n.º 80004 de 1977.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal, a despeito do conteúdo do §2º do art.5º da Constituição de 1988 decidiu, inicialmente, que os tratados têm hierarquia de lei infraconstitucional. Assim em face de um conflito entre um tratado e a Constituição, deve prevalecer a segunda. Ao adotar essa posição o Supremo Tribunal Federal não conferiu uma ampla proteção aos direitos humanos, numa posição conservadora, pois como o Texto Constitucional era aberto, poderia o Supremo Tribunal Federal ter adotado uma posição diversa, mais garantidora dos direitos humanos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal optou por conferir primazia a uma interpretação que prestigia a supremacia formal e material da Constituição, inclusive sobre os tratados e convenções de direitos humanos.¹⁶

12 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC n.º 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005; HC n.º 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC n.º 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE n.º 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

13 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.785/RJ. Rel. Sepúlveda Pertence. DJ 22/11/2002

14 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480/DF. Rel Celso de Mello. DJ 18/05/1977.

15 Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006., p.96.

16 Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos*

3. A Reforma do Poder Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos

A Emenda à Constituição n.45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como “Reforma do Judiciário” introduziu o §3º parágrafo ao artigo 5º, que dispõe “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 à Constituição.”

O debate em torno do status normativo dos tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados anteriormente a essa Emenda, não foram resolvidos. Todavia, a aprovação no direito interno, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, não é possível o afastamento absoluto sem, pelo menos uma breve incursão sobre a questão.

Interessante registrar que para Flávia Piovesan, todos os tratados concernentes aos direitos humanos são – e sempre foram - materialmente constitucionais por força do artigo 5º, § 2º, independentemente de aprovação por quorum especial, compondo o bloco de constitucionalidade, dada a prevalência da lógica material e não formal orientada por valores e princípios albergados pela Constituição. No entanto, não era essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Acredita-se que o objetivo do § 3º do artigo é o de reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos. Com a inovação introduzida pelo § 3º, passaram a existir duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os materialmente constitucionais, que segundo Flávia Piovesan seriam todos, e os material e formalmente constitucionais. Estes se houver o cumprimento do iter previsto no novo parágrafo 3º do artigo 5º, serão equiparados às emendas à Constituição, no âmbito formal.¹⁷

No mesmo sentido, afirma Celso Lafer¹⁸ que, com a vigência da Emenda à Constituição n° 4504, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil para serem formalmente constitucionais devem obedecer ao cumprimento do estabelecido no novo § 3º do artigo 5º.

Tal posição também é sustentada por José Afonso da Silva, para quem o status de norma constitucional formal só será alcançado se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso referendar forem aprovados com o quorum qualificado (três quintos e

humanos fundamentais na América Latina e na Europa. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.185.

17 PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides.* MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009. 72 e 76.

18 LAFER, Celso. *Internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais.* São Paulo: Manole, 2005, p. 17.

com duas votações em cada Casa do Congresso), e após a ratificação pelo Poder Executivo, afirmando que:

Entendia-se que essa incorporação era automática, diferentemente do que ocorre com outros tipos de tratados e acordos internacionais, dependentes sempre de referendo congressual e ratificação governamental para sua eficácia interna. Essa questão precisa ser repensada em face desse § 3º, porque a exigência de um ‘quorum’ qualificado para referendo congressual dos tratados e convenções de direitos humanos, para que tenham natureza constitucional formal, implica reconhecer que esses ajustes internacionais dependem, para ingressar no ordenamento interno do referendo do Congresso Nacional e ratificação do Poder Executivo, como qualquer tratado e acordo internacional – o que é uma pena, porque a incorporação automática, como direito constitucional, seria uma forma de destacar seu valor para além das circunstâncias de lugar e de tempo.¹⁹

Os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos incorporados a ordem interna, segundo o iter procedimental do § 3º do artigo 5º da Constituição possuem um regime jurídico diverso dos tratados de direitos humanos apenas materialmente constitucionais. Nesse sentido é a posição de Valério Mazzuoli que assevera que, com o advento do § 3º ao artigo 5º, faz-se necessário distinguir se o tratado que se pretende denunciar é material e formalmente constitucional nos termos do § 3º do art. 5º, ou se apenas detém status de norma constitucional, isto é, se é apenas materialmente constitucional em virtude do art. 5º § 2º.²⁰

Essa distinção é reforçada por Flávia Piovesan assegurando que, enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário, em virtude das peculiaridades do regime de Direito Internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo, diversamente, os tratados materialmente e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque, assevera a mesma autora:

Os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir

19 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.11.2008. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 180.

20 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set. 2005, p. 110.

que um ato isolado e solidário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados, como já apontado. É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno.²¹

A possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equivalentes às emendas à Constituição só é aplicável aos tratados celebrados após a entrada em vigor da EC n.45/04. A referida Emenda não tem efeitos retroativos, de modo que os tratados anteriores não usufruem de *status* constitucional.

Tal circunstância de certa maneira prejudica a proteção e efetividade dos direitos humanos, pois os principais tratados e convenções de direitos humanos já foram aprovados pelo Brasil e carecem de *status* constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal levou a efeito uma alteração na sua jurisprudência no que se refere ao status normativo dos tratados de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda à Constituição n. 45/04.

4. Status Supralegal dos Tratados de Direitos Humanos Anteriores à Emenda à Constituição n. 45/04

Em face dessa mudança de paradigma realizada pelo Congresso Nacional ao aprovar a Emenda à Constituição n. 45/04 e introduzir o parágrafo 3º ao art. 5º, conferindo a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equivalentes à emenda constitucional o Supremo Tribunal Federal alterou a sua jurisprudência sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal levou em consideração o quinto método de interpretação constitucional²² defendido por Peter Häberle, qual seja, “comparação jurídica” ao lado dos quatro métodos clássicos de interpretação elaborados por Savigny (gramatical, histórico, lógico e sistemático).²³ Nele reconhece-se que o Estado deve sofrer os efeitos da ordem internacional da qual é também um co-criador e que os tribunais nacionais podem se valer das decisões de tribunais de outros Países para solucionarem o caso concreto.²⁴

21 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 77-79.

22 HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

23 Cf. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano*. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 14.

24 Cf. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano*. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 15.

Surge uma nova vertente doutrinária e jurisprudencial que o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Essa tese foi aventada no julgamento do Recurso de Habeas Corpus nº 79.785 – RJ, no voto do eminente Relator Ministro Sepúlveda Pertence, em 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Manifestou seu voto da seguinte forma:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim com à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista, parificar

às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.²⁵

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP defendeu a tese que os tratados de direitos humanos valem como normas supraleais. Está-se diante de uma categoria normativa intermediária entre a Constituição e as leis infraconstitucionais.²⁶, que versava sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A Constituição de 1988 no inc. LXII do art. 5º autoriza a prisão civil no caso do depositário infiel, mas o pacto de São José da Costa Rica proíbe a prisão civil nesta hipótese. Constata-se a existência de um conflito entre o disposto no corpo da Constituição e o conteúdo do tratado.

Ao examinar a questão o Supremo Tribunal Federal optou por conceder caráter supralegal ao tratado e proibiu a prisão do depositário infiel. Reconheceu-se que a Constituição permite a prisão, mas como o Pacto de São José da Costa Rica proíbe em virtude

25 Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 79.785- RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

26 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Rel. Cezar Peluso. DJ 05/06/2009.

de sua supralegalidade, resta invalidada a regulamentação do dispositivo constitucional tornando inviável a prisão do depositário infiel.

Adverte-se que não foi conferido *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, no entanto, o efeito prático é o mesmo: resta impedida a prisão do depositário infiel. Contudo, tão posicionamento representa indubitavelmente um avanço na proteção dos direitos humanos, na exata medida em que os tratados de direitos humanos passam a usufruir de um *status* normativo diferenciado no ordenamento jurídico que o coloca acima das demais leis.

Contudo, o tão almejado *status* constitucional não foi concedido aos tratados de direitos humanos anteriores à EC n. 45/04 pela Corte Suprema. Todavia, frise-se a adoção do caráter supralegal já representou um grande avanço na jurisprudência pátria que até então só reconhecia o caráter legal dessas normas.

A supralegalidade possibilita que os mesmos paralise a eficácia jurídica de qualquer ato normativo infraconstitucional com eles conflitantes. Deste modo nenhum ato normativo infraconstitucional pode contrariar o disposto no tratado de direitos humanos que lhe é superior em razão de sua supralegalidade.²⁷

Ao conferir caráter supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda à Constituição n.45/05 criou-se uma nova espécie normativa que se encontra abaixo da Constituição e acima da lei ordinária. Adotou-se uma posição intermediária entre a teoria monista e dualista.

Feitas estas observações sobre os tratados de direitos humanos e a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04, mostra-se importante registrar que o Congresso Nacional recentemente teve oportunidade de se manifestar, pela primeira vez, acerca da Convenção Internacional relacionada aos direitos humanos e aplicar o procedimento previsto no aludido parágrafo 3º do artigo 5º do Texto Constitucional.

5. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Em 30 de março de 2007, na Cerimônia de Assinaturas ocorrida na sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque, vários países, dentre os quais o Brasil, tornaram-se signatários da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo. O único país signatário que aderiu ao tratado no ato de sua assinatura foi a Jamaica, pois o seu sistema jurídico nacional assim o permite.

27 Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.185

De acordo com o artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal do Brasil, a assinatura de tratados internacionais é de competência do Presidente da República, podendo essa função ser delegada a outra autoridade - a assinatura dessa Convenção foi firmada por Rogério Sottilli - Secretário Adjunto da Secretaria Especial de Direitos Humanos, por delegação do Presidente da República. Para que o Estado brasileiro confirme o compromisso de fazer parte perante a comunidade internacional, o que inclui respeitar, obedecer e fazer cumprir as obrigações e direitos previstos em tratados ou convenções internacionais, o processo de ratificação deve passar, de acordo com o artigo 49, I da Constituição pelo referendado do Poder Legislativo, que deve confirmar o compromisso do ato do Poder Executivo. Foi o que ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

O Congresso Nacional, fazendo uso da competência que lhe foi conferida pelo disposto no artigo 5º, § 3º, promulgou o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, no qual aprovou a referida Convenção,²⁸ com finalidade precípua, consoante dispõe seu artigo 1º dessa Convenção, de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Após a promulgação do Decreto Legislativo nº 186, o Presidente da República, no uso das atribuições que lhe conferem o artigo 84, inciso VI, ratificou a referida Convenção através do Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009.²⁹

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passa a ser o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos a ingressar na ordem jurídica interna com

28 Decreto Legislativo nº 186/2008 transcrito anteriormente na nota 4 desse trabalho.

29 Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008; Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008; DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Celso Luiz Nunes Amorim

status de equivalência constitucional, por ter atingido o *quorum* qualificado nos exatos termos da regra que imposta pelo § 3º da Constituição Federal.

