

PREFÁCIO

A presente edição da revista *Cadernos* reitera o compromisso do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul na divulgação de pesquisas e disseminação de conhecimento jurídico, considerando a manutenção deste instrumento institucional de debate acadêmico e exposição de ideias relevante ao cenário jurídico nacional.

Ao longo do período que corresponde esta publicação, foram recebidos trabalhos provenientes de muitas regiões do Brasil e referentes aos mais variados temas jurídicos. Em respeito à qualidade destas pesquisas e o anseio dos autores, a equipe editorial e o corpo de pareceristas se esmerou para que as avaliações fossem efetuadas de modo mais rigoroso, ágil, eficiente, construtivo ao aprimoramento dos estudos e de acordo com as normas da Capes para periódicos jurídicos. Este empenho se refletiu na estratificação da revista, que obteve o índice B1, um dos mais conceituados da escala QUALIS.

Nesta ocasião, apresentamos o resultado deste esforço, considerando-se a densidade das pesquisas, a representatividade nacional da revista, sua projeção internacional e seus índices de repercussão. Nesse sentido, esta publicação contém o estudo da doutora Alessandra Silveira e da mestre Sophie Perez Fernandes, professoras da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal, relativo à análise da proteção dos direitos fundamentais e da efetividade do Direito da União Europeia por meio de casos solucionados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Os direitos fundamentais também foram tema escrutinado pelos doutores Joaquin Cayón-de Iñás Cuevas, professor da Universidad de Cantabria, Espanha, e Sandra Regina Martini, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que defenderam um conceito de Democracia Sanitária, garantidora da proteção da saúde, por meio de perspectiva sociológica e jurídica.

O Direito Internacional foi contemplado com a pesquisa da doutora Edith Brown Weiss, professora da Georgetown University, Estados Unidos, com enfoque no exame da necessidade de reinvenção dos instrumentos jurídicos tradicionais em resposta à realidade da globalização contemporânea.



No âmbito da história do Direito Constitucional sul-americano, o doutor José Carlos Chiaramonte, professor honorário da Universidad de Buenos Aires, Argentina, verificou o desenvolvimento do federalismo nos países que integram a bacia do rio da prata.

Por seu turno, o Direito Constitucional e os direitos fundamentais no Brasil foram abordados pelos doutores Luís Afonso Heck, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Guilherme Camargo Massaú, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, Rio Grande do Sul; Thiago Rodovalho, professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, São Paulo; pelo mestre José Luiz de Almeida Simão, professor da Universidade do Vale do Paraíba, São Paulo; pela doutora Artenira da Silva e Silva, professora da Universidade Federal do Maranhão; e pelo mestrando Jorge Alberto Mendes Serejo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, cujos trabalhos versaram sobre jurisdição constitucional, direitos humanos na Constituição Federal, direito à liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Além disso, investigações teórico-filosóficas sobre retórica analítica e educação jurídica na pós-modernidade foram realizadas pelos doutores Pedro Parini, professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco; Marcus Geandré Nakano Ramiro, professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e por Suelyn Moraes Giordani.

O Direito Processual Civil, no que tange à contagem do prazo para apresentação de defesa em ações de alimentos, foi enfrentado pelo doutor Francisco Vieira Lima Neto, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, e pela mestranda Myrna Fernandes Carneiro.

No que tange ao Direito Tributário, os doutores André Felipe Canuto Coelho, professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Pernambuco; e Bruna Estima Borba, professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, averiguaram se a decadência constitui causa de exclusão do crédito tributário.

Na esfera do Direito Penal, foram empreendidas perquirições sobre estatísticas e características do latrocínio e sobre Direito Penal do Inimigo, elaboradas pelo doutor José Antônio Gerzson Linck, professor do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; por Andrea Porto da Costa; pelo



doutor Rafael José Nadim de Lazari, professor do Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha, São Paulo; e pelo mestrando Ricardo Bispo Razaboni Junior.

Por fim, o mestre Junior Cesar Bueno e Freitas, professor da Escola Superior Associada de Goiânia, Goiás, formulou análise de Direito Civil, associando as indicações geográficas e ao direito de propriedade.

Conforme mencionado, esperamos que esta publicação propicie reflexões produtivas aos nossos leitores, promovendo aprimoramento intelectual, aprofundamento dos estudos, e fomentando o progresso da pesquisa nacional. Reiteramos, ainda, o agradecimento e o reconhecimento do interesse de inúmeros leitores, autores, professores e pareceristas, indispensável à existência deste espaço de pesquisa.

Porto Alegre, 30 de agosto de 2017.

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Editor-chefe

Profa. Dra. Cláudia Lima Marques
Coordenadora PPGDir – UFRGS
Editora-chefe Substituta

Doutorando Kenny Sontag
Editor-colaborador

3



A SAGA *TARICCO* CONTINUA: ENTRE IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO-MEMBRO E NÍVEL MAIS ELEVADO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – ONDE FICA A EFETIVIDADE DO DIREITO DA UE?

THE TARICCO SAGA CONTINUES – BETWEEN CONSTITUTIONAL NATIONAL IDENTITY AND HIGHEST LEVEL OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS, WHERE DOES EFFECTIVENESS OF EU LAW STAND?

Alessandra Silveira*

Sophie Perez Fernandes**

RESUMO: Em setembro de 2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia detalhou, no acórdão *Taricco*, o alcance das obrigações dos Estados-Membros no combate à fraude fiscal lesiva dos interesses financeiros da União. Aquele Tribunal voltará brevemente a pronunciar-se sobre a interpretação firmada no referido acórdão, pois a compatibilidade da solução aí fixada foi questionada à luz de um princípio supremo da ordem jurídico-constitucional de um Estado-Membro – no caso, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, cuja desconsideração seria suscetível de vulnerar a identidade constitucional da República Italiana. Neste contexto, importa aferir: i) o que integra a identidade constitucional dos Estados-Membros, ii) quem tem competência para a definir, iii) qual o alcance dessa definição para o direito da União Europeia. É o que as Autoras pretendem desvendar neste texto, a partir de um caso de estudo pendente no Tribunal de Justiça – qual seja, o caso *M.A.S. e M.B.* – no âmbito do qual o referido Tribunal foi chamado a esclarecer as implicações jurídico-constitucionais do caso *Taricco*.

PALAVRAS-CHAVE: Interconstitucionalidade. Identidade Constitucional. Nível de Proteção mais Elevado dos Direitos Fundamentais. Efetividade do Direito da UE.

SUMÁRIO: Notas Introdutórias. 1 O caso *Taricco* – ou em que medida o combate à fraude fiscal ajusta a proteção dos direitos fundamentais num contexto de interconstitucionalidade. 2 O caso *M.A.S. e M.B.* – ou da necessária separação de águas entre identidade constitucional e nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais no sistema jurídico da União Europeia. Notas Conclusivas. Referências.

ABSTRACT: In September 2015 the Court of Justice of the European Union detailed the scope of the obligations of the Member States in combating tax fraud affecting the financial interests of the Union in the *Taricco* judgment. The Court will briefly rule again on the interpretation given in that judgment, since the compatibility of the solution set out therein was called into question in the light of a supreme principle of the legal and constitutional order of a Member State - in this case, the principle of legality in criminal matters, the disregard of which would allegedly be liable to infringe the constitutional identity of the Italian Republic. In that context, it is important to assess: i) what constitutes the constitutional identity of the Member States, ii) who is competent to define it, iii) what is the scope of that definition in the light of European Union law. This is what the Authors intend to unveil in this text, from a case study pending before the Court of Justice - that is, the case *M.A.S. and M.B.* - in which the Court was called upon to clarify the legal and constitutional implications of the *Taricco* case.

KEYWORDS: Interconstitutionality. Constitutional Identity. Highest Level of Protection of Fundamental Rights. Effectiveness of EU Law.

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Diretora do Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho, Portugal. Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho, Portugal.

** Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, Portugal. Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Investigadora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho, Portugal.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A teoria da interconstitucionalidade explica que a regra metódico-interpretativa prevalecente num contexto de pluralismo constitucional é a da tendencial correspondência (ou a da presunção de correspondência) quanto à proteção de direitos fundamentais consagrados num sistema multinível como aquele da União Europeia. Todavia, como ensina Gomes Canotilho, aquela presunção não exclui as diferenças de nível de proteção porventura resultantes «quer do enunciado normativo dos textos quer da interpretação/aplicação que a estes enunciados tem sido atribuída pelas diferentes instâncias jurisdicionais» das várias componentes do sistema jurídico da União Europeia. Assim, uma proteção mais elevada pode resultar *i*) da densificação ou concretização legal dos direitos em causa ou *ii*) de uma cristalização material mais favorável.¹

Segundo a interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia² no acórdão *Melloni*,³ o art. 53.º (princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais)⁴ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) confirma que, quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais (ou seja, a sua Constituição), desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

Assim, no âmbito de aplicação do direito da União, o princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais não permite a um Estado-Membro obstar à aplicação

¹ Sobre o tema cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito e Internormatividade. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Jean Monnet Action (Information and Research Activities). Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 182.

² O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) integra, desde setembro de 2016, duas jurisdições [art. 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE)]: o Tribunal de Justiça (TJ) e o Tribunal Geral (TG) – o texto refere-se à primeira dessas jurisdições. UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

³ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, EU:C:2013:107, considerando 60. Sobre o tema cfr. SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (Coords.). *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015 (especialmente ponto 5. O mosaico *Melloni* e a operatividade metódica do standard mais elevado).

⁴ Sobre o princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais na UE, cfr. CANOTILHO, Mariana. Comentário ao artigo 53.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

de atos jurídicos europeus plenamente conformes com a CDFUE por não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado. De resto, o Tribunal de Justiça vem afirmando esta ideia desde o célebre acórdão *Costa/ENEL* de 1964,⁵ segundo o qual a efetividade do direito da União (ou seja, o efeito útil das disposições europeias) não pode variar de um Estado-Membro para outro em função do seu direito interno (inclusivamente do direito constitucional) pois tal abalaria o próprio fundamento jurídico da então Comunidade (hoje União).