Essa *equivalência*, conforme salientado por Valério Mazzuoli, significa que estes tratados e convenções internacionais adquirirão os seguintes efeitos: passarão a *reformular* a Constituição, sendo, dessa forma, também formalmente constitucionais e, não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento a esta regra. Nesse sentido assevera o mesmo autor que:

Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, essa não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) cláusulas pétreas do texto constitucional.³⁰

Contudo, esse aspecto não é pacífico, uma vez que o §3º do art. 5º necessita de uma regulamentação para esclarecer alguns aspectos controvertidos do dispositivo constitucional, dentre eles, destacam-se quem tem legitimidade para apresentar o tratado de direitos humanos como norma constitucional, no caso de o quórum de três quintos não ser alcançado na aprovação do tratado ele pode ser aprovado como lei ordinário e também se o tratado aprovado na forma do referido paragrafo pode ser denunciado ou não.³¹

A Organização das Nações Unidas editou outros tratados de direitos humanos não específicos, os quais são instrumentos aplicáveis para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, tais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e seu Protocolo Facultativo (1999), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e seus dois Protocolos Facultativos

30 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set. 2005, p. 106 e 108.

31 Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.186 e 187.

(2000). Todavia, a experiência de aplicação desses tratados mostrou-se insuficiente para promover e proteger os direitos das pessoas com deficiência.

Dentro desse contexto, insere-se a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o propósito de proteger e assegurar condições de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiências.³²

A presente Convenção não teve a preocupação de instituir novos direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência, mas em garantir que essas pessoas possam vir a usufruí-los. Para que isso ocorra, adotou a Convenção como parâmetro condições de igualdade, tanto que, ao desdobrar o artigo 1º, reforçou a ideia de que as *barreiras*³³, e em nosso estudo, as barreiras físicas, impedirão a participação dessas pessoas de usufruírem de seus direitos em condições de igualdade.

A principal contribuição deste tratado de direitos humanos é a positivação da mudança de paradigma da visão da deficiência no mundo, que passa do modelo médico e assistencialista, predominante por muitos anos na história da humanidade, como exposto quando abordamos o conceito de pessoa com deficiência, para o modelo social dos direitos humanos.

A Convenção, ao ter reconhecido o modelo social como o mais novo paradigma para conceituar as pessoas com deficiência, embasou também a consolidação da *acessibilidade* positivada como princípio fundamental para que esse segmento concretize seus direitos fundamentais em todos os aspectos de suas vidas.

Nesse sentido, assevera Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes, que a acessibilidade como direito natural, inato ao ser humano, poderia ser eventualmente concedida se pleiteada por uma pessoa com deficiência, mas não havia dispositivo de texto legal internacional que garantisse o seu provimento universal. “Com o novo tratado de direitos humanos que promoveu o seu reconhecimento global e positivo, assegura-se legitimidade e a implantação da acessibilidade como princípio norteador dos sistemas jurídicos e como um direito fundamental”.

Portanto, conclui a mesma autora, a acessibilidade surge no cenário global como um *direito forte*, suportado por tratado internacional, reconhecida com um duplo caráter: constituindo tanto como *princípio* norteador, quanto como um *direito*. E como *princípio-direito*

32 “Artigo 1º - Propósito: o propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”.

33 “Art. 1º - Propósito: (...) pessoa com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, as quais, **em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com diversas pessoas**”. (grifo nosso)

obriga os Estados à sua implementação como garantia fundamental, extremamente relevante para a concretização dos direitos humanos das pessoas com deficiência.³⁴

6. Conclusões

No Brasil, a Constituição de 1988 se mostrou aberta ao Direito Internacional e a proteção dos direitos humanos, na medida em que trouxe no §2º do art. 5º, uma cláusula aberta que permitia por meio da interpretação que os tratados de direitos humanos recebessem *status* constitucional, formando um bloco de constitucionalidade na denominação de Flavia Piovesan.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao interpretar o referido dispositivo constitucional se mostrou conservadora na influência do Direito Internacional sobre o direito interno, principalmente, ao definir que os tratados de direitos humanos tem *status* de lei ordinária dentro do ordenamento jurídico pátrio.

O Poder Legislativo, por sua vez, tendo em vista o processo de internacionalização e a necessidade de se conferir maior eficácia aos direitos humanos promulgou a EC n. 45/04 que no §3º do art. 5º abriu a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equiparados às emendas à Constituição desde que respeitados alguns requisitos para sua aprovação: quorum de três quintos e votação em dois turnos.

Nesse contexto, é aprovada a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência na forma prevista no referido parágrafo. Trata-se, portanto, do primeiro tratado de direitos humanos que possui *status* constitucional. Isso representa, indubitavelmente um avanço na proteção dos direitos humanos no Brasil. Soma-se a isso o fato de o Supremo Tribunal Federal em face das modificação trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04 ter levado a efeito uma alteração em sua jurisprudência para conferir *status* normativo supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda à Constituição n. 45/04.

Tem-se, assim, um novo cenário na proteção dos direitos humanos no Brasil, pois as alterações realizadas no Texto Constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal propiciam uma maior proteção aos direitos humanos.

7. Referências

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

34 LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade*. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 140-141.

- CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireile. *Por um direito comum*, São Paulo: Martins fontes, 2004,p. 47, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional cooperativo*.Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeu-latinoamericano*. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- LAFER, Celso. *Internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade*. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set. 2005.
- MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. “A internacionalização do Direito Constitucional”. *In.: Coletânea de Estudos Jurídicos*. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSON, Zilah Maria Callado Fadul. Coordenadoras. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Organizadora. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. *In.: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Home-nagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.11.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012.
- TOURARD, Héléne. *L’internationalisation dès Constitutions Nationales*. Paris: L.G.D.J., 2008.

UMA ABORDAGEM TEÓRICO-CONCEITUAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, MODELOS DE ESTADO E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

ANDREA ABRAHÃO COSTA

Doutoranda em Direito (PUC/PR). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental (PUC/PR). Pós-graduada em Sociologia (UNICAMP). Professora do Curso de Direito da Fundação de Estudos Sociais do Paraná. Advogada.

CLAUDIA MARIA BARBOSA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR.

Resumo

Desde a consolidação de regimes democráticos ocidentais, o tema das políticas públicas ocupa maior destaque no cenário acadêmico e foi tomado como objeto de estudo por diferentes ramos do conhecimento. No presente trabalho procura-se mapear os diversos conceitos construídos para as políticas públicas, com o objetivo de tentar responder a três indagações: o que seriam as políticas públicas, quais as teorias que poderiam ser usadas para lhes dar sustentação e em qual contexto histórico a discussão teria surgido. Ademais, procura-se sistematizar a interação entre políticas públicas e direito a partir de três vertentes: da sua inserção no contexto do Estado Constitucional, da emergência do fenômeno da judicialização da política e da sua relação com as noções que informam a governança pública. Afirma-se, por fim, que a problematização apresentada tem como objetivo contribuir para o início da construção de um campo de análise propriamente jurídico das políticas públicas.

Palavras-chave

Estado Constitucional; Políticas Públicas; Governança Pública; Poder Judiciário.

Abstract

Since the consolidation of Western democratic regimes, the issue of public policy takes greater prominence in the academic setting and was taken as an object of study

by different branches of knowledge. In the present paper attempts to map the various concepts built for public policy, in order to try to answer three questions: what would be the public policy, which the theories that could be used to give them support and what historical context discussion would have appeared. In addition, it seeks to systematize the interaction between public policy and law from three aspects: their integration in the context of the Constitutional State, legalization of phenomenon of emergence of the policy and its relationship with the notions that inform the public governance. It is stated, finally, that the presented questioning aims to contribute to the start of construction of a proper legal analysis of the field of public policy.

Key words

Constitutional State; Public Policy; Public Governance; Judiciary.

1. Introdução

Nem tudo é o que parecer ser. É o que ocorre com as políticas públicas. Seriam elas monopólio do Estado? Políticas públicas comportariam o conceito de políticas de governo? Políticas públicas e políticas sociais teriam o mesmo sentido? Constituiriam as políticas públicas uma disciplina autônoma? Estas as perguntas nem sempre fáceis de serem respondidas, sendo lugar comum afirmar que tal se dá em decorrência da polissemia do termo. O esforço está posto para quem deseja fazer o uso científico da expressão. Sabe-se que ela integra trabalhos de ciência política, sociologia, administração, economia e direito e em cada um destes ramos do conhecimento seus contornos sofrem alterações, dadas as explicações sobre a sua natureza e seus processos.

No presente estudo, de cunho eminentemente teórico, mas sem pretensão de exaurir o tema, procura-se sistematizar, primeiramente, diferentes olhares conceituais, na tentativa de responder o que seriam as políticas públicas, quais as teorias que poderiam ser usadas para lhes dar sustentação e em qual contexto histórico a discussão teria surgido.

Na segunda parte, tendo como mote a interação entre direito e políticas públicas, sustenta-se ser impossível dissociá-las do modelo de Estado no qual se desenrolam e, com isso, procura-se problematizar o tema a partir de um duplo viés – (i) do chamado movimento de judicialização da política e (ii) da contribuição de estudos de governança pública.

Trata-se, portanto, de um estudo não exaustivo, que inclui literatura não restrita à área jurídica e, por isso mesmo, procura demonstrar como ela faz uso limitado dos diversos conceitos de políticas públicas, identificando-as, no mais das vezes, com as políticas sociais, fruto que são do processo de redemocratização do Brasil.

Apesar de não privilegiar o efeito das políticas públicas, como tradicionalmente tem ocorrido nos estudos meramente descritivos levados a efeito no Brasil¹, cuja ênfase é na análise das estruturas e instituições ou na caracterização dos processos de negociação de políticas setoriais específicas, o que se pretende, de modo singelo, é iniciar uma contribuição para a construção de um campo de análise propriamente jurídico das políticas públicas².