Ora, ao admitir que os Estados-Membros podem valer-se do seu próprio padrão de constitucionalidade quando estejam a aplicar o direito da União (desde que isto não comprometa o nível de proteção previsto na CDFUE tal como o Tribunal de Justiça a interpreta), este Tribunal confere ao art. 53.º CDFUE uma interpretação amiga da interatividade entre ordens jurídicas para a proteção de direitos fundamentais, pois reconhece operatividade metódica ao standard mais elevado que porventura decorra da Constituição nacional. De qualquer forma, num sistema de pluralismo constitucional, as ordens jurídicas não podem ignorar-se umas às outras e decidir, unilateralmente, sobre dimensões materiais que a todas afetam.

É por isso que a invocação da identidade constitucional de um Estado-Membro não deve servir para subverter os fundamentos do direito da integração. É certo que a União Europeia está obrigada a respeitar a identidade nacional dos Estados-Membros, «refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles» [art. 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE)]. E, nesta medida, um Estado-Membro que considere que uma disposição do direito primário ou derivado da União atenta contra sua identidade nacional pode impugná-la junto do Tribunal de Justiça com fundamento no referido art. 4.º, n.º 2, TUE. Todavia, importa aferir *i*) o que integra a identidade constitucional dos Estados-Membros, *ii*) quem tem competência para a definir, *ii*) qual o alcance dessa definição para o direito da União Europeia. É o que as Autoras pretendem desvendar neste texto, a partir de um caso de estudo pendente no Tribunal de Justiça – qual seja, o caso *M.A.S. e M.B.* – no âmbito do qual o referido Tribunal foi chamado a esclarecer as implicações jurídico-constitucionais do caso *Taricco*.

⁵ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Costa/ENEL*, de 15 de julho de 1964, Processo 6/64, EU:C:1964:66.

1 O CASO *TARICCO* – OU EM QUE MEDIDA O COMBATE À FRAUDE FISCAL AJUSTA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NUM CONTEXTO DE INTERCONSTITUCIONALIDADE

Em setembro de 2015, o Tribunal de Justiça detalhou, no acórdão *Taricco*,⁶ o alcance das obrigações dos Estados-Membros no combate à fraude em sede de cobrança do imposto sobre o valor acrescentado (IVA). Os recursos próprios da União Europeia (UE) compreendem as receitas provenientes da aplicação de uma taxa uniforme à matéria coletável harmonizada do IVA. Existe, portanto, uma relação direta entre a cobrança das receitas do IVA e o orçamento da UE – e qualquer falha na cobrança das receitas do IVA provoca uma redução dos recursos próprios da União.⁷ Nesta medida, a sanção das infrações contra os interesses financeiros da UE entra no âmbito de aplicação do direito da União – e os tribunais nacionais, enquanto órgãos jurisdicionais funcionalmente europeus, devem garantir a efetividade daquele direito. Ora, este caso de fiscalidade europeia, à primeira vista técnico e isento de relevo jurídico-constitucional, oferece-nos, hoje, um *case study* sobre a metódica da interconstitucionalidade no contexto da União Europeia.

Com efeito, o Tribunal de Justiça voltará brevemente a pronunciar-se sobre a interpretação firmada no acórdão *Taricco*, pois a compatibilidade da solução aí fixada foi questionada à luz de um princípio supremo da ordem jurídico-constitucional de um Estado-Membro – no caso, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, cuja desconsideração seria suscetível de vulnerar a identidade constitucional da República Italiana. O *busflis* reside no facto de que, no âmbito do sistema jurídico italiano e com o apoio da jurisprudência constitucional, o regime de prescrição das infrações penais reveste natureza substantiva – e não processual – sendo-lhe, por conseguinte, aplicável o princípio da legalidade em matéria penal consagrado no art. 25.º, n.º 2, da Constituição Italiana.

O Tribunal Constitucional Italiano considera que a obrigação estabelecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Taricco* compele os juízes penais italianos a aplicar às infrações cometidas anteriormente à publicação daquele acórdão (e que ainda não tenham prescrito) prazos de prescrição mais largos do que os que estavam inicialmente previstos no dia em que as mesmas foram cometidas. Na medida em que considera que a Constituição

⁶ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14, EU:C:2015:555.

⁷ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C 617/10, EU:C:2013:280, considerando 26.

Italiana garante um nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais em causa (do que aquele que seria reconhecido pelo direito da União nessa matéria), o Tribunal Constitucional Italiano sustenta que os arts. 4.º, n.º 3, TUE (identidade constitucional) e 53.º CDFUE (nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais) permitem aos tribunais italianos opor-se à execução da obrigação estabelecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Taricco*.

Assim, se porventura o Tribunal de Justiça mantiver a interpretação do art. 325.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) nos termos formulados no acórdão *Taricco*, o Tribunal Constitucional Italiano equaciona declarar que a lei nacional que ratifica e executa o Tratado de Lisboa – e, por conseguinte, o art. 325.º TFUE – é contrária aos princípios supremos do ordenamento constitucional italiano, dispensando os tribunais nacionais da obrigação de acatar a decisão do Tribunal de Justiça no acórdão *Taricco*. Há quem veja nisso um ultimato – e talvez o seja.⁸ Mas a reivindicação da própria visão constitucional da tutela de direitos fundamentais não se contrapõe ao percurso de integração europeia – ao contrário, constitui a sua essência.⁹ O sistema de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia em muito deve às pressões exercidas pelos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros sobre a (inicial) inércia do Tribunal de Justiça nessa matéria. Não será diferente agora.

O caso *Taricco* põe em cena o regime italiano de prescrição de infrações penais e, como ver-se-á, a particular interpretação que o princípio da legalidade em matéria penal conhece na ordem jurídico-constitucional italiana. Contudo, na origem da contenda atualmente pendente no Tribunal de Justiça está, como dissemos, a interpretação fixada no acórdão *Taricco* ao art. 325.º TFUE. A referida disposição, nos seus n.ºs 1 e 2, dispõe o seguinte:

«1. A União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União. 2. Para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros

⁸ RUGGERI, Antonio. Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su *Taricco*, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017). *Consulta Online*, fasc. 1, 2017, p. 81-88. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/studi/ruggeri66.pdf>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

⁹ SOTIS, Carlo. Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia - Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso *Taricco*). *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, p. 1-17. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/SOTIS_2017a.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

da União, os Estados-Membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros».¹⁰

O pedido de decisão prejudicial na origem da prolação do acórdão *Taricco* fora apresentado ao Tribunal de Justiça no âmbito de um processo penal instaurado contra sete arguidos acusados de terem formado e organizado uma associação com o fim de cometer diversos crimes em matéria de IVA. Sucede que o regime italiano de prescrição de infrações penais era tal que, dada a complexidade e a duração dos processos penais, os arguidos acusados de crimes em matéria de IVA que constituíssem fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União eram suscetíveis de beneficiar de uma impunidade de facto devido à expiração dos prazos de prescrição, o que em Itália sucedia «*não (como) um caso excepcional, mas a norma*».¹¹ Referindo-se então ao art. 325.º TFUE, o Tribunal de Justiça especificou que, muito embora os Estados-Membros gozem de uma «*liberdade de escolha das sanções aplicáveis*», o direito da União impõe-lhes uma «*obrigação de resultado precisa*» de combater as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de «*medidas dissuasoras e efetivas*», devendo para o efeito adotar «*as mesmas medidas que adotarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros*».¹²

Foi assim que o Tribunal de Justiça considerou incompatível com o direito da União, em especial com o disposto no art. 325.º, n.º 1, TFUE a aplicação de um regime nacional de prescrição de infrações penais que produza o «*efeito, num número considerável de casos, de os factos constitutivos de fraude grave não virem a ser punidos penalmente, na medida em que esses factos estão, geralmente, prescritos antes de a sanção penal prevista na lei poder ser aplicada por uma decisão judicial transitada em julgado*». Para além disso, o Tribunal de Justiça observou que, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, seria incompatível com o art. 325.º, n.º 2, TFUE a aplicação de uma regra nacional de prescrição aos casos de fraude em matéria de IVA distinta da aplicável aos casos de fraude lesiva apenas dos interesses financeiros da República Italiana.¹³

Estabelecida a desconformidade do regime italiano em causa com o direito da União, o Tribunal de Justiça foi mais longe e interpretou o art. 325.º TFUE como tendo «*o efeito de,*

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerando 24.

¹² UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerandos 37, 39-41, 43 e 50-51.

¹³ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerandos 47 e 48.

por força do princípio do primado do direito da União, nas suas relações com o direito interno dos Estados-Membros, tornar inaplicável de pleno direito, pelo próprio facto da sua entrada em vigor, qualquer disposição contrária da legislação nacional existente», incumbindo ao juiz nacional deixar de aplicar, se necessário, as disposições nacionais em causa «sem que tenha de pedir ou esperar pela sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional».¹⁴ Ainda, e significativamente, acrescentou que, caso o juiz nacional decida não aplicar as disposições nacionais em questão, «deverá igualmente garantir que os direitos fundamentais das pessoas em causa sejam respeitados», pois a estas poderiam ser aplicadas sanções às quais, com toda a probabilidade, escapariam se as disposições nacionais afastadas fossem aplicadas.¹⁵ Nesta exortação ao respeito pelos direitos fundamentais dos arguidos reside o germen do reenvio prejudicial no caso *M.A.S. e M.B.*, pois o apelo foi interpretado pelo Tribunal Constitucional Italiano como uma condicionante da aplicação do art. 325.º TFUE no sentido definido pelo Tribunal de Justiça em *Taricco*. O Tribunal de Justiça terá agora a oportunidade de densificar o seu entendimento.