2. Os Diversos Conceitos de Políticas Públicas

A autonomização dos estudos de políticas públicas deu-se, como explica Souza (2006, p. 22), como um terceiro momento nas análises empreendidas pela ciência política. Como subárea de investigação, está mais ligada ao como e por quais razões governos optam por determinadas ações. Tem como pressuposto analítico a constatação de que em democracias estáveis aquilo que o governo faz ou deixa de fazer pode ser formulado e analisado cientificamente.

No mesmo sentido explica Frey (2000, p. 213). Inicialmente o questionamento da ciência política centrava-se no sistema político como tal, ou seja, saber qual o melhor Estado para garantir e proteger a felicidade dos cidadãos ou da sociedade. Mas, a ciência política não descurou das forças políticas cruciais envolvidas no processo decisório e dos resultados que um dado sistema político, a partir de certas estratégias, logra alcançar para a solução de problemas específicos.

Di Giovanni (2009, p. 7), de outro giro, chama a atenção para a origem do tema, ainda nos anos anteriores a 1960. Destaca que foram as pesquisas realizadas durante a 2ª guerra por países envolvidos no conflito e sobre o perfil dos soldados americanos, que forneceram subsídios para a ação dos governos e influenciaram a introdução da política pública como ferramenta das decisões. Política pública aqui é vista como produto da Guerra Fria e da tecnocracia como forma de enfrentar suas consequências. Pela atuação do então Secretário de Defesa dos Estados Unidos, Robert MacNamara, a guerra passou a ser vista como um jogo racional e os métodos ali aplicados para a formulação de ações e tomada de decisões acabou por se expandir para outras áreas do governo.

1 A esse respeito conferir FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 21, 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89>> Acesso em: 23 dez 2014.

2 Com preocupação semelhante, Bucci e Santos refletem sobre a existência de um regime jurídico das políticas públicas e defendem que seu estudo deveria ocorrer no âmbito do Direito Administrativo, já que este é o ramo que cuida da racionalização formal do poder pelas funções do governo. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 265. SANTOS, Maria Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 76-77.

Importante diferença realizada pela tradição norte-americana quanto ao termo política também deve ser colocada em destaque quando se está a construir um conceito de políticas públicas. Sabe-se que a política em inglês possui dois desdobramentos. Tanto quer significar fenômenos do poder – partidos, eleições, representação política – e, nesse sentido, será chamada de *politics*, quanto formas de ação e conduta para a solução de problemas no campo da administração, sendo denominada de *policy*. A vantagem, afirmaria Harold Lasswell (*apud* SOUZA, 2006, p. 23), identificado como um dos pais fundadores da área de políticas públicas³, é que o termo *policy studies* teria o condão de livrar os estudos de uma conotação de militância. Souza (2006, p. 23) ainda destaca a contribuição de dois outros autores, David Easton e Herbert Simon. Para aquele, políticas públicas são um sistema, configuram uma relação entre formulação, resultados e ambiente, e recebem *inputs* de partidos, mídia e grupos de interesses, que acabam por influenciar os resultados e seus efeitos. Já Simon, destaca Souza (2006, p. 24):

[...] introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makers*), argumentando, todavia que a limitação da racionalidade poderia ser minimizada pelo conhecimento racional. [...] a racionalidade dos decisores públicos é sempre limitada por problemas tais como informação incompleta ou imperfeita, tempo para a tomada de decisão, auto-interesse dos decisores, etc., mas a racionalidade, segundo Simon, pode ser maximizada até um ponto satisfatório pela criação de estruturas (conjunto de regras e incentivos) que enquadre o comportamento dos atores e modele esse comportamento na direção de resultados desejados [...]

A despeito de importante contribuição, a limitação dos estudos norte-americanos vem sendo apontada pelo viés da impossibilidade de generalização de seus resultados, sobretudo porque não desvendaram as relações complexas entre formas de intervenção do Estado, bem assim as relações entre os diferentes interesses, estruturas políticas, ideologias e a própria natureza do Estado interventor. Daí poder-se afirmar que aquela constituiria uma abordagem restritiva, com viés pragmático, de análise apenas dos fins e impactos das políticas, sem que se atente para o potencial analítico das políticas públicas.

A esse respeito e não pertinência de sua aplicação no Brasil explica Frey (2000, p. 215):

Na verdade, a falta de teorização é uma crítica comumente direcionada à ‘policy analysis’. Porém, a falta de teoria é explicável, se levarmos em consideração o interesse de conhecimento próprio da ‘policy analysis’, que é, a saber, a empiria e a prática política. Enquanto alguns dos críticos

3 SOUZA afirma que continua sendo de Laswell a definição de políticas públicas mais conhecida: deve-se responder quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

até chegar a contestar a cientificidade da ‘policy analysis’ pela falta de teorização, para Wollmann, ao contrário, a ‘policy analysis’ contém o potencial analítico de superar uma abordagem isolada que dá prioridade ou à dimensão institucional (‘polity’) ou à dimensão político-processual, ao deixar confluir a dimensão material de política (isto é, fins, impactos, etc.) com as dimensões institucional e político-processual. [Wollmann, 1985, p. 74]. No que diz respeito à ‘policy analysis’ nos países em desenvolvimento, é preciso levar em consideração o fato de que o instrumento analítico-conceitual (deficitário) foi elaborado nos países industrializados e, portanto, é ajustado às particularidades das democracias mais consolidadas do Ocidente. Defendo a tese de que as peculiaridades socioeconômicas e políticas das sociedades em desenvolvimento não podem ser tratadas apenas como fatores específicos de ‘polity’ e ‘politics’, mas que é preciso uma adaptação do conjunto de instrumentos da análise de políticas públicas às condições peculiares das sociedades em desenvolvimento.

Sobre a polissemia do termo políticas públicas, boa sistematização foi feita por Lima (2012, p. 51). Aponta o autor a possibilidade de ampliação do conceito levando-se em consideração o protagonista do processo, mencionando, para tanto, duas teorias, a estatista e a multicêntrica. Para a primeira apenas o que emana do poder estatal pode ser chamado de política pública.

A [...] *state-centered policy-making* segundo Secchi [...] considera as políticas públicas, analiticamente, monopólio de atores estatais. Segundo esta concepção, o que determina se uma política é ou não ‘pública’ é a personalidade jurídica do formulador. Em outras palavras, é política pública somente quando emanada de ator estatal [...]. Nesta mesma linha de pensamento Salisbury (1995) argumenta que a política pública consiste em decisões autorizadas ou sancionadas pelos atores governamentais. Política pública aqui significa os resultados ou saídas de processos governamentais. Para Rua (2009), que enfatiza mais a questão, a dimensão pública de uma política é dada pelo seu caráter jurídico imperativo, assim políticas públicas (policy) compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores envolvendo bens públicos. Complementa dizendo que ações e decisões privadas, ainda que sejam de interesse público não se confundem com atividade política e com política pública.

A teoria multicêntrica, de outro lado, considera que o mais importante não é de quem emana a solução do problema, mas, sim, a origem do problema. Se este for público a política será pública e, com isso, caminha-se para além da ideia de políticas governamentais. Nesta perspectiva, o que interessa ao conceito é que outros organismos da comunidade política podem promover políticas públicas, como ocorre com organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais e redes de políticas públicas (*policy networks*).

Ainda, para se escapar do reducionismo ocasionado por um viés eminentemente prático, que privilegia os efeitos das políticas públicas, importante é a contribuição de Di Giovanni (2009, p. 11) quando propõe um conceito evolutivo que abarque as constantes transformações históricas nas relações entre Estado e sociedade e, com isso, considere as mediações que estão referidas aos processos de democratização das sociedades contemporâneas. Seu modelo de análise permite identificar quatro elementos invariantes das políticas públicas, de ordem formal, material, substancial e simbólica⁴.

Souza (2006, p. 25) vai em sentido semelhante quando defende um conceito holístico para as políticas públicas, significando que o todo é mais importante que a soma das partes e, assim, tanto indivíduos, quanto instituições, interações, ideologia e interesses, todos estes elementos contam para a construção do fenômeno, mesmo que sejam consideradas as diferenças sobre a importância relativa de cada qual. Trata-se, portanto, de mais um conceito ampliativo, que considera a política pública como sendo o campo do conhecimento que busca a um só tempo colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação e, eventualmente, propor mudanças no rumo ou no curso dessas ações.

Outras diferenciações são comumente feitas no Brasil, ora identificando-se o fenômeno das políticas públicas com programas de ação governamental, ora com atividades administrativas, ora, ainda, com processos juridicamente regulados. Nesse sentido, para Comparato (1998, p. 34) “a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.” Freire Júnior (2005, p. 47) afirma que “a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.” De outro lado, Couto (2006, p. 99) pondera que “é política pública tudo aquilo que o Estado gera como resultado de seu funcionamento ordinário”. Já Bucci (2002, p. 29) propõe que:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Por fim, na tentativa de diferenciar política de Estado de política de governo, Aith (2006, p. 235) considera a proteção e promoção dos direitos humanos como ponto fulcral e sustenta:

⁴ Para o aprofundamento do apontado modelo de análise ver: DI GIOVANNI, Geraldo. Op. cit.

Quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado. Dentro desse quadro, pode-se afirmar, ainda, que uma política é de Estado quando voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de proteção e promoção dos direitos humanos. Quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo.

Constatada a extensa gama de abordagens, passa-se, então, à sistematização da necessária relação entre as políticas públicas e o modelo de Estado no qual estão inseridas, com o objetivo de, ao final, reafirmar-se que, gradativamente, o campo do debate político deixou de ser o regente exclusivo das políticas públicas, assim como identificar-se qual tem sido a marca da atuação do Judiciário brasileiro a partir da consolidação do regime democrático.

É o que será abordado a seguir.

3. Interação entre Direito e Políticas Públicas

3.1. Políticas Públicas e Modelos de Estado

Não se nega que visões diferentes de sociedade e de Estado geram projetos diferentes para as políticas públicas. E, nesse sentido, ao serem eleitas como objeto de estudo, as políticas públicas conduzem à necessária investigação sobre esta interrelação – Estado, política e sociedade. Sua índole política é inafastável. Mas, para os fins do que se pretende no presente estudo, dá-se destaque, especificamente, à sua necessária relação com o modelo de Estado no qual são concebidas e implementadas, tendo-se como foco o próprio caso brasileiro.