De qualquer forma, e amparado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Tribunal de Justiça entendeu que a desaplicação das disposições italianas relativas aos prazos de prescrição penal não acarreta a violação dos direitos dos arguidos garantidos pelo art. 49.º CDFUE¹⁶ (relativo aos princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas).¹⁷ No entendimento do Tribunal de Justiça, daquela desaplicação não resulta qualquer condenação dos arguidos por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional, nem a aplicação de uma sanção que, nesse mesmo momento, não estivesse legalmente prevista. Pelo contrário, os factos imputados aos arguidos no processo principal eram, à data da sua prática,

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerandos 52 e 49.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerando 53

¹⁶ Assim dispõe o art. 49.º CDFUE relativo aos «Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas»: «1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infração perante o direito nacional ou o direito internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida. Se, posteriormente à infração, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada. 2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que uma pessoa tenha sido condenada por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações. 3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração» (UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000/C 324/01. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017).

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerandos 54-57.

constitutivos da mesma infração e passíveis das mesmas sanções penais que as previstas atualmente.¹⁸

Todavia, a decisão do Tribunal de Justiça do acórdão *Taricco* causou alguma comoção na comunidade jurídica italiana. Dias depois da prolação do acórdão, a *Corte d'appello di Milano*, em lugar de aplicar a solução aí plasmada num caso pendente, suspendeu a instância para suscitar uma questão de constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional italiano, no que seria seguido meses depois pela *Corte suprema di cassazione*. Ambos os tribunais manifestaram dúvidas a respeito da compatibilidade da jurisprudência fixada no acórdão *Taricco* com princípios supremos da ordem jurídico-constitucional italiana e com o respeito pelos direitos humanos inalienáveis tal como protegidos pela Constituição Italiana, com particular referência ao princípio da legalidade em matéria penal (art. 25.º, n.º 2, da Constituição Italiana). Sensível a tais preocupações, o Tribunal Constitucional Italiano entendeu apresentar um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça tendente a esclarecer as dúvidas decorrentes do acórdão *Taricco*.¹⁹

Assim, as questões prejudiciais desta feita formuladas têm por objeto deslindar a obrigação que impende sobre os juízes nacionais ao abrigo do art. 325.º TFUE, qual seja, aquela de «se [abster] de aplicar uma legislação nacional relativa à prescrição que obsta, num número considerável de casos, à repressão de fraudes graves lesivas dos interesses financeiros da União, ou que prevê prazos de prescrição para as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União mais curtos do que os previstos para as fraudes lesivas dos interesses financeiros do Estado». O Tribunal Constitucional italiano procura saber se tal obrigação se impõe *i*) mesmo quando essa não aplicação careça de uma base jurídica suficientemente precisa; *ii*) mesmo quando no ordenamento do Estado-Membro a prescrição faça parte do direito penal substantivo e esteja sujeita ao princípio da legalidade; e *iii*) mesmo quando essa não aplicação seja contrária aos princípios supremos da ordem constitucional do Estado-Membro ou aos direitos inalienáveis reconhecidos pela Constituição do Estado-Membro.

¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. *op. cit.*, considerando 56.

¹⁹ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia - JO C 195, 19.06.2017, p.10 (UNIÃO EUROPEIA. Processo C-42/17. JO C 195, 2017). Uma versão em língua inglesa do despacho de reenvio do Tribunal Constitucional italiano está disponível em ITALIA. Corte Costituzionale. Despacho n.º 24/2017. Disponível em: <www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017. O Advogado-Geral Yves Bot já apresentou as suas Conclusões (UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, *M.A.S. e M.B.*, de 18 de julho de 2017, Processo C-42/17, EU:C:2017:564).

Ora, como o regime italiano de prescrição das infrações penais reveste natureza substantiva – e não processual –, é-lhe aplicável o princípio da legalidade em matéria penal consagrado no art. 25.º, n.º 2, da Constituição Italiana. Nesta medida, as normas de prescrição em matéria penal em Itália, diferentemente do que se passa noutros ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, não podem ser objeto de uma aplicação retroativa em prejuízo do arguido. Ocorre que nem o tribunal responsável pela questão prejudicial que deu origem ao acórdão *Taricco*, nem o Governo italiano nas observações escritas e orais então apresentadas ao Tribunal de Justiça, alguma vez mencionaram as particularidades relativas à natureza das normas que regulam a prescrição penal no ordenamento jurídico italiano e que constituem o eixo central do reenvio prejudicial agora proposto pelo Tribunal Constitucional.²⁰ Contrariamente àquele desconhecimento, resulta (sobejamente) conhecida a advertência das autoridades judiciais italianas, bem como das instituições europeias e organizações internacionais, no sentido de que os prazos de prescrição penal em vigor em Itália obstaculizam a resolução dos processos judiciais de criminalidade económico-financeira mais graves e complexos – designadamente o combate efetivo à corrupção.²¹

De qualquer forma, tem razão o Tribunal Constitucional Italiano quando chama a atenção do Tribunal de Justiça para o facto de que, para além da dimensão da não retroatividade, o princípio da legalidade das penas patente no art. 49.º CDFUE também exige que a norma punitiva seja suficientemente determinada – uma exigência comum às tradições constitucionais dos Estados-Membros acolhida como um princípio geral do direito da União. Ainda que o Tribunal de Justiça tenha precisado, a partir do art. 325.º TFUE, uma obrigação de resultado clara e incondicionada, omitiu-se de indicar, de forma suficientemente pormenorizada, o percurso que o juiz penal deve seguir para atingir tal escopo. Eis uma janela de oportunidades para o “diálogo de juiz a juiz” que não deve ser desperdiçada na solução deste caso. Talvez por isso o Advogado-Geral Yves Bot tenha sugerido, nas Conclusões recentemente publicadas, que o Tribunal de Justiça responda que o conceito de interrupção da prescrição constitui um conceito autónomo do direito da União, segundo o qual todo ato processual e todo ato que derive necessariamente do anterior interrompe o prazo de prescrição, de maneira que tal ato fará começar a correr o cômputo de um novo prazo com a

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, *M.A.S. e M.B.*, *op. cit.*, considerando 69.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, *M.A.S. e M.B.*, *op. cit.*, considerandos 55-61.

mesma duração que o prazo inicial, ficando portanto anulado o prazo de prescrição já transcorrido.²²

2 O CASO *M.A.S. E M.B.* – OU DA NECESSÁRIA SEPARAÇÃO DE ÁGUAS ENTRE IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E NÍVEL MAIS ELEVADO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

O cerne da argumentação do Tribunal Constitucional Italiano reside na defesa de que não está em causa a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao art. 325.º TFUE no acórdão *Taricco*, mas sim a sua aplicação pelo juiz italiano em função da existência de um impedimento de ordem constitucional. Ou seja, estaríamos diante de uma qualificação externa relativamente àquele artigo, não dependente do direito da União mas exclusivamente do direito nacional. Tal impedimento não resultaria da contraposição entre uma norma nacional e uma norma europeia, antes derivaria exclusivamente da circunstância, em si mesma estranha ao âmbito material de aplicação do direito da União Europeia, de que o ordenamento italiano atribui às normas sobre prescrição penal um carácter substancial. Nesta medida, não estaria em causa o primado do direito da União, e o caso *M.A.S. e M.B.* seria, na ótica do Tribunal Constitucional Italiano, «nitidamente distinto» do caso *Melloni*.

Julgamos que não é convincente o argumento distintivo em relação o caso *Melloni*. É certo que em *Melloni* a solução proposta pelo Tribunal Constitucional Espanhol punha em causa o regime jurídico do mandado de detenção europeu, mais concretamente as exceções à obrigação de entrega do arguido no caso de um julgamento à revelia. Tal regime jurídico resulta da harmonização das legislações nacionais com base no reconhecimento mútuo das decisões judiciais entre os Estados-Membros – e o Tribunal de Justiça não podia consentir que o Estado Espanhol acrescentasse outros motivos de recusa da entrega com fundamento na distinta leitura doméstica das garantias constitucionais relativas a um julgamento realizado noutro Estado-Membro. De qualquer forma, mesmo na ausência de um regime harmonizado de normas sobre prescrição penal na UE, não é possível compreender por que motivo a solução avançada pelo Tribunal Constitucional Italiano em *M.A.S. e M.B.*, alegadamente distinta do caso *Melloni*, não colocaria em causa o primado do direito da União Europeia, pois

²² UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, *M.A.S. e M.B.*, *op. cit.*, considerando 188.

o resultado pretendido seria, precisamente, o de não permitir que o art. 325.º TFUE produzisse efeitos no direito interno.

O vício de fundo do argumento esgrimido pelo Tribunal Constitucional Italiano reside em considerar a prescrição como uma matéria estranha ao direito da União Europeia e, nesta medida, passível de distinta aplicação e qualificação por parte dos Estados-Membros²³ sem comprometer a efetividade do direito da União. Ora, quando uma disposição nacional conflitua ou obstaculiza os resultados de uma disposição europeia, diz-se que entra no âmbito de aplicação do direito da União e deve-lhe respeito – por isso o âmbito de aplicação do direito da União é mais amplo do que aquele que resulta do exercício das suas competências. Nesta medida, a violação do princípio do primado também emerge da invocação de normas constitucionais internas supostamente mais protetoras – mas cuja aplicação, na prática, esteriliza as pretensões do direito primário da União, no caso, a efetiva repressão da fraude fiscal lesiva dos interesses financeiros da UE.

É compreensível que o Tribunal Constitucional Italiano pretenda afastar-se da jurisprudência *Melloni* porque, neste acórdão, o Tribunal de Justiça evidenciou os limites do princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais (art. 53.º CDFUE) – logo, por esta via, o tribunal de reenvio não teria grande margem de manobra. Por isso o Tribunal Constitucional lança mão (adicional e simultaneamente) do argumento da identidade constitucional dos Estados-Membros, ainda não suficientemente concretizado pelo Tribunal de Justiça – e, por isso, mais apelativo ou promissor. Ocorre que a natureza jurídica do nível de proteção mais elevado e da identidade constitucional é distinta; tutelam bens jurídicos distintos; servem a objetivos distintos. Importa, portanto, atentar em dois pontos cruciais da argumentação tecida pelo Tribunal Constitucional italiano no seu despacho de reenvio que, salvo melhor opinião, não são defensáveis em simultâneo.

i) Primeiro, o Tribunal Constitucional Italiano dá conta da sua interpretação, ou melhor, da sua «convicção», de que «a regra deduzida do artigo 325.º TFUE [no acórdão *Taricco*] só é aplicável se for compatível com a identidade constitucional do Estado-Membro e que cabe às autoridades competentes desse Estado proceder a essa avaliação».²⁴ Resulta do raciocínio do Tribunal Constitucional italiano que, uma vez que o princípio da legalidade em

²³ MASTROIANNI, Roberto. La Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo? *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, n.º 7, 2017 p. 1-15. Disponível em: <www.federalismi.it/>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

²⁴ ITALIA. Corte Costituzionale. Despacho n.º 24/2017. *op. cit.*, parágrafo 7 (tradução livre do inglês).

matéria penal consagrado no art. 25.º, n.º 2, da Constituição Italiana é «expressão de um princípio supremo da ordem jurídica, positivado para salvaguardar os direitos invioláveis do indivíduo», a obrigação deduzida do art. 325.º TFUE no acórdão *Taricco* não respeita a identidade constitucional da República Italiana, protegida ao abrigo do art. 4.º, n.º 2, TUE, que assim dispõe:

«A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro».²⁵

ii) Depois, o Tribunal Constitucional Italiano esboça um argumento fundado no princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais consagrado no art. 53.º CDFUE. A respeito, alega que a caracterização da legislação relativa aos prazos de prescrição das infrações penais como lei penal substantiva «acarreta um nível de proteção superior ao concedido aos acusados pelo artigo 49.º da Carta de Nice [CDFUE] e pelo artigo 7.º da CEDH» e «deve, portanto, ser considerado salvaguardado pelo próprio direito da UE, nos termos do artigo 53.º da Carta, lida à luz das respetivas anotações».²⁶ Assim dispõe o preceito em foco:

«Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros».²⁷

Julgamos, todavia, que importa distinguir entre *i)* a consideração de singularidades que compõem a substância da identidade constitucional de um Estado-Membro – e que, por sua própria natureza, correspondam a uma particularidade compatível com a prossecução das obrigações decorrentes dos Tratados pelo respetivo Estado, e *ii)* a consideração do nível mais elevado de proteção que um Estado-Membro procura garantir para certo direito fundamental

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992. C 202/18. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

²⁶ ITALIA. Corte Costituzionale. Despacho n.º 24/2017. *op. cit.*, parágrafo 8 (tradução livre do inglês).

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000/C 324/01. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

no âmbito de aplicação do direito da União – e que, por sua própria natureza, pode ser assimilável pela ordem jurídica europeia e extensível, via direito da União, aos restantes Estados-Membros. Como explica Yves Bot nas suas Conclusões, «importa não confundir o que releva de uma conceção exigente da proteção de um direito fundamental com uma ofensa à identidade nacional ou, mais precisamente, a identidade constitucional de um Estado-Membro. Neste caso, trata-se certamente de um direito fundamental protegido pela Constituição italiana cuja importância não se pode subestimar, mas tal não significa, no entanto, que seja de equacionar a aplicação do artigo 4.º, n.º 2, TUE».²⁸

Ora, identidade constitucional e nível mais elevado de proteção de direitos fundamentais não se confundem – e podem mesmo conduzir a resultados opostos. Quando, no acórdão *Omega*,²⁹ o Tribunal de Justiça reconhece que o nível de proteção que a Constituição Alemã entendeu assegurar à dignidade humana deve prevalecer sobre o exercício de liberdades económicas protegidas pelo direito da UE, o Tribunal está a acolher o nível de proteção mais elevado de entre os vários mobilizáveis para a solução do caso concreto sobre dignidade humana. A ordem jurídica europeia tem inegavelmente por objetivo garantir o respeito da dignidade humana como princípio geral de direito.³⁰ Por isso, nada obsta a que a União adote como referência para esse efeito uma conceção mais ampla daquele direito fundamental do que aquela que resultaria da aplicação do direito da União. Na medida em que integra a jurisprudência do Tribunal de Justiça e foi, por conseguinte, assimilado pela ordem jurídica europeia, o “padrão Omega” de proteção da dignidade humana pode ser invocado por qualquer cidadão europeu quando situações similares se proporcionarem. Como não é indispensável que tal conceção seja partilhada pela totalidade dos Estados-Membros no que respeita às modalidades de proteção do direito fundamental ou do interesse legítimo em causa,³¹ esta operação requer uma cuidadosa “filtragem” por parte do Tribunal de Justiça a fim de afastar o risco de que uma tradição (constitucional) individual “reduzida” seja mecanicamente incorporada pela ordem jurídica da União.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões Yves Bot, *M.A.S. e M.B. op. cit.*, considerando 179.

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Omega*, de 14 de outubro de 2004, Processo C-36/02, EU:C:2004:614.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Omega. op. cit.*, considerando 34.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Omega. op. cit.*, considerando 37.

Todavia, quando no acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein*³² o Tribunal de Justiça rejeita a alegação de violação do direito ao respeito da vida familiar com fundamento na identidade nacional austríaca, ele não está certamente a prosseguir o nível de proteção mais elevado para o titular do direito fundamental em causa. Neste acórdão, o Tribunal decidiu que o direito da União Europeia não se opõe à recusa de reconhecimento do sobrenome do nacional de um Estado-Membro (Áustria) adotado em idade adulta por um nacional de outro Estado-Membro (Alemanha) no qual ambos residem, em função de o sobrenome em causa englobar um título nobiliárquico que não é admitido no Estado-Membro da nacionalidade por força do seu direito constitucional. Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, TUE, o Tribunal de Justiça entendeu que «a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-Membros, da qual faz também parte a forma republicana do Estado»³³ e que «no contexto da história constitucional austríaca, a lei da abolição da aristocracia, enquanto elemento da identidade nacional, pode ser levada em consideração na ponderação de interesses legítimos e do direito de livre circulação de pessoas reconhecido pelo direito da União».³⁴

Se tivéssemos de atualizar o sentido do conceito jurídico operativo “identidade constitucional” – ou «identidade nacional refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais» dos Estados-Membros, na aceção do art. 4.º, n.º 2, TUE – certamente não afinaríamos pelo diapasão do Tribunal Constitucional Alemão na sua decisão de 30 de junho de 2009 (a propósito da constitucionalidade do Tratado de Lisboa). Neste acórdão, aquele Tribunal entendeu que a identidade constitucional corresponderia aos segmentos normativos que, dada a sua relevância subordinante, são insuscetíveis de revisão ou de modificação por via de limitação da soberania sob forma pactícia.³⁵ Esse núcleo identitário abrangeria as matérias catalogadas como limites expressos de revisão e decorreria do princípio da delegação de poderes, pois «o que os Estados, enquanto titulares originários dos poderes, estão proibidos de fazer, a União Europeia, por maioria de razão, que exerce poderes de delegação, também não pode fazer».³⁶

³² UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, de 22 de dezembro de 2010, Processo C-208/09, EU:C:2010:806.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein*. *op. cit.*, considerando 92.

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein*. *op. cit.*, considerando 83.

³⁵ Sobre a referida decisão, cfr. DUARTE, Maria Luísa. O Tratado de Lisboa e o teste da “identidade constitucional” dos Estados-Membros – uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de junho de 2009. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 117-140.

³⁶ Cfr. DUARTE, Maria Luísa. *op. cit.*, p. 126.

Mas então o que dizer de ordenamentos constitucionais que integram «os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos», bem como «os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais» no leque de limites materiais de revisão, como é o caso do ordenamento português? Isto permitiria às autoridades portuguesas invocar o respeito pela identidade constitucional a cada circunstância em que um problema de direitos fundamentais ou de direitos dos trabalhadores se colocasse no âmbito da ordem jurídica europeia? Então qual o sentido da repartição de competências patente no art. 51.º, n.º 1, CDFUE, segundo a qual as disposições da Carta obrigam os Estados-Membros quando apliquem o direito da União? (ou seja, no âmbito de aplicação do direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável é o da União; mas fora do âmbito de aplicação do direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável será o da Constituição nacional).

Ora, o Tribunal de Justiça tem considerado que a alegação de violação de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais, tal como estejam formulados na Constituição de um Estado-Membro, não podem afetar a validade de um ato jurídico europeu adotado pelas instituições europeias – isto no intuito de preservar a unidade e a efetividade do direito da União. Por conseguinte, segundo reiterada jurisprudência, a validade dos atos jurídicos europeus só pode ser apreciada à luz do direito da União.³⁷ Como explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira, «as normas dos tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições europeias, *prevalecem sobre as normas de direito interno*, incluindo as normas da própria Constituição (pois a norma de direito constitucional europeu não distingue e a referida jurisprudência comunitária sempre se pronunciou nesse sentido)».³⁸

Mas segundo o Tribunal Constitucional Alemão, na interpretação de Maria Luísa Duarte sobre a decisão de constitucionalidade do Tratado de Lisboa, «os tribunais constitucionais não podem ficar privados da responsabilidade que a Constituição lhes confia em relação ao respeito dos limites pactícios da integração e à salvaguarda do núcleo inalienável da identidade constitucional».³⁹ Com tal grau de abertura, este espaço de inibição ou reserva constitucional não abrangeria apenas as matérias formalmente catalogadas como

³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de dezembro de 1970, Processo 11/70, EU:C:1970:114, considerando 3.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 265.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 125.

limites expressos de revisão, na medida em que «o núcleo identitário da Constituição surge associado a um conjunto flexível e até variável de princípios e valores».⁴⁰

Ora, julgamos que os limites materiais de revisão, onde formalmente existam, pretendem proteger os princípios fundamentais de uma dada ordem jurídico-constitucional contra uma revisão que lhe seja potencialmente descaracterizadora. De qualquer forma, dependem sempre das circunstâncias, mundividências e compromissos assumidos pelo constituinte originário. Por isso, como explicou recentemente Francisco Balaguer, são uma instituição do Estado nacional, destinada a prevenir regressões democráticas internas, e não fazem sentido para os efeitos da participação de um Estado-Membro na União Europeia. De resto, nem todas as Constituições dos Estados-Membros da União contêm limites materiais de revisão – e afigura-se difícil articular em torno desse conceito uma definição de identidade constitucional para os efeitos do direito da integração.⁴¹ Estaria porventura comprometida a identidade constitucional portuguesa pelo facto de o amplo leque de limites materiais de revisão da Constituição de 1976, patentes no seu art. 288.º, ter sido reduzido e alterado pela segunda revisão constitucional em 1989? E que dizer da identidade constitucional quando as Constituições admitem a sua revisão total, como é o caso da Espanhola?