A afirmação não é nova: o marco de transformação de um modelo de Estado para outro no Brasil foi a promulgação da Constituição da República de 1988. Esta, instaura a passagem de um Estado de Direito para o que se passou a denominar de Estado Constitucional, o qual, dentre outras características erige as políticas públicas como um meio imprescindível para a sua atuação. Mas isto não se dá por acaso. Diversamente do anterior Estado de Direito, submetido à lei e possuidor de um ideário iluminista e liberal, no Estado Constitucional o Estado passa a vincular-se ao alcance de objetivos axiológicos, como a superação de desigualdades materiais, garantia da democracia e realização da justiça substancial.

A conformação deste novo tipo de Estado vem bem sintetizada no pensamento de Zagrebelsky (2011, p. 34):

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del 'Estado constitucional'. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. ... Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

A relação entre políticas públicas e um tipo específico de Estado é explicitada por Breus (2006, p. 176) de maneira mais intensa, quando o autor defende que a forma de atuação específica do Estado Constitucional é exatamente a política pública, propondo com isso uma necessária circunscrição jurídica do tema na contemporaneidade, apesar de assumir que ele possui uma raiz ontologicamente política e não jurídica. E isso porque, sustenta o autor, “o exame das políticas públicas requer análise sobre o atual estágio de desenvolvimento das formas de atuação do Estado para a realização dos Direitos Fundamentais sociais, econômicos e culturais.” Ou, dito de outra forma, porque o objeto destes direitos é sempre uma política pública. E sobre esta relação acrescenta Breus (2006, p. 170):

Ampliando-se, pois, as *políticas públicas* como o mecanismo por excelência de ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico de efetivação das normas constitucionais, em especial dos Direitos Fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados. Isso porque, [...] ‘adotar a concepção das *políticas públicas* em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.

Sob outro enfoque, explicam Trevisan e Van Bellen (2008, p. 532), que o maior interesse pela temática das políticas públicas ocorreu na década de 1980 em função dos influxos democráticos e da alteração do conteúdo da agenda pública. De questões eminentemente centradas no modelo de desenvolvimento do Estado na década anterior, passou-se à investigação não mais de aspectos redistributivos da ação governamental, mas de temas ligados à descentralização, participação e transparência arregimentados em torno

da preocupação crescente com a efetividade da ação pública. Eram tempos da propalada ideia internacional de reforma do Estado, que se estendeu até o fim dos anos 1990, e do aprofundamento da crise do *Welfare State*, surgindo o movimento da chamada nova administração pública.

Esta outra forma de se enxergar a relação entre políticas públicas e modelos de Estado, mais relacionada com estudos de gestão administrativa, parte da ideia de que as teorias tradicionais da burocracia passaram a ser questionadas, já no início daquela década de 1980, quando tornou-se lugar comum falar de uma “crise de governabilidade” diante da prestação ineficiente de serviços públicos e, paulatinamente, de uma “crise de governança” mais ligada à ideia de déficit de legitimidade dos governos perante os cidadãos.

De um modelo inspirado pela racionalidade burocrática weberiana, marcado por procedimentos regulados e previsíveis e exercício impessoal de funções contínuas e específicas de um cargo, preconizou-se um modelo intitulado de *New Public Management*, que pudesse responder aos critérios de eficiência das ações do Estado. E, a despeito das diferenças apontadas quanto a uma “Escola de Negócios” e outra “Escola de Políticas Públicas – a primeira com preocupação quanto a eficiência entre insumos e rendimentos (*inputs-outputs*) e a segunda mais atrelada à relação entre insumos e resultados (*inputs-outcomes*), ou seja, ao impacto de políticas sobre os cidadãos – diz-se que o modelo ideal gerencial é pautado pelas seguintes características: orientação para clientes e resultados; flexibilidade; competitividade administrada; descentralização; atuação do Estado e não sua ausência completa; adoção de técnicas de administração privada com vistas à efficientização do sistema; estruturas horizontalizadas; instituição das agências reguladoras independentes; e relações administrativas firmadas por contrato de gestão.

No Brasil, como aponta Baldo (2009, p. 137):

[...] Luiz Carlos Bresser Pereira foi um dos poucos autores que conseguiu dar alguma notoriedade para o tema da gestão pública, chamando a atenção dos cidadãos e não apenas dos “homens letrados” para a problemática [...]. Todavia, o apoio concedido pelo autor às reformas e a valorização de mecanismos privados de administração custaram-lhe diversas críticas e, possivelmente, o jargão de neoliberal. [...] Reconhecer que a aplicação da teoria da gestão pública pode fracassar na América Latina ou negar sua função legitimatória, a favor do viés “mercadológico” da gestão, não significa fechar-se à realidade [...], apegando-se a representações passadas que já definharam. Além do mais, seria incongruente defender a “dignidade da pessoa humana” se houver o apego a modelos que esquecem o próprio homem, como pode ocorrer na lógica mecanicista do burocratismo autopoiético [...]

A propósito, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995 (BRESSER PEREIRA, 1996) fixou quatro setores básicos que seriam objeto da passagem de

um modelo burocrático de administração para um sistema gerencial. São eles: (i) núcleo estratégico composto pelos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e parte do Poder Executivo encarregado da elaboração de políticas públicas; (ii) atividades exclusivas de Estado, indelegáveis, como ocorre com a fiscalização e cobrança de impostos, projetando-se a criação de agências autônomas; (iv) serviços não exclusivos, como os prestados por universidades e hospitais, prevendo-se a sua transferência para organizações sociais; (v) produção de bens e serviços para o mercado, com planos de privatização dessas atividades.

A preocupação quanto à ameaça de autonomização radical da burocratização – burocracia como um “fim-em-si-mesmo” em flagrante isolamento da sociedade que a circunda – deve-se mencionar, não passou despercebida por Max Weber, que a antevia como um possível risco às organizações sociais e à própria conduta ética humana⁵, nem tampouco por Offe (1994, p. 222), que chamou a atenção para o grande dilema da ação administrativa contemporânea – a necessidade de ser adequada às normas e, ao mesmo tempo, teleológica. Se, tradicionalmente, uma administração legal-burocrática deve seguir um esquema normativo predeterminado e o princípio da legalidade da atuação estatal garante o seu controle e a previsibilidade das ações, a eficiência das ações do Estado, contudo, não é avaliada pela estrita observância das normas, mas, sim, pela tentativa de alcance de suas funções, efeitos e resultados concretos.

Ocorre que, a implantação do apontado novo modelo administrativo no Brasil também não passou despercebida pelos críticos do Estado Neo-liberal que, de modo concomitante, vinha se instalando no decorrer da década de 1990. Tanto é assim que, para o que interessa à reflexão sobre políticas públicas e modelo de Estado, mostra-se importante o pensamento de Nef (2010, p. 519-527) quando aponta que:

A fórmula da Nova Gestão Pública [...], com seus corolários de privatização, redução de pessoal, desregulamentação, localização e terceirização, tem efeitos potencialmente desestabilizadores na ausência de uma comunidade e de uma ordem política fortes e legítimas. Além do mais, sem uma sociedade civil coerente e vigorosa preexistente, a modernização administrativa é simplesmente um meio para um fim vazio. Redimensionar o governo, torna-lo mais transparente e publicamente responsabilizável, transformá-lo num mecanismo mais eficiente de serviços por si mesmo ou em parceria com organizações privadas/ou voluntárias não são simplesmente medidas isoladas para assegurar ‘melhor administração’. São todas manifestações de um fundamento ideológico neoliberal mais amplo [...]. O papel do Estado nesse modelo é principalmente suplementar, isto é, sua diretriz principal é proteger o funcionamento do mercado e a propriedade privada.

Sob outro aspecto, asseveram criticamente Gabardo e Reis (2011, p. 121) que:

5 A esse respeito ver: BALDO, Rafael Antonio. **Novos Horizontes para a Gestão Pública**. Op. cit., p. 41.

A deturpação decorrente da formação de um “estamento burocrático”, completamente afastado do modelo burocrático, propiciou o nascimento de um preconceito em relação ao próprio modelo; o preconceito tornou-se resistência; a resistência tornou-se crítica; a crítica, mera negação. Sendo assim, ao invés de medidas tendentes a realinhar o regime a fim de aproximá-lo do ideal, tornou-se corrente a busca por desburocratização. Por este motivo é que o termo, de expressão da racionalidade impessoal característica do Estado Moderno, acabou por conotar um sistema lento, precário, inflexível e dispendioso; em suma: ineficiente.

Enfim, pode-se afirmar que os anos que se seguiram a 1990 não corresponderam ao esperado em termos de maior eficiência e leveza da máquina administrativa, e, conseqüentemente, de boa resposta estatal na concretização de políticas públicas⁶. Tanto é assim que, mais recentemente, eclodiu uma nova mudança de paradigma com a emergência da chamada governança pública – *Public Governance*. A sua relação com a temática das políticas públicas é objeto do próximo tópico.

3.2. *Governança Pública e a Capacidade de Ação do Estado no Implemento de Políticas Públicas*

Sabe-se que o surgimento da expressão *governance* deu-se a partir de reflexões havidas no seio do Banco Mundial que redundaram num documento datado de 1992, intitulado *Governance and Development*, com o objetivo de se conhecer as condições que garantiriam um Estado eficiente, com foco não somente nas implicações econômicas da ação estatal, mas em suas dimensões sociais e políticas. Nesse sentido, o termo está direcionado não apenas para o formato institucional do processo decisório, mas também para a articulação público-privado na formulação de políticas e maior abertura para a participação de setores interessados e de diferentes esferas de poder.

Ademais, tal noção também possui grande relação com o denominado Consenso de Washington⁷ e com o Acordo de Cotonou (Benin)⁸, podendo-se afirmar que, a partir

6 Até porque, como explica Nef, se ao tempo das reformas administrativas realizadas conviviam tendências patrimonialistas e burocráticas, “a máquina administrativa do Estado não pode ser vista simplesmente como um instrumento de implementação de políticas. Também é um ator sociopolítico central [...], com uma multiplicidade de funções latentes relacionadas à manutenção da ordem sociopolítica.” NEF, Jorge. Op. cit., p.. 522.