Andou bem, portanto, o constituinte português, quando adotou uma fórmula minimalista no art. 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa para reconhecer o primado do direito da UE sobre o direito nacional. Segundo tal disposição, as normas europeias são aplicáveis na ordem jurídica interna nos termos definidos pelo direito da União, «com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático». A solução aponta para uma reserva constitucional contra eventuais disposições do direito da União «aniquiladoras da estadualidade (Estado), juridicidade (Estado de direito), democraticidade (Estado de direito constitucional) e fundamentalidade de direitos básicos (Estado de direitos fundamentais)».⁴² Nesta medida, entre os princípios do Estado de direito democrático estariam «o princípio da soberania popular; o princípio do pluralismo de expressão e organização política democrática; o princípio do respeito, garantia e efetivação dos direitos e liberdades fundamentais; o princípio da separação e interdependência dos poderes; a independência dos tribunais»,

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 127.

⁴¹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *UNIO - EU Law Journal*. v. 3, n.º 1, 2017, p. 10-24. Disponível em: <www.unio.cedu.direito.uminho.pt>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 267.

consagrados no art. 2.º da Constituição Portuguesa.⁴³ Mas é evidente, como explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira, que ao salvaguardar apenas os «princípios fundamentais do Estado de direito democrático», a norma do art. 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa não inclui todas as matérias que constituem limites materiais de revisão constitucional nos termos do art. 288.º⁴⁴

Ora, associar a identidade constitucional aos limites materiais de revisão constitucional é ignorar que tais limites não impedem a mutação constitucional – e que esta mutação vem transformando as ordens constitucionais dos Estados-Membros em ordens constitucionais parciais, integradas numa ordem constitucional global. Por isso Francisco Balaguer sugere que é a democracia pluralista que se pode identificar, no essencial, com a identidade constitucional – e não conteúdos concretos do ordenamento jurídico-constitucional que, em última análise, sempre podem modificar-se mediante revisões constitucionais ou através do exercício democrático do poder constituinte. São as condições democráticas próprias do ordenamento constitucional que marcam a fronteira da identidade constitucional, frente a um ordenamento jurídico global que, em princípio, participa desses valores e deve garanti-los, no âmbito da União Europeia, mesmo em face de atitudes regressivas dos Estados-Membros.⁴⁵

Nesta medida, o respeito pela identidade constitucional dos Estados-Membros faz «parte da própria essência do projecto europeu lançado no início da década de 1950, que consiste em avançar na via da integração sem deixar de preservar a existência política dos Estados».⁴⁶ No estado atual de evolução do processo de integração europeia, está assente que o debate em torno da *identidade nacional* superou o debate em torno da *soberania nacional*.⁴⁷ É intuitivo perceber que a definição do que é a identidade de certa comunidade, especialmente quando organizada como Estado, é complexa e requer a constante atenção e compreensão da

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 267.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 267.

⁴⁵ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, *Michaniki*, de 8 de outubro de 2008, Processo C-213/07, EU:C:2008:544, considerando 31.

⁴⁷ Ou, nas palavras de Joseph Weiler, «(to) protect national sovereignty is *passé*; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is *à la mode*» – cfr. WEILER, Joseph. In defense of the *status quo*: Europe's constitutional *Soderweg*. In: WEILER, Joseph; WIND, Marlene (Eds.). *European constitutionalism beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 16. Utilizando a mesma expressão, SIMON, Denys. *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne. L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Cahiers européens n.º1. Direction de Laurence Burgogues-Larsen. Paris: Editions Pedone, 2011, p. 27.

evolução dessa comunidade, da interação dos seus elementos entre si e da relação destes com elementos exteriores. Mas hoje, e particularmente desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa que deu ao art. 4.º, n.º 2, TUE a redação atualmente em vigor, a reflexão em torno do que se pode reconduzir ao núcleo essencial do “eu” de cada Estado-Membro integra a ordem do dia da agenda jurídico-constitucional da União Europeia.⁴⁸ Se uma disposição ou medida europeia violasse a identidade constitucional de um Estado-Membro estaria a violar o próprio direito da União – e o Tribunal de Justiça trataria de declarar a sua invalidade à luz da principiologia do direito da União..

O art. 4.º, n.º 2, TUE chama a atenção para a imperiosa valoração e devida ponderação, não só das especificidades que fazem o “eu” de cada Estado-Membro, mas também do caráter específico da integração europeia e do direito da União; exorta ao desenvolvimento de um método discursivo e construtivo de identidades, mais do que à identificação de uma última instância decisória em matéria jurídico-constitucional na União; apela a uma postura de alteridade orientada pela reflexividade em face das ordens jurídicas com que se esteja a interagir. O pluralismo jurídico da União implica não só a consideração da existência de distintas ordens jurídicas, mas também – ou principalmente – dos laços de interdependência existentes entre elas. É a razão pela qual a cláusula do respeito pela identidade constitucional nacional dos Estados-Membros não pode deixar de ser equacionada e metodologicamente posta em prática senão à luz do princípio da cooperação leal, fundamento identitário último da própria União Europeia.

À luz deste princípio, a cláusula do respeito pela identidade constitucional nacional dos Estados-Membros implica, do lado da União, a promoção do pluralismo que lhe é característico, que é parte da identidade europeia. Não é por acaso que o lema da União seja precisamente “unidade na diversidade”, «fórmula que convoca um equilíbrio difícil entre integração e autonomia, mas que, no discurso europeu oficial, é assumida com confiança como o traço distintivo da empresa europeia e a chave do seu sucesso»⁴⁹. A identidade

⁴⁸ Sobre o tema, cfr., entre outros, BESSELINK, Leonard. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, v. 6, n.º 3, 2010, p. 36–49; BOGDANDY, Armin von; SHILL, Stephan. Overcoming absolute supremacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, v. 48, 2011, p. 1417-1454; SCHYFF, Gerard van der. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in Article 4(2) TEU. *European Law Review*, v. 37, n.º 5, 2012, p. 563-583.

⁴⁹ JERÓNIMO, Patrícia. Comentário ao artigo 22.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 269.

européia é, pois, uma “identidade de identidades”. Por seu turno, implica que os Estados-Membros lancem mão da cláusula do art. 4.º, n.º 2, TUE para salvaguardar o que lhes é identitário – mas apenas com esse fim, sem com isso pôr em perigo a realização dos objetivos fundamentais da União. Como explica Miguel Poiães Maduro, o pluralismo que define a essência da construção jurídica da União Europeia implica que «todo o ordenamento jurídico (nacional ou europeu) deve respeitar a identidade e a reivindicação normativa dos outros ordenamentos jurídicos; a sua identidade não deve ser afirmada de forma que desafie quer a identidade normativa dos outros ordenamentos jurídicos, quer a concepção pluralista do próprio ordenamento jurídico europeu»⁵⁰.

Por outras palavras, ao lançar mão da cláusula do respeito pela identidade constitucional nacional, os Estados-Membros deverão ter em conta que a sua participação na empresa europeia também integra, ela própria, a sua identidade constitucional nacional – a ideia é promover uma lógica integradora da identidade.⁵¹ Por isso Francisco Balaguer apela à flexibilidade do perfil conflitual da identidade constitucional nacional, na sua tensão com a identidade constitucional europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu, para evitar que se gerem conflitos artificiais entre o ordenamento jurídico interno e o europeu, fundados num entendimento rígido do conceito de identidade constitucional.⁵² Nesta medida, além da dimensão conflitual da identidade constitucional (que se prende com a ideia de contra-limites), o Autor reconhece uma dimensão de confluência da identidade constitucional (que se prende com a ideia de modulação do princípio do primado a partir das singularidades constitucionais dos Estados-Membros).⁵³

Note-se que o respeito *i*) pelas identidades constitucionais dos Estados-Membros (art. 4.º, n.º 2, TUE), *ii*) às suas tradições constitucionais comuns (art. 6.º, n.º 3, TUE), bem como *iii*) ao nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais patente nas Constituições dos Estados-Membros (art. 53.º CDFUE) sempre decorre do direito da União – devendo tais preceitos ser interpretados à luz da ordem jurídica europeia. Ou seja, não há aqui qualquer

⁵⁰ MADURO, Miguel Poiães. *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia, 2006, p. 41.

⁵¹ FERNANDES, Sophie Perez. O Tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros. *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, Ano de 2013, Ética e Direito. Coordenação de Joaquim Freitas da Rocha. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, p. 168. Disponível em: <www.direito.uminho.pt>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

⁵² Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *op. cit.*, p. 24.

⁵³ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *op. cit.*, p. 20.

“cedência” do princípio do primado do direito da União às Constituições dos Estados-Membros, pois é o próprio direito da União quem reconhece e autoriza o respeito às identidades constitucionais, às tradições comuns, ao nível de proteção mais elevado.⁵⁴

De qualquer forma, e para além do evidente problema da definição propriamente dita (do conteúdo) da identidade constitucional nacional de cada Estado-Membro, coloca-se o problema de saber quem procede a tal definição (quem tem a competência). À questão de saber quem decide acerca da identidade constitucional nacional dos Estados-Membros seria facilmente de responder, numa abordagem puramente supranacional (e hierarquizada) da construção jurídico-política da União Europeia, o Tribunal de Justiça com exclusão dos tribunais constitucionais nacionais.⁵⁵ Nesta perspetiva caberia em exclusivo ao Tribunal de Justiça determinar se um certo ato jurídico da União conflitua com a identidade constitucional nacional de certo Estado-Membro ou se certo Estado-Membro poderia legitimamente eximir-se do cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da União Europeia com fundamento na sua identidade constitucional nacional. Esta solução implicaria que o próprio Tribunal de Justiça interpretasse o direito constitucional do Estado-Membro em causa – e não nos parece ser esta a solução resultante dos Tratados,⁵⁶ pois o Tribunal de Justiça só pode ter a última palavra sobre o seu âmbito específico de atuação, aquele do direito da União Europeia.

Assim, no que toca ao conteúdo, a identidade constitucional nacional dos Estados-Membros será determinada em função de elementos inscritos no respetivo direito constitucional e código genético, na autocompreensão que cada Estado-Membro concebe das especificidades que se reconduzem ao núcleo essencial do seu “eu”.⁵⁷ A competência para interpretar o direito constitucional nacional recai, pois, sobre as autoridades nacionais, especialmente os tribunais constitucionais, uma vez que «estão melhor colocados para definir a identidade constitucional dos Estados-Membros que a União Europeia tem por missão

⁵⁴ SILVEIRA, Alessandra. Comentário ao artigo 52.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 600.

⁵⁵ Assim, BESSELINK, Leonard. *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶ Nos termos do art. 19.º, n.º 1, TUE, o Tribunal de Justiça tem por missão garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Mesmo quando chamado a pronunciar-se a pedido de um órgão jurisdicional nacional, apenas tem competência para interpretar os Tratados e apreciar a validade e interpretar atos jurídicos da União, nos termos do art. 267.º TFUE. (UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017)

⁵⁷ Neste sentido, cfr. BOGDANDY, Armin von; SHILL, Stephan. *op. cit.*, p. 1428 e 1429; BESSELINK, Leonard. *op. cit.*, p. 45.

respeitar».⁵⁸ Contudo, ao Tribunal de Justiça compete determinar as consequências que daí decorrem, à luz do direito da União, para efeitos do art. 4.º, n.º 2, TUE, pois como ensina Francisco Balaguer, «a identidade constitucional é um conceito-fronteira e as fronteiras não podem ser definidas apenas por uma das partes». Assim, «os tribunais constitucionais podem caracterizar a identidade constitucional para efeitos internos, mas não podem ter a pretensão de decidir o alcance que essa definição terá a nível europeu, em relação com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, TUE».⁵⁹

NOTAS CONCLUSIVAS

A jurisprudência do Tribunal de Justiça demonstra que nem todos os princípios da ordem constitucional nacional de um Estado-Membro desencadeiam a aplicação do art. 4.º, n.º 2, TUE.⁶⁰ Existem, com efeito, precedentes no sentido de que o cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da União não afeta a identidade constitucional nacional de um Estado-Membro, o que determina a improcedência de argumentos fundados no art. 4.º, n.º 2, TUE.⁶¹ Para além disso, quando, em função do contexto constitucional específico em causa, determinado elemento efetivamente releva da identidade constitucional de um Estado-Membro, a jurisprudência do Tribunal de Justiça sujeita a aplicação do art. 4.º, n.º 2, TUE a um teste de proporcionalidade à luz do direito da União,⁶² que nem sempre balanceia a favor dos interesses dos Estados-Membros.⁶³ A via da proporcionalidade permite ao Tribunal de Justiça evitar abusos de “exceções constitucionais nacionais” ao abrigo do art. 4.º, n.º 2, TUE, ou seja, evitar que as reivindicações identitárias dos Estados-Membros obstaculizem a realização dos objetivos fundamentais da União – impedir, no fundo, que reivindicações identitárias nacionais assumam tendências fragmentárias e sirvam de escudo para os Estados-

25

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poirares Maduro, *Marrosu*, de 20 de setembro de 2005, Processo C-53/04, EU:C:2005:569, considerando 40.

⁵⁹ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *op. cit.*, p. 21.

⁶⁰ Para um levantamento dessa jurisprudência, cfr. FERNANDES, Sophie Perez. *op. cit.*, p. 137-168.

⁶¹ Cfr. UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Dermod Patrick O'Brien*, de 1 de março de 2012, Processo C-393/10, considerando 49.

⁶² Cfr., por exemplo, UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)*, de 5 de março de 2009, Processo C-222/07, EU:C:2009:124, considerandos 24-40; UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Sayn-Wittgenstein*. *op. cit.*, considerandos 90-95; e UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Vardyn*, de 12 de maio de 2011, Processo C-391/09, EU:C:2011:291, considerandos 83-93.

⁶³ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Comissão contra Luxemburgo*, de 24 de maio de 2011, Processo C-51/08, EU:C:2011:336, considerando 124; e UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Michaniki*, de 16 de dezembro de 2008, Processo C-213/07, EU:C:2008:731, considerandos 55-69.

Membros se eximirem do cumprimento de toda e qualquer obrigação decorrente do direito da União.

Importa ressaltar, por conseguinte, que a reivindicação ilimitada de um nível de proteção mais elevado, sobretudo com o fundamento na identidade constitucional de um Estado-Membro – como revela o caso *Taricco* –, é capaz de perturbar a efetividade do direito da União. Por esta razão, cumpre ao Tribunal de Justiça evitar a instrumentalização do nível de proteção mais elevado, isto é, impedir que os Estados-Membros se escudem neste princípio para se eximir das obrigações decorrentes de direito da União e decidir unilateralmente sobre as disposições a adotar.⁶⁴ Assim, quanto ao caso *Taricco* que nos ocupa, mesmo na hipótese de o Tribunal de Justiça admitir que a interpretação do princípio da legalidade em matéria penal sufragada pela ordem jurídico-constitucional italiana releva da identidade constitucional da República Italiana, tal não impediria o estabelecimento de limites à luz do princípio da proporcionalidade para que o acionamento do art. 4.º, n.º 2, TUE não comprometa a efetividade do direito da União, em geral, e, em particular, o combate às atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União por meio de medidas dissuasoras e efetivas.

Ademais, como vimos na introdução, resulta da jurisprudência *Fransson e Melloni* que a aplicação de padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais ao abrigo do art. 53.º CDFUE não pode comprometer o nível de proteção garantido pela CDFUE, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União. Ora, a aplicação do padrão de proteção providenciado pelo art. 25.º, n.º 2, da Constituição Italiana compromete tais princípios. Como observado por Yves Bot, a interpretação do princípio da legalidade em matéria penal sobre a qual se apoia o Tribunal Constitucional Italiano permite, em última análise, que ofensas que afetem os interesses financeiros da União não sejam objeto de uma condenação final, tendo em conta o regime de prescrição aplicável, ficando assim impunes.⁶⁵ Uma vez que, no sistema jurídico da União, a proteção dos direitos fundamentais opera no quadro da estrutura e dos objetivos da União, um Estado-Membro pode procurar assegurar um nível mais elevado de proteção de um certo direito fundamental do que aquele que resultaria da aplicação do direito da União – mas sempre *para prosseguir os objetivos da União*, não para pôr em causa a prossecução desses objetivos.

⁶⁴ SILVEIRA, Alessandra. Comentário ao artigo 52.º. *op. cit.*, p. 600.

⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões Yves Bot *M.A.S. e M.B. op. cit.*, considerando 167.

Por outras palavras, a fim de desencadear legitimamente a aplicação do art. 53.º CDFUE, os Estados-Membros não devem esquecer o compromisso de cooperação leal a que estão, em conjunto com a União, obrigados (art. 4.º, n.º 3, TUE). Nos termos deste princípio de lealdade, como vimos, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados-Membros estão impedidos de obstaculizar a prossecução dos objetivos da União e obrigados a adotar todas as medidas tendentes a atingir tais objetivos – ao passo que a União se compromete a respeitar a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles. Por isso o respeito pela identidade constitucional e pelo nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais têm de ser interpretados sistematicamente, de modo a não subverter os fundamentos em que assenta a integração europeia desde os célebres acórdãos do Tribunal de Justiça da década de 1960, segundo os quais os Estados-Membros não podem escudar-se nas suas normas constitucionais para eximir-se da aplicação de um direito por todos acordado em condições de reciprocidade.

Ao reenviar para o Tribunal de Justiça, o Tribunal Constitucional Italiano eximiu-se de decidir unilateralmente sobre as consequências para a ordem jurídica europeia daquilo que entende integrar a sua identidade constitucional – o que deve ser reconhecido e valorizado. De qualquer forma, o reenvio prejudicial em apreço coloca o Tribunal de Justiça numa situação delicada, pois pode ser tentado a adotar uma posição mais conciliadora para não agravar as relações com o Tribunal Constitucional Italiano, bem como com os tribunais constitucionais (e supremos) dos outros Estados-Membros. Diante da crise de identidade que a União Europeia enfrenta no período pós-referendo *Brexit*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem refletido «uma interpretação muito sensível dos equilíbrios políticos e institucionais dos quais depende a sobrevivência da União Europeia enquanto projecto de integração jurídica».⁶⁶ Mas não deve ignorar que está em causa a efetividade do direito da União. O Tribunal de Justiça tem nas mãos, hoje mais do que nunca, a delicada tarefa de conciliar a efetividade do direito da União com a boa saúde do seu diálogo com os tribunais constitucionais nacionais. Tendo em conta o papel relevantíssimo que tem desempenhado no processo de integração, nada leva a crer que não estará à altura das circunstâncias.

⁶⁶ DUARTE, Maria Luísa. *Direito do Contencioso da União Europeia*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 32.