7 Trata-se de um conjunto de propostas elaboradas em 1989 por diversas instituições financeiras, como por exemplo, Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional - FMI, resumidas em dez regras, tomando-se como base o pensamento do economista John Williamson. Em 1990, foi adotado como modelo pelo FMI para os países em desenvolvimento e em crise financeira. VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 48.

8 Com o objetivo de auxiliar a paz e a segurança, fomentar o desenvolvimento econômico, cultural e social de países africanos, do Caribe e Pacífico, assim como de contribuir para a estabilidade, o Acordo

destes dois documentos, é que se consolida mundialmente a conceituação de “boa governança” como parte da agenda dos Estados na busca pela eliminação de desigualdades sociais e maior eficiência econômica.

Mas como conceituar cientificamente o termo? E como contextualizá-lo no debate sobre as políticas públicas para a identificação de algum ponto de contato entre um e outro?

A primeira tarefa ainda é desafiadora, tal como observam Kissler e Heidemann (2006). A complexidade e a abrangência do termo governança impedem que ele se expresse em apenas uma definição, sendo necessária a busca pelo contexto em que é aplicado, identificando-se o tipo de organização de que se fala. Genericamente, pode-se afirmar que governança é um termo utilizado tanto nas organizações quanto na sociedade, nas quais identifica-se a articulação de pessoas e grupos com diferentes interesses e expectativas. Inclui, assim, relações na esfera pública, os setores governamental, empresarial e terceiro setor. É assunto que interessa a diferentes campos científicos, como as relações internacionais, teorias do desenvolvimento, administração privada e pública, ciência política e o direito, convergindo, entretanto, para a ideia de que serve como uma medida base da estabilidade e desempenho de uma sociedade.

Contudo, o ponto de partida para aclarar a expressão, sintetizado pelo programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, é o de que o desenvolvimento das instituições e processos devem ser mais sensíveis às necessidades dos cidadãos comuns. Por isso, a governança é um conjunto de regras, processos e práticas que orientam as relações formais de poder de uma organização com seus públicos ou entre governos e governados. Dito de outra forma, governança significa (i) a capacidade de ação estatal na implementação de políticas e na consecução de metas coletivas, (ii) a expansão e o aperfeiçoamento dos meios de interlocução e de administração dos conflitos de interesses, (iii) a capacidade de inserção do Estado na sociedade, rompendo com a tradição e governo fechado e enclausurado na alta burocracia governamental.

Já no campo jurídico, deve-se mencionar, há extensa teoria sobre afirmar-se ser a boa governança um direito fundamental, ligado à qualidade dos serviços prestados, inserindo-a no próprio desenvolvimento da formação do Estado e alterações sofridas. Nesse sentido, como explica Caldeira (2013, p. 26), apoiada na reflexão de Juarez Freitas:

de Cotonou (Benin) foi assinado no dia 23 de junho de 2000, por vinte anos, firmando parceria da Comunidade Europeia (e seus Estados-membros) e os Estados da África, Caribe e do Pacífico. Dentre outros aspectos, o Acordo visa à erradicação progressiva da pobreza e a inserção dos países desfavorecidos já abordados no espaço da economia global. UNIÃO EUROPEIA. Acordo de Cotonou. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:22000A1215%2801%29>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

Ao afirmarmos que a Boa Governança configura-se em direito fundamental, em verdade, estamos nos alinhando à linha de pensamento que sustenta a existência de direitos de quarta dimensão. Não há unanimidade na doutrina em relação à classificação dos direitos fundamentais de quarta dimensão (ou geração) e, dentre aqueles autores que aceitam a sua existência, também inexistente consenso quanto ao seu conteúdo. Entretanto, sustentamos que a extensão desse direito de quarta dimensão está atrelada não só ao direito de participação direta no processo democrático, mas também, com maior amplitude, o de pleitear a busca de maneira mais responsável, ética e comprometida com a gestão pública. Em suma, o que é relevante nessa quadra da história (e isso é ressaltado pelos doutrinadores que se dedicam ao assunto), é que a pedra de toque da gestão da coisa pública deve ser a qualidade dos serviços prestados, isto é, a Administração Pública deve centrar todos os seus esforços não mais na extensão dos serviços prestados (preocupação observada nos anos 80 e 90), e sim na eficiência dos mesmos. Ou seja, que atenda satisfatoriamente às legítimas expectativas e necessidades dos cidadãos no atendimento de seus direitos.

Para a segunda tarefa, de identificação de um liame entre o conceito de políticas públicas e a noção de governança, constata-se, com base no apanhado feito por Souza (2006, p. 36), que, dentre os modelos de formulação de políticas públicas, há aquele que se vale da ideia de implementação de políticas públicas de caráter participativo, oportunizando a inserção de grupos sociais na formulação e acompanhamento daquelas. Daí afirmar a autora que “a política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.”

Neste ponto, portanto, sustenta-se no presente estudo que o novo paradigma da governança pública, ao preconizar pelo prestígio de uma dimensão social da democracia para além de suas regras formais, propicia também um novo olhar no desenvolvimento de modelos de formulação e implementação de políticas públicas, fazendo com que elas venham, agora, marcadas pelo referido caráter participativo. E, se contemporaneamente a questão democrática vai mesmo além da consolidação das regras formais da democracia, sua sustentabilidade não pode descurar da produção de resultados socialmente desejados, sendo isto também o que se espera da formulação e implementação de políticas públicas.

Mas como, sob estes diferentes e novos influxos, agiu o Judiciário brasileiro? Algumas palavras sobre o movimento denominado de judicialização da política.

3.3. O Movimento da Judicialização da Política

A breve espaço, pode-se afirmar que o debate acerca das funções que o Poder Judiciário brasileiro assumiu desde a promulgação da Constituição da República de 1988

vem sendo feito a partir de diferentes clivagens, que, no entanto, podem ser aglutinadas numa linha específica de investigação que se denomina de política judiciária. Seu conceito compreende o caráter estratégico da forma de organização judiciária na constituição do poder político e na mediação das relações sociais, não se limitando ao estudo da estrutura jurídico-formal, senão porque busca mediações entre o Poder Judiciário, o sistema político e a sociedade.

Nesse contexto, um dos enfoques correntes é o da maior atividade judiciária desde a constitucionalização dos direitos e do reconhecimento da força normativa da Constituição, fatores que acabaram por dirigir a atuação do Poder Judiciário para questões eminentemente políticas, num movimento identificado como sendo de judicialização da política, trazendo, com isso, certa preocupação no que respeita à legitimidade das decisões e a identificação de uma crise em suas funções clássicas.

Nesse sentido observa Barroso (2005, p. 53-54) que:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. [...] Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Não contrasta com esta constatação as considerações de Cittadino (2004, p. 105) para quem “[...] se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.”

Especificamente no campo da ciência política o tema da judicialização assume, por vezes, uma faceta peculiar, de aproximação com a problemática do ativismo judicial, enfrentando, todavia, como aponta Koerner (2013, p. 74), a crítica de que ela seria simplificadora da prática judicial, a qual “constitui uma modalidade de ação institucionalizada que, numa dada configuração da formação social, efetua, programa e reflete os materiais

do agregado jurídico do ponto de vista da problemática da justiça.” E, nesse sentido, muito embora o autor reconheça que para os estudos de políticas públicas “o ativismo, definido como orientação do juiz para contrariar a política majoritária” foi visto como “uma das condições para a emergência da judicialização da política, que designa processos de mudança no papel e poderes dos juizes nas sociedades contemporâneas”, afirma que desde a edição da Carta de 1988 a atuação do Judiciário não teria correspondido às potencialidades evidenciadas no texto constitucional, tendo os juizes permanecido de modo seletivo quanto ao uso de seus poderes. E, conclui:

No quadro político do início dos anos 1990, o STF conformou a jurisdição constitucional de modo a limitar a frequência e o alcance de sua atuação conforme prevista pela Constituinte. Ministros do antigo regime e os de orientação liberal elaboraram um regime jurisprudencial que concorreu para a estabilização democrática e a constituição de um regime liberalizante. Ou seja, o STF combinou efetivação e neutralização de regras constitucionais segundo os domínios e o seu sentido estratégico para a direção política do governo federal, voltado às reformas liberalizantes do Estado. ... O que tem sido chamado ativismo no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental.

Mas, considerando que o interesse do presente estudo não é aprofundar as eventuais críticas àquela atuação do Judiciário, dada a sua limitação e o seu enfoque, apresenta-se como suficiente a constatação de que, como observa Coutinho (2010, p. 16), a intervenção ou correção realizada pelo Judiciário podem variar. Alguns juizes decidem pondo em andamento políticas para as quais o governo é omissivo ou corrigindo seus rumos, enquanto outros se cingem a um controle formal, seja em relação ao cumprimento de prazos, seja na garantia de motivação de atos administrativos, sem que haja, contudo, a revisão do mérito de determinada política.

Por fim, considerando a importância que foi dada no presente estudo sobre os diversos conceitos de políticas públicas, talvez o mais significativo seja constatar que “[...] agindo ativamente o Judiciário, muitas vezes, não demonstra capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir adequadamente o rumo das políticas públicas desde uma ótica substantiva ou distributiva”, como bem pontua Coutinho (2010, p. 16).

4. Conclusões

No presente estudo partiu-se de uma revisão teórico-conceitual sobre as políticas públicas, demonstrando que se trata de um termo polissêmico. O mapeamento não exaustivo realizado na primeira parte, destacou-se, serviu de base para chamar a atenção para

a necessária ligação entre a conformação das políticas públicas e um dado modelo de Estado. Elegeu-se como protagonista o chamado Estado Constitucional em comparação com o Estado de Direito.

Na segunda parte do estudo, recuperou-se a discussão levada a efeito a partir da crise enfrentada pelo *Welfare State*, para destacar as reformas do aparelho do Estado realizadas no Brasil, que redundaram na chamada nova administração pública, bem assim na adoção do paradigma da chamada governança pública. Em relação a esta, procurou-se identificar um ponto de contato com o tema das políticas públicas, o que foi possível a partir da análise de um modelo de formulação de políticas que privilegia o caráter participativo.

Por fim, a partir do tema da judicialização da política, mas sem aprofundar todas as críticas existentes, chamou-se a atenção para o fato de que a atuação do Judiciário no implemento de direitos sociais e normas programáticas nem sempre é garantia de mudanças sociais abrangentes e de correção adequada do rumo das políticas públicas desde uma ótica substantiva ou distributiva.

5. Referências

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção aos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALDO, Rafael Antonio. **Novos Horizontes para a Gestão Pública**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- BANCO MUNDIAL. Relatório Técnico n. 319 do Banco Mundial. O Setor Judiciário na América Latina e Caribe. Elementos para Reforma. Redação: Maria Dakolias. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, 1996.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço público**, n. 47(1), jan./abril 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOSA, Claudia. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F. e SCHWARTZ, G. Curitiba, **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba, Appris, 2013, p. 171-193.

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, 2005, p. 13-100. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32007-37579-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 abr.2014.
- CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O Direito a saúde e sua “curiosa” efetividade em *Terra-
rae Brasilis***: do desafio da realização da boa governança a excessiva judicialização. 2013. 227 f. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de pós-graduação em Direito, São Leopoldo, 2013. Nível doutorado. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000007/00000756.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo e democracia. **Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105-113. Jul./Dez. 2004.
- COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista de Informação legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>> Acesso em: 22 dez 2014.
- COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas**. Disponível em: <www.ce-brap.org.br>. Acesso em: 20 dez 2014.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI GIOVANNI, Geraldo. Estruturas elementares das políticas públicas. **Cadernos de Pesquisa, NEPP/UNICAMP**, nº 82, 2009.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 21, 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89>> Acesso em: 23 dez 2014.
- GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, Raquel D. da; CASTRO, Rodrigo A. P. de. (Org.). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: **Anais do Conpedi**. XIV Congresso. 2005. Disponível em <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIV-Congresso/078.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2014.

- KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre estado, mercado e sociedade? In: **Revista de Administração Pública**. v. 40, n. 3. Rio de Janeiro. Mai/jun. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008. Acesso em: 12 jun. 2013.
- KOERNER, Andrei. Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. In: **Novos estudos**, v. 96, jul. 2013, p. 69-85.
- LIMA, Waner Gonçalves. Política Pública: discussão de conceitos. **Interface** (Porto Nacional), n. 05, 2012, p. 51. Disponível em: < <http://www.ceap.br/material/MAT26022013171120.pdf> > Acesso em: 20 dez 2014.
- MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, CARLOS E. E Rodriguez, José R. **Hermenêutica plural**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 128-157.
- NEF, Jorge. Administração Pública e reforma do setor público na América Latina. Im: Peters, B. Guy; PIERRE, Jon (Orgs.). **Administração Pública: Coletânea**. Tradução de Sonia M. Yanamoto e Miriam Oliveira. ENAP. Brasília, 2010, p. 519-527.
- OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político administrativa. In: **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- SANTOS, Maria Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul./dez. 2006, p. 22.
- TREVISAN, Andrei; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de Políticas Públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 42(3), maio/jun 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

RESPONSABILIDADE FINANCEIRA E CRIMINAL PELOS DINHEIROS PÚBLICOS – TUTELA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof.-Adj. e Coord. das Ciências Jurídico-Fundamentais na Escola Superior de Gestão do IPCA (Portugal). Professor no Mestrado na Universidade do Minho. Investigador Associado do CEDU—Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Presidente da Comissão de Fiscalização e Disciplina do Sindicato Nacional do Ensino Superior. gsopasdemelobandeira@ipca.pt e gsopasdemelobandeira@hotmail.com

ZULMAR FACHIN

(Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal do Paraná, Brasil. Professor na Universidade Estadual de Londrina e do Centro Universitário de Maringá (Brasil). Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania e Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (Brasil). zulmarfachin@uol.com.br)

Resumo

A concretização dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais é um caminho a prosseguir. É necessário, adequado e proporcional, seguir os princípios constitucionais (constitucionais) da transparência e da responsividade às demandas da população, da prestação de contas e própria responsabilidade. Tudo isto também envolve o desenvolvimento de princípios constitucionais que sejam de anticorrupção. A responsabilidade financeira e criminal pode constituir um incentivo à melhoria da gestão dos dinheiros públicos e a uma melhor efectivação dos princípios constitucionais fundamentais. As áreas constitucional, administrativa, penal, de gestão pública e de ciência de administração e boa governança, devem ser articuladas numa só estratégia. Tribunal Federal/Constitucional, Supremo/Superior Tribunal de Justiça ou Tribunais de Contas têm que ser considerados em conjunto. Tribunais os quais devem estar atentos à gestão dos recursos dos contribuintes e ao endividamento dos poderes públicos e das empresas públicas. Dívidas que, inclusive, têm implicações na soberania nacional e nas relações com os credores externos. É importante gerir com competência e honestidade os dinheiros públicos. Não se pode esquecer, de modo paralelo, da necessidade, adequação e proporcionalidade da existência

duma responsabilidade criminal eficaz e por meios adequados à recuperação de activos públicos, dirigidos à concretização dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais em países como Portugal ou o Brasil, que tenham sido irregularmente desviados para servir interesses privados.

Palavras-chave

Direitos constitucionais fundamentais sociais; Responsabilidade financeira; Responsabilidade criminal; Dinheiros públicos.

Resume

The implementation of the Constitutional Social Fundamental Rights is one way to proceed. It is necessary, appropriate and proportionate, following the constitutional principles (constitutional) transparency and responsiveness to the demands of the population, accountability and self-responsibility. All this also involves the development of constitutional principles that are anti-corruption. The financial and criminal liability could constitute an incentive to improve the management of public funds and the enhanced enforcement of fundamental constitutional principles. The constitutional, administrative, criminal areas, public management and administration and good governance science, should be articulated in a single strategy. Federal Court / Constitutional, Supreme / High Court of Justice or audit offices have to be considered together. Courts which should be alert to the management of taxpayers resources and the debt of public authorities and public companies. Courts which should be alert to the management of taxpayers resources and indebtedness of governments. Debts even have implications for national sovereignty and relations with external creditors. It is important to manage with competence and honesty public money. We can not forget, in parallel, of necessity, appropriateness and proportionality of the existence of an effective criminal responsibility and appropriate means to recover public assets, aimed at achieving the Social Fundamental Constitutional Rights in countries like Portugal or Brazil, which have been irregularly diverted to serve private interests.

Key words

Social fundamental constitutional rights; Financial responsibility; Criminal responsibility; Public money.

1. Objectivos, Metodologia e Introdução

Os objectivos estão no estabelecimento da conexão inegável entre, por um lado, uma honesta, transparente e constitucional (constitucional) gestão dos dinheiros públicos

e, por outro lado, a concretização dos direitos e deveres constitucionais fundamentais sociais.

A metodologia a ser seguida prende-se com a análise doutrinal, legal e jurisprudencial comparativas que existe sobre a matéria, em especial, em países como Portugal ou Brasil. Não esquecendo a troca de impressões, entrevistas de modo mais (in)formal, mas também em congressos, conferências, palestras, seminários, colóquios, simpósios, entre outros eventos, entre colegas professores e investigadores e cientistas e diversos auxiliares do Direito, de diferentes nacionalidades. Portugal, diga-se, é um dos países da União Europeia e, por isso mesmo, está sob a influência dum Direito da União Europeia, a qual é, no presente momento, constituída por 28 Estados-membros independentes. Em 2012 eram cerca de 507 milhões de habitantes que, no seu conjunto, constituem o maior bloco económico do mundo, ultrapassando os EUA, a China ou o Japão a título de exemplo. Diga-se, contudo, que o chamado “Direito da União Europeia” é, nada mais, nada menos, do que o próprio direito de origem profunda mediterrânica greco-romana e de forte desenvolvimento e aperfeiçoamento através do Império Romano.

O Brasil, todos o sabemos, é, por si só, um continente. Já ultrapassou os 203 milhões de habitantes. É o quinto país mais populoso do mundo. É maior economia da América Latina, bem como a segunda maior de todo o continente americano, além de ser a sétima maior economia do mundo.

2. Desenvolvimentos Introdutórios

A boa governança dos dinheiros públicos está ligada de um modo íntimo à concretização prática dos chamados direitos constitucionais sociais.

A tutela jurídico-constitucional da recepção de receitas públicas – crimes tributários em sentido amplo, incluindo portanto as contra-ordenações ou o “direito administrativo sancionatório” –, está já acautelada, num grau de interesse público que se pode considerar justo e razoável em níveis de intervenção mínima. Isto, se tivermos em perspectiva o contínuo aperfeiçoamento da retribuição, da prevenção geral positiva, da prevenção especial positiva e da, agora mais desenvolvida, justiça restaurativa. Já se sentem, todavia, algumas dificuldades em ordenamentos jurídicos como o de Brasil ou de Portugal, na tutela da utilização constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos.

No espectro político da Europa ocidental, existe um consenso bem alargado acerca da necessidade, adequação, proporcionalidade, respeitando a intervenção mínima, de ter que existir uma sanção em face da eventual ausência dum manuseamento e aplicação honesta e transparente dos dinheiros públicos.

O estado da arte presente em relação ao uso transparente e honesto dos dinheiros públicos não se tem reflectido, quando deveria ser o caso (e cada caso é um caso), nas

teorias, que também aqui deveriam estar presentes e muito menos nas práticas. Não desfazendo o velho provérbio, de certa forma científico, de que “não há nada mais prático do que uma boa teoria”.

3. Justificações Constitucionais em Portugal

No caso português encontramos na respectiva Constituição um capítulo (II) dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais. Este Capítulo II da Constituição da República Portuguesa (CRP) constitui, por conseguinte, um importante “catálogo de direitos sociais”.¹ É claro que quando falamos em direitos sociais, estamos a falar também em deveres sociais. Podemos mesmo evocar a existência duma Constituição social, como um grupo de direitos e princípios de natureza social que estão consagrados de modo formal na Constituição.² Trata-se dum conceito muito amplo que abrange os princípios fundamentais daquilo que se designa numa outra linguagem técnica como “direito social”.