Com a tecnologia se tornando parte essencial do dia a dia humano, novos aparelhos sendo adquiridos a cada segundo, certo é que a emissão de ondas eletromagnéticas só tende a aumentar nos próximos anos.

Não restam dúvidas, tendo em vista os estudos e trabalhos realizados acerca do tema, que as ondas eletromagnéticas emitidas pelos aparelhos elétricos, as torres de alta tensão, as torres de telefonia móvel poluem o ambiente.

Assim, após apresentação de abaixo assinado da comunidade à promotoria de justiça, o Ministério Público ajuizou ação civil pública a fim de retirar do bairro das Acácias, na cidade de Capelinha/MG uma rádio-base, sob a alegação de possíveis danos à saúde daqueles que residiam em áreas próximas.

Em sentença de primeiro grau, o juiz de Capelinha negou provimento ao pedido do MP-MG sob o argumento de não ter ficado comprovado a possibilidade de danos, vez que os dados fornecidos pela ANATEL demonstravam a baixa intensidade das ondas eletromagnéticas emitidas pela rádio-base.

Em acórdão de segunda instância, mantendo argumentação semelhante, afirmando não ter o MP-MG comprovado os riscos à saúde e, tendo a ANATEL fornecido informações suficientes que comprovassem a inocuidade das ondas eletromagnéticas emitidas pela rádio-base, para a saúde humana, manteve-se a decisão de primeira instância, negando provimento ao recurso de apelação.

Entretanto, por meio de estudos foi possível comprovar que nem mesmo dentro das residências se está livre da poluição eletromagnética proveniente de aparelhos utilizados a todo momento. Da mesma forma, continuamente, de forma voluntária, o organismo humano absolve pulsos eletromagnéticos, em forma de microondas, advindos do uso constante dos aparelhos celulares.

Há pessoas, cujo organismo se demonstra mais sensível à exposição às ondas eletromagnéticas e, portanto, convivem com a poluição advinda das torres de alta tensão e radio-bases, e portanto, acabam por desenvolver determinados tipos de doenças como câncer e Alzheimer.

No entanto, muito ainda deve-se avançar quando o assunto são os estudos e pesquisas sobre os malefícios provocados pelas ondas eletromagnéticas. Diversos estudos foram desenvolvidos ao longo dos anos, mas poucas respostas concretas foram encontradas.

REFERÊNCIAS

BESSELINK, Leonard. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, v. 6, n.º 3, 2010.

BOGDANDY, Armin von; SHILL, Stephan. Overcoming absolute supremacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, v. 48, 2011.

BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (Coords). *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *UNIO - EU Law Journal*. v. 3, n.º 1, 2017, p. 10-24. Disponível em: <www.unio.cedu.direito.uminho.pt>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

CANOTILHO, Mariana. Comentário ao artigo 53.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito e Internormatividade. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Jean Monnet Action (Information and Research Activities). Lisboa: Quid Juris, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Maria Luísa. *Direito do Contencioso da União Europeia*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017

_____. O Tratado de Lisboa e o teste da “identidade constitucional” dos Estados-Membros – uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de junho de 2009. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.

FERNANDES, Sophie Perez. O Tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros. *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, Ano de 2013, Ética e Direito. Coordenação de Joaquim Freitas da Rocha. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da Escola de Direito da

Universidade do Minho, 2013, p. 168. Disponível em: <www.direito.uminho.pt>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

ITALIA. Corte Costituzionale. Despacho n.º 24/2017. Disponível em: <www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

JERÓNIMO, Patrícia. Comentário ao artigo 22.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

MADURO, Miguel Poiars. *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia, 2006.

MASTROIANNI, Roberto. La Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo? *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, n.º 7, 2017 p. 1-15. Disponível em: <www.federalismi.it/>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

RUGGERI, Antonio. Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017). *Consulta Online*, fasc. 1, 2017. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/studi/ruggeri66.pdf>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

SCHYFF, Gerard van der. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in Article 4(2) TEU. *European Law Review*, v. 37, n.º 5, 2012.

SILVEIRA, Alessandra. Comentário ao artigo 52.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto (Coords.). *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015.

SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Jean Monnet Action (Information and Research Activities). Lisboa: Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

SIMON, Denys. L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l’Union européenne. *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Cahiers européens nº1. Direction de Laurence Burgorgue-Larsen. Paris: Editions Pedone, 2011.

SOTIS, Carlo. Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia - Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco). *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/SOTIS_2017a.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Comissão contra Luxemburgo*, de 24 de maio de 2011, Processo C-51/08, EU:C:2011:336.

_____. Acórdão *Costa/ENEL*, de 15 de julho de 1964, Processo 6/64, EU:C:1964:66.

_____. Acórdão *Dermod Patrick O'Brien*, de 1 de março de 2012, Processo C-393/10.

_____. Acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C 617/10, EU:C:2013:280.

_____. Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, de 22 de dezembro de 2010, Processo C-208/09, EU:C:2010:806.

_____. Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de dezembro de 1970, Processo 11/70, EU:C:1970:114

_____. Acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, EU:C:2013:107.

_____. Acórdão *Michaniki*, de 16 de dezembro de 2008, Processo C-213/07, EU:C:2008:731.

_____. Acórdão *Omega*, de 14 de outubro de 2004, Processo C-36/02, EU:C:2004:614.

_____. Acórdão *Taricco*, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14, EU:C:2015:555.

_____. Acórdão *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)*, de 5 de março de 2009, Processo C-222/07, EU:C:2009:124.

_____. Acórdão *Vardyn*, de 12 de maio de 2011, Processo C-391/09, EU:C:2011:291.

_____. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000/C 324/01. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

_____. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, *Michaniki*, de 8 de outubro de 2008, Processo C-213/07, EU:C:2008:544.

_____. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, *Marrosu*, de 20 de setembro de 2005, Processo C-53/04, EU:C:2005:569.

_____. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, *M.A.S. e M.B.*, de 18 de julho de 2017, Processo C-42/17, EU:C:2017:564.

_____. Processo C-42/17. JO C 195, 2017.



_____. Tratado da União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992. C 202/18. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

_____. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

WEILER, Joseph. In defense of the *status quo*: Europe's constitutional *Soderweg*. In: WEILER, Joseph; WIND, Marlene (Eds.). *European constitutionalism beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

WEILER, Joseph; WIND, Marlene (Eds.). *European constitutionalism beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Submissão: 20/08/2017
Aceito para Publicação: 25/08/2017



DIREITO INTERNACIONAL EM UM MUNDO CALEIDOSCÓPICO*

INTERNATIONAL LAW IN A KALEIDOSCOPIC WORLD

Edith Brown Weiss**

RESUMO: O direito internacional é desenvolvido e implementado hoje em um contexto complicado, diverso e dinâmico. Globalização e integração, fragmentação e descentralização, e empoderamento progressivo estão surgindo simultaneamente entre povos e civilizações altamente diversas. Mais importante, este período é caracterizado por mudanças rápidas e frequentemente imprevisíveis, com efeitos generalizados. Os avanços na tecnologia da informação tornam possíveis coalizões ad hoc e grupos informais em constante mudança, além de uma série de iniciativas individuais.

ABSTRACT: International law is developed and implemented today in a complicated, diverse, and changing context. Globalization and integration, fragmentation and decentralization, and bottom-up empowerment are arising simultaneously among highly diverse peoples and civilizations. Most importantly, this period is characterized by rapid and often unforeseen changes with widespread effects. Advances in information technology make possible ever shifting ad hoc coalitions and informal groups and a myriad of individual initiatives.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Globalização. Fragmentação. Legitimidade.

KEYWORDS: International Law. Globalization. Fragmentation. Legitimacy.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Correntes Globais Cruzadas. 1.1 Globalização e Integração. 1.2 Fragmentação e Descentralização. 1.3 Empoderamento Progressivo. 2. Implicações para o Direito Internacional. 2.1 Legitimidade. 2.2 Normas Emergentes como Colaboradoras para Legitimidade. 2.2.1 Responsabilidade. 2.2.2 Acesso à Informação e Participação. 3 O Direito Internacional como Força Estabilizadora para Abordar Problemas Comuns. Referências.

34

INTRODUÇÃO

O direito internacional é desenvolvido e implementado hoje em um contexto complicado, diverso e dinâmico. Globalização e integração, fragmentação e descentralização, e empoderamento progressivo estão surgindo simultaneamente entre povos e civilizações altamente diversas. Mais importante, este período é caracterizado por mudanças rápidas e frequentemente imprevisíveis, com efeitos generalizados. Os avanços na tecnologia da informação tornam possíveis coalizões ad hoc e grupos informais em constante mudança, além de uma série de iniciativas individuais.

* Artigo baseado em pesquisa apresentada na Segunda Conferência Bienal Geral da Sociedade Asiática de Direito Internacional, Tóquio, Japão, 1 agosto de 2009. Originalmente publicado em língua inglesa, sob o título *International Law in a Kaleidoskopik World*, no *Asian Journal of International Law*, v. 1, 2011, p. 21–32. Agradecemos a editora da Universidade de Cambridge, Cambridge University Press, pela autorização e suporte na publicação desta edição em português. Tradução de Tatiana de A. F. Cardoso Squeff, doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Lúcia Souza d’Aquino, doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e Elisa Soledade Iacconi.

** Professora de Direito Internacional da Georgetown University, Estados Unidos. Ex-presidente da Sociedade Americana de Direito Internacional.