É com lógica jurídico-científica que, por conseguinte, podemos afirmar que os chamados “direitos sociais” evocam uma democracia económica e social num caminho triplo³⁴:

1º São direitos que pertencem a todos os portugueses e, por tendência, a todos os residentes em Portugal. A nossa referência vai para a segurança social; a saúde; a habitação ou moradia; o ambiente; a qualidade de vida;⁵ Ora, desde logo aqui se coloca o problema do custo do Estado de Direito social e da associada gestão honesta e transparente dos dinheiros públicos.⁶ “Todos os portugueses” é “muito caro?” “Todos os residentes em Portugal?” ainda fica mais caro. A questão é também saber que prioridades deverá ter afinal o Estado de Direito social e que tipo de democracia pretendemos usufruir;

2º Está previsto, pois, um tratamento preferencial para as pessoas que, por causa do seu enquadramento económico, social ou físico, não podem, infelizmente, gozar destes

1 Cfr. Título III, Capítulos I e II da CRP, art.s 58º e ss. e 63º e ss..

2 Wertenbruch, Wilhelm, “*Sozialverfassung, Sozialverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden, zugleich eine Einführung in das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches*”, Athenäum-Verlag, ISBN 3761061641, Frankfurt am Main, 1974, pp. 2 e ss..

3 Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª Edição, Editora Almedina, ISBN 978-972-40-2106-5, Coimbra, 2003, pp. 347 e ss..

4 Sobre a democracia em Portugal, Alves, Fernando de Brito, Democracia À Portuguesa § Retórica democrática na tradição jurídica lusófona, Editora Lumen Juris, Direito, Rio de Janeiro, 2014, *passim*.

5 Cfr. art.s 63º, 64º, 65º, 66º e 67º da CRP.

6 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, “Responsabilidade Financeira e Criminal – Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos – Prefácio de Jónatas Machado”, Editora Juruá, Paraná-Curitiba, Brasil e Lisboa, Portugal, ISBN 978853625032-8, *passim*.

direitos.⁷ Prevê-se, por conseguinte, que em alguns casos, poderá ter que se despender uma maior quantia de dinheiro;

3º Os dois sentidos anteriores implicam uma tendencial igualdade dos cidadãos no que concerne às prestações sociais, em direcção a um “sistema unificado de segurança social”, “um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito”, “uma política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos deficientes”.⁸

3.1. *Justificações Constitucionais também no Brasil*⁹

Na Constituição lusa procura-se alcançar um “objectivo extra-fiscal” para o sistema fiscal, ou seja, a “repartição justa dos rendimentos e da riqueza”.¹⁰ Se, por um lado, é preciso o Estado recepcionar os impostos de modo necessário, adequado e proporcional; é também, por outro lado, necessário, adequado e proporcional que aplique de forma constitucional e, portanto honesta e transparente, os dinheiros públicos.

Tanto em Portugal, como no Brasil, assim como noutros países do mundo, assiste-se a uma tentativa de privatização da administração pública. É preciso não esquecer, contudo e em momento algum, que nem toda a empresa prossegue ou tem que visar lucros: v.g. no sector do meio ambiente. Além das cooperativas e/ou certas empresas públicas em determinadas actividades que são deficitárias do ponto de vista estrito pecuniário.

A hermenêutica em geral, e/ou em particular¹¹, constata, com relativa facilidade, que a dimensão do lucro não é apenas formal, mas também material: o “lucro da saúde individual de cada um e de todos”; o “lucro da conservação do património cultural e artístico”; o “lucro do meio ambiente saudável”; o “lucro do conhecimento, da educação e da ciência”; o “lucro da segurança e paz públicas”; o “lucro da Justiça”, o “lucro da ausência de precariedade no emprego”; o “lucro da alegria, do belo e do amor”, entre outros fenómenos. Já a Constituição portuguesa se preocupa de modo claro com a “repartição justa dos rendimentos e da riqueza”, o que podia, aliás e também, criar obstáculos à execução das tarefas fundamentais, nomeadamente sociais,¹² do Estado. A Constituição lusa

7 Cfr. art.s 63º/4, 64º/2, 65º/3, 67º, alínea e., 68º, 69º, 70º, 71º e 72º da CRP.

8 Cfr. respectivamente art.s 63º/2, 64º/2 e 71º/2 da CRP.

9 Sobre a relação entre América e a Ibéria, Martins, Rui Cunha, in «O Método da Fronteira-Radiografia Histórica de um Dispositivo Contemporâneo (Matrizes Ibéricas e Americanas)», Fora de Coleção, Editora Almedina, Coimbra, 2008, pp. 5-252, *passim*.

10 Cfr. o art. 103.º/1 da CRP.

11 Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, *passim*.

12 Sobre a evolução histórica dos direitos sociais no Brasil e os direitos sociais na Constituição de 1988, Fachin, Zulmar, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015, pp. 345 e ss..

consagra um princípio de bem-estar social e económico, político e cultural.¹³ As próprias “férias, o repouso e o lazer” são direitos sociais.¹⁴

Igualmente na Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) podemos encontrar diferentes consagrações de direitos sociais e económicos constitucionais fundamentais. No preâmbulo, podemos encontrar desde logo uma evocação do “bem-estar”: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a protecção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. Um pouco por toda a CRFB podemos encontrar, pois, uma série de evocações de direitos e deveres sociais e económicos fundamentais, não deixando de abarcar a referência a serviços públicos com os mesmos conexcionados.¹⁵

Neste desiderato, não é despreciando que a CRFB, mas igualmente a CRP, façam sobressair, por exemplo, a promoção de um meio ambiente saudável.¹⁶ Como todo o jurista deve saber, o meio ambiente saudável está interconexcionado com o livre desenvolvimento dos direitos sociais e económicos constitucionais fundamentais.

Neste enquadramento, ainda é de ressaltar o enfoque que a CRFB proporciona ao bem-estar social e económico.¹⁷ E aqui, com uma atenção prioritária, e de dever fundamental do Estado brasileiro, no caso especial dos índios.¹⁸ É importante inclusive referir a preocupação que é muitas vezes encarnada pelo próprio Ministério Público nas questões socio-ambientais, v.g., amazónicas.¹⁹

13 Por exemplo: “Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático”; ou “Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais”; ou “Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”; etc.: cfr. art. 9.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Mas também, por outro lado, poderiam estar em causa qualquer uma das “Incumbências prioritárias do Estado”, como, v.g., a promoção do “... aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável”: art. 81.º da CRP. Esta norma constitucional consagra inclusive uma espécie de programa dirigido ao Estado de Direito social e democrático.

14 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, «Férias, repouso e lazer: Direito Fundamental Constitucional dos trabalhadores», *Justiça, Ciência&Política com Tempero*, Diário do Minho, 15/8/2014, p. 2.

15 Cfr. artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º da CRFB. Cfr. art. 175.º da CRFB.

16 Cfr. v.g. art. 225.º da CRFB.

17 Cfr. art. 23.º, 182.º, 186.º, 193.º, 219.º e 230.º da CRFB.

18 Cfr. art. 231.º da CRFB.

19 Silveira, Edson Damas da, *Socioambientalismo Amazônico*, Editora Juruá, 1ª edição de 2008, 2ª reimpressão de 2012, *passim*.

4. Algumas Consequências Teóricas e Práticas na Prevenção da Utilização dos Dinheiros Públicos contra as Finalidades Constitucionais

É, por conseguinte, necessária, adequada e proporcional, que exista uma tutela jurídico-constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos nas suas diferentes ramificações – civil, administrativa, contra-ordenacional, criminal, entre outras possíveis. De contrário, se não existir essa mesma tutela, é quase impossível, para não dizer mesmo impossível, que se verifique uma concretização prática dos direitos e deveres constitucionais sociais.

A concretização dos direitos, mas também deveres, constitucionais fundamentais sociais é uma hipótese útil. O tratamento dos dinheiros públicos tem que ser transparente, responsável. É fundamental que se verifique uma efectiva prevenção da corrupção no sector público, mas também no sector privado.

A honestidade e transparência democráticas na gestão dos dinheiros públicos só têm a ganhar com uma responsabilidade financeira e criminal que vise as prevenções geral e especial positivas, não descurando uma retribuição necessária, adequada e proporcional. O que, em todo o caso, também não prejudica o objectivo de se querer alcançar uma justiça restaurativa. Tudo isto somado permite concretizar melhor a complexa inter-relação dos princípios constitucionais fundamentais sociais, mas igualmente económicos e culturais.

Chegou o momento de percebermos que estamos a lidar com peças do mesmo xadrez. Exige-se do ponto de vista constitucional a existência de uma só estratégia, sem prejuízo de irmos aperfeiçoando a mesma ao longo do tempo. As áreas constitucional, administrativa, penal, de gestão pública e de ciência de administração e boa governança, devem comungar esforços no mesmo sentido: o de ajudar a construir um efectivo Estado de Direito²⁰ Social, democrático, livre e verdadeiro. É inegável que os assuntos do(s) Tribunal Federal/Constitucional, Supremo/Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Contas, têm uma relação entre si. A totalidade destes tribunais não pode descurar a gestão dos recursos dos contribuintes e o endividamento dos poderes públicos e das empresas públicas. É uma forma da doutrina, legislação e jurisprudência contribuírem para a sobrevivência do próprio Estado de Direito social democrático, livre e verdadeiro.

Se a dívida de um país se torna demasiado profunda, é a soberania nacional que fica em perigo. As relações com os credores externos, incluindo credores mais, ou menos, agiotas, tornam-se numa espécie de deslocalização do poder nacional democrático.

20 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *In: Ciência Política, Estado e Direito Público § Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade*, Prefácio: Celso Antônio Bandeira de Mello, 2ª edição, Editora Verbatim, 2014, *passim*.

É fundamental em absoluto – do ponto de vista constitucional constitucional - gerir com competência e honestidade os dinheiros públicos. Não podemos olvidar, pois, de modo prospectivo, da necessidade, adequação e proporcionalidade da existência duma responsabilidade financeira e criminal eficaz e por meios adequados à recuperação de activos/ativos.

São esses mesmos activos/ativos públicos que estão apontados à concretização dos direitos constitucionais fundamentais sociais em países como o Brasil ou Portugal.

Activos/ativos esses que não podemos aceitar que se desviem do interesse público.

Não esquecendo, em momento algum, que o Estado, ele próprio, pode ser o criminoso. Que o legislador-alfaiate pode, ele próprio, ser o criminoso. Pelo que a questão é também de saber quem guarda os guardas, ainda ouvimos a voz de Juvenal.

5. Conclusões

Os crimes tributários e a responsabilidade por ilícitos tributários tutelam no essencial a recepção constitucional (constitucional) das receitas públicas.

Os crimes financeiros e a responsabilidade por ilícitos financeiros tutelam a distribuição constitucional (constitucional) dessas mesmas receitas públicas.

Tal como Jano, são duas faces da mesma moeda. Tal como a Mulher de César, não basta ser, é preciso parecer.

Só com esta dupla visão – que é uma visão complexa -, com base numa ética multilateral, é que se poderão concretizar com maior eficácia os direitos fundamentais sociais de modo mais profundo e amplo.

De contrário, a evasão aos impostos pode se tornar, ela própria, uma questão de ética, em face da corrupção no Estado na utilização constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos.

6. Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *In: Curso de Direito Comercial* – v. I – Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos. 9. ed. 2013.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *In: Ciência Política, Estado e Direito Público § Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade*, Prefácio: Celso Antônio Bandeira de Mello, 2ª edição, Editora Verbatim, 2014.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *In: Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, comen-

tário aos arts. 372 e ss. 2. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 997. 4. ed. 2011.

ALVES, Fernando de Brito, *In: Democracia À Portuguesa § Retórica democrática na tradição jurídica lusófona*, Editora Lumen Juris, Direito, Rio de Janeiro, 2014.

ANDRADE, Fernando Rocha. *In: A limitação constitucional do défice orçamental e sua circunstância*. Versão provisória do estudo elaborado para publicação na obra “*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*”, *Studia Juridica*, n. 107, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2013.

ANDRADE, Manuel da Costa. *In: A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico*, Direito Penal Económico, Coimbra: CEJ, 1985; ou in “*A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de bem jurídico*” in IDPEE (Org.). **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. I, p. 389 e ss. e 398 e ss.

BANDEIRA, Melo. *In: Acórdão do STJ, de 25.05.1979, “Despedimento nulo”; “Responsabilidade disciplinar do trabalhador”; votação por Unanimidade. BMJ n. 287, a. 1979, p. 190 ou <www.dgsi.pt>*.

BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo. **Responsabilidade Penal Económico e Fiscal dos Entes Colectivos § À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial**, Coimbra: Almedina, 2004.

_____. A Honra e a Liberdade de Expressão – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Jurisprudência Crítica. **RPCC** – a. 16 – Fascículo 4, Coimbra: Coimbra, out./dez. 2006/2007. p. 643 e ss.

_____. O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. *In: AA.VV.*, Coordenação de NASCIMENTO SILVA, Luciano; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo. **Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira**. Lisboa: Juruá, Disponível em: <www.jurua.com.br>, 2010.

_____. **Abuso de Informação, Manipulação do Mercado e Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas” – “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização”**. Edição Revista e Ampliada com Texto Extra. Lisboa: Juruá, 2011/2015 (4ª tiragem).

_____. Responsabilidade criminal e recuperação de activos, **Colóquio “Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro”**, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do *Instituto Iuridico* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23.04.2014, 9Hrs-18Hrs.

- _____. “Nova” Lei da Concorrência de 2012 é mais Justiça?, **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 30.05.2014, p. 22.
- _____. **Lições de Direito Económico e Financeiro, Curso de Gestão Bancária e Seguros, 2013/2014**. maio de 2014, ESG/IPCA, 4. ed. Barcelos.
- _____. Tribunal Constitucional: hora de cortar nas PPP’s, contratos futuros *swap*... **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 06.06.2014, p. 21.
- _____. Há alternativas ao aumento de impostos? Sim, há. **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 13.06.2014, p. 22.
- _____. Ó sistema capitalista, quanto do teu Portugal são lavagens de capital?. **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 01.08.2014, p. 18.
- _____. Férias, repouso e lazer: Direito Fundamental Constitucional dos trabalhadores. **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 15.08.2014, p. 2.
- _____. Responsabilidade Financeira e Criminal – Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos – Prefácio de Jónatas Machado”, Editora Juruá, Paraná-Curitiba, Brasil e Lisboa, Portugal, 02.2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene** e/ou “*Dos Delitos e Das Penas*” com tradução de José de Faria Costa, do original italiano, Edição de Harlem, Livorno, Itália, 1766. revista por Primola Vingiano, com dois ensaios introdutórios de José De Faria Costa e Giorgio Marinucci, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BECK, Ulrich. *In: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 6. ed. Brasil: OAB, 2004.
- BOTTKE, Wilfried. *In: Der Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen*, in Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts», Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Herausgegeben von Bernd Schünemann § Carlos Suárez González, Carl Heymanns Verlag KG • Köln • Berlin • Bonn • München, Alemanha, 1994. p. 109 e ss.
- BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de Imputação Jurídico-Penal de Entes Colectivos § (Elementos Para Uma Dogmática Alternativa da Responsabilidade Penal de Entes Colectivos). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, a. 13, n. 2, abr./jun. 2003. IDPEE, p. 207 e p. 224 e ss.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Editora Almedina, ISBN 978-972-40-2106-5, Coimbra, 2003.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *In: CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 1 a 107*, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. v. I.
- _____. *In: CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 108 a 296*, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. II.
- CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimentos das Empresas Estatais e Endividamento Público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COELHO, José Carlos. **Governo anuncia nacionalização do BPN § Ministro diz que instituição enfrenta “iminente ruptura de pagamentos” § A nacionalização do BPN será a primeira desde 1975**. <www.publico.pt>, 02.11.2008.
- COELHO, Luís. *In: O “mobbing” ou o assédio moral no trabalho*. <www.jornaldenegocios.pt>, 08.09.2008.
- CORREIA, Eduardo. *In: Actas do Código Penal*, 1979.
- _____. **Os artigos 10º do Dec.-Lei 27 153**, 1968.
- COSTA, J.M. Cardoso da. **Curso de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 1972.
- DIAS, Carmo. *In: Comentário das Leis Penais Extravagantes* § v. 1, Paulo Pinto de Albuquerque § José Branco, Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 761 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *In: Criminologia § O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*, 2. Reimpressão (1997), Coimbra: Coimbra, 1992.
- . **Direito Penal** § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime, 2. ed. atual. e ampl. Coimbra: Coimbra, 2007.
- FACHIN, Zulmar, Curso de Direito Constitucional, 7ª edição revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015.
- FARIA, Paula Ribeiro. *In: Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, t. III, arts. 308º A 386, Dirigido por J. de Figueiredo Dias, em anotação ao art. 375 do Código Penal (Peculato), 2001.
- FLETCHER, Laurence. Hedge Funds Betting Against Banco Espírito Santo in Line for Big Gains § Funds Took Short Positions in Troubled Lender in Months Before Its Collapse. **Wall Street Journal**, 06.08.2014.
- GERSÃO, Eliana. «Revisão do Sistema Jurídico Relativo À Infracção Fiscal». **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**. n. 112 (1976) ou Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra, 1999. v. II.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J.J. Gomes; RAMOS, Rui Manuel Moura; ANDRADE, José Carlos Vieira de; RÍQUITO, Ana Luísa.

- GREENSPAN, Alan. **The Age of Turbulence**. Adventures in a New World, The Penguin Press, New York, EUA, 2007.
- JÚNIOR, Salomão Ribas. «O papel do Tribunal de Contas na promoção dos direitos sociais no Brasil», **Colóquio Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do *Instituto Iuridico* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23.04.2014, 9Hrs-18Hrs.
- JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes Braga. Improbidade Administrativa. **Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba**, jan./jun. a. 1, n. 1, jan./jun. 2007. p. 122 e ss.
- KAUFMANN, Marcel. *In: «Europäische Integration und Demokratierprinzip»*, Baden-Baden Nomos-Verl.-Ges., Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 71, 1 Aufl., 1997.
- LIMA, F. A. Pires de; VARELA, J. de M. Antunes. *In: Código Civil Anotado*. (Artigos 1.º a 761.º), 4. ed. rev. e atual. com colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra: Coimbra, 1987. v. I.
- LINHARES, Erick. *In: A Política Externa da Terra dos Seis Povos § A República Cooperativa da Guiana*, Editora Juruá, Curitiba, 2013.
- MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. *In: Curso de Direito Tributário*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MAHAMUT, María del Rosario García. **La Responsabilidad Penal De Los Miembros Del Gobierno En La Constitución**, Madrid: Tecnos, 2000.
- MARTINS, Guilherme d'Oliveira; TAVARES, José F.F. **Colectânea de Legislação do Tribunal de Contas**. Departamento de Consultadoria e Planeamento, Direcção de Guilherme d'Oliveira Martins, Coordenação José F.F. Tavares e Eleonora Pais de Almeida, Grafiteira-Artes Gráficas Lda, 6. ed. atual. 2012: também em: <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/legislacao/legis6-act.pdf>>, agosto de 2014.
- MARTINS, Rui Cunha. *In: O Método da Fronteira-Radiografia Histórica de um Dispositivo Contemporâneo (Matrizes Ibéricas e Americanas)*, Fora de Colecção, Editora Almedina, Coimbra, 2008.
- PANSIERI, Flávio. *In: Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais § reflexões a partir do direito à moradia*, Editora Saraiva, 2ª Tiragem, 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *In: Comentário Conimbricense Do Código Penal*. Parte Especial, t. II, arts. 202º a 307º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra, em anotação ao art. 279 do C.P. (Poluição), 1999.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *In: Direito Constitucional*, Ediora Verbatim, 1ª edição, 2010.
- SHILLER, Robert J. 1. ed. em 2000; e *in Irrational Exuberance*, Second Edition, «With new material on the real estate bubble», Currency - Doubleday, New York; London; Toronto; Sydney; Auckland, EUA-RU-Canadá, Austrália, 2005.
- SILVEIRA, Edson Damas da. *In: Socioambientalismo Amazônico*, Editora Juruá, 1ª edição de 2008, 2ª reimpressão de 2012.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira. *In: O Poder Reformador na Constituição de 1988 e os limites jurídicos das reformas constitucionais*, 1ª edição, São Paulo: RCS, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *In: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.
- WERTENBRUCH, Wilhelm. *In: Sozialverfassung, Sozialverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden, zugleich eine Einführung in das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches*, Athenäum-Verlag, ISBN 3761061641, Frankfurt am Main, 1974.