O mundo caleidosópico resultante dessas mudanças se depara com problemas globais que afetam a todos: mudanças climáticas, crises financeiras, ameaças à saúde, perturbações na comunicação e ataques cibernéticos, conflitos étnicos e de outros tipos, entre muitos outros. Esses problemas não podem ser gerenciados apenas por um Estado ou por um punhado de Estados, ou ainda unicamente por atores não-estatais. Alguns desses problemas irrompem rapidamente e não são facilmente contidos. Outros, como as mudanças climáticas, essencialmente ocorrem em espaços de tempo maiores e afetam o bem-estar das gerações futuras. Um dos problemas mais prementes é a pobreza, com mais de 1.4 bilhões de pessoas vivendo com menos de US\$1,25 por dia em 2008, e outros 1.2 bilhões de pessoas com menos de US\$ 2,00 por dia.¹

1 CORRENTES GLOBAIS CRUZADAS

Enquanto os Estados continuam a ser os principais atores do direito internacional, existem agora muitos outros atores importantes, além de avanços sistêmicos importantes. Existem três elementos fundamentais que moldam a evolução do direito internacional hoje: globalização e integração; fragmentação e descentralização; e o empoderamento de baixo para cima surgindo entre povos e civilizações altamente diversas, em um contexto de mudança rápida.

35

1.1 Globalização e Integração

O primeiro elemento, globalização e integração, reflete-se no crescimento rápido de instituições internacionais, incluindo organizações governamentais e não-governamentais, redes do setor privado e outros grupos transnacionais, dentre os quais estão inclusos os religiosos, étnicos, familiares e ilícitos. O Anuário das Organizações Internacionais de 2008-2009 reportou que existem 2.166 organizações intergovernamentais internacionais e organismos dependentes, 11.990 organizações não-governamentais internacionais com 4.738 organismos dependentes, 2.379 organizações associadas a tratados multilaterais e acordos bilaterais, 726 conferências autônomas e 6.670 organizações nacionais não-governamentais de

¹ WORLD BANK. *World Development Indicators 2008: Poverty Data Supplement* (2008). Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/WDI08supplement1216.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

orientação internacional.² De acordo com o Anuário, o número total de organizações internacionais é de quase 30.000. Outras 30.000 estão listadas como inativas ou não confirmadas.³ Esses números atestam a crescente globalização e integração na comunidade internacional.

Os mercados também estão cada vez mais globalizados. Nos países em desenvolvimento, os telefones celulares estão reduzindo a dependência de intermediários para organizar transações no mercado dos produtos agrícolas, tais como o café. Muitas empresas produzem globalmente, com gestão, materiais, componentes e produção localizados em diferentes países. Instituições em países industrializados cada vez mais terceirizam serviços para companhias ou firmas em outros países.

1.2 Fragmentação e Descentralização

Ao mesmo tempo em que a globalização e a integração estão crescendo, há um aumento da fragmentação dentro dos Estados e pressões por um processo de tomada de decisão descentralizado. A etnicidade e a necessidade de afiliações pessoais e satisfação direcionam para a descentralização e a fragmentação. O forte senso de comunidade que vincula muitos cidadãos aos seus Estados não se estende aos grupos transnacionais associados à integração e globalização. Entidades étnicas, religiosas e familiares, entre outras, frequentemente têm elos mais fortes com grupos similares localizados em outros Estados do que com seus próprios governos.⁴

Esses desenvolvimentos desafiam o poder dos Estados, bem como a eficácia dos atores transnacionais e das instituições internacionais. Eles afetam a implementação do Direito Internacional e o seu cumprimento. Por um lado, a descentralização pode garantir que a população local tenha voz na concepção e implementação de disposições legais que os afetem e, assim, pode aumentar o cumprimento das normas legais. Por outro lado, ela pode negativamente influenciar o cumprimento de normas que são vistas como irrelevantes ou que são contrárias a outras prioridades.

² UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS. *Yearbook of International Organizations 2008–2009*. v. 3. Munich: KG Saur Verlag, 2008, p. 1618.

³ UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS. *op. cit.*, p. 1618.

⁴ BROWN WEISS, Edith. The Rise or Fall of International Law. *Fordham Law Review*, v. 69, 2000, p. 345-372.

1.3 Empoderamento Progressivo

Simultaneamente com a crescente integração e fragmentação, o sistema internacional está testemunhando o empoderamento progressivo, com inúmeras coalizões ad hoc, associações, comunidades e indivíduos desempenhando papéis importantes e constantemente alternáveis. O número de indivíduos no mundo continua a crescer. Em 2007, a população global era de 6.6 bilhões de pessoas e se projetava que subiria até 9.3 bilhões em 2050, com a maior parte do aumento na Ásia Oriental e no Sul da Ásia.⁵

A tecnologia da informação favorece o aumento do poder das comunidades, das coalizões e associações ad hoc e dos indivíduos. Coalizões locais, nacionais, regionais e globais podem se formar instantaneamente na internet e podem se dissolver tão rápido quanto. Muitas campanhas advocatícias agora ocorrem em sites da Internet que possibilitam que as pessoas colaborem através do tempo e do espaço, como, por exemplo, pelo *Facebook*, o *YouTube*, o *Twitter* e vários blogs. Os telefones móveis tornaram-se importantes na organização de coalizões. Algumas dessas campanhas se traduzem em ação direta, incluindo a campanha “Pink Chaddi” em Bangalore⁶ que foi iniciada no *Facebook*, os protestos de grande notoriedade em Londres contra o suposto bombardeio indiscriminado de civis Tamil no Sri Lanka⁷ que começaram via *Facebook* e mensagens de telefone celular, e a campanha na Internet pela igualdade salarial nos Estados Unidos.⁸

Mudanças na tecnologia são igualmente caleidoscópicas. Os *blogs* se tornaram meios importantes para comunicar ideias e influenciar os outros. Até dezembro de 2007, o mecanismo de busca de blogs “*Technorati*” rastreou mais de 112 milhões de blogs.⁹ De modo geral, não há barreira alguma para que um indivíduo crie um blog que pode ser lido no mundo

⁵ POPULATION REFERENCE BUREAU. *2007 World Population Data Sheet*. (ago 2007), p. 7–9. Disponível em: <<http://www.prb.org/Publications/Datasheets/2007/2007WorldPopulationDataSheet.aspx>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶ PINK Chaddis Still Keep Coming. *The Times of India*. (13 fev. 2009).

⁷ BAKER, Luke. “Tamils Block London to Protest Sri Lanka”. *Reuters*. (20 Abril 2009).

⁸ Vide 42 U.S.C. y 2000e-5; NATIONAL COMMITTEE ON PAY EQUITY. *Equal Pay Day*. Disponível em: <<http://www.pay-equity.org/day.html>>. Acesso em: 02 fev. 2017; ORGANIZING FOR AMERICA. *The Impact of the Obama Economic Plan For America's Working Women*. Disponível em: <<http://my.barackobama.com/page/content/womenissues>>. Acesso em: 02 fev. 2017; AFL-CIO. *It's Time for Working Women to Earn Equal Pay*. Disponível em: <<http://www.aflcio.org/issues/jobseconomy/women/equalpay/S>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁹ HELMOND, Anne. ‘How Many Blogs Are There? Is Someone Still Counting?’. *The Blog Herald*. (11 fev. 2008). Disponível em: <<http://www.blogherald.com/2008/02/11/how-many-blogs-are-there-is-someone-still-counting/S>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

todo. O *Twitter*, reporta-se, cresceu cerca de 350% no ano passado.¹⁰ Em maio de 2009, o número de usuários únicos do *Twitter* era de 19.7 milhões.¹¹ Durante os ataques de 2008 em Mumbai, relata-se que testemunhas oculares enviaram oitenta *tweets* a cada cinco segundos enquanto a tragédia se desenrolava.¹²

Embora muitas pessoas ainda não tenham acesso a tecnologia de comunicações, a taxa de acesso está crescendo rapidamente, o que significa que a influência de indivíduos e grupos (tanto formais quanto informais) no desenvolvimento, interpretação e implementação do direito internacional provavelmente aumentará. Isso pode ser caracterizado como "empoderamento de progressivo". É importante destacar que esse desenvolvimento é caracterizado por atores e assuntos em constante mudança.

Este estágio da evolução do sistema internacional, com seu emergente empoderamento de baixo para cima, pode ser caracterizado como caleidoscópico. É informal, e os atores e as coalizões constantemente mudam.

Esses avanços representam tanto desafios para o sistema legal internacional quanto oferecem oportunidades para fortalecer e expandir as bases do direito internacional. O direito internacional deve operar em um novo sistema multicamadas, constituído de Estados, instituições internacionais, redes do setor privado e de organizações não-governamentais, a grande variedade de organismos transnacionais formais previamente mencionados e o novo padrão caleidoscópico de coalizões informais e iniciativas individuais.

38

2 IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO INTERNACIONAL

Quais são as implicações deste contexto internacional para o desenvolvimento e a implementação do direito internacional?

¹⁰ KOCH, Paul. Supposedly Dismal Twitter Statistics Actually Indicate Strength. *Viget Engage*. (18 jun. 2009). Disponível em: <<http://www.viget.com/engage/supposedly-dismal-twitter-statistics-actually-indicate-strengthS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹¹ KOCH, Paul. *op. cit.* Disponível em: <<http://www.viget.com/engage/supposedly-dismal-twitter-statistics-actually-indicate-strengthS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹² TWITTER Provided a Vital Link in Mumbai Terrorist Attacks. *Impact Lab*. (28 nov. 2008). Disponível em: <<http://www.impactlab.com/2008/11/28/twitter-provided-a-vital-link-in-mumbai-terrorist-attacks/S>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

2.1 Legitimidade

Em primeiro lugar, no mundo caleidoscópico emergente o direito internacional precisará ser visto como legítimo pelas muitas camadas de atores no sistema internacional, e vai precisar refletir valores comuns que sejam resilientes a rápidas transformações e que possam evoluir em consonância com mudanças fundamentais.

Onuma Yasukui propiciou um contexto para abordar essa necessidade em seu conceito de direito transcivilizacional. Ele distingue três fases na evolução do direito internacional – internacional, transnacional e transcivilizacional – e argumenta que estamos adentrando um século de direito transcivilizacional.¹³ O direito transcivilizacional objetiva fornecer “um quadro cognitivo e avaliativo com base no reconhecimento da pluralidade de civilizações”.¹⁴ Ele observa que, ao considerar problemas no direito internacional, nós devemos “tornar explícitas as pressuposições culturais e/ou civilizacionais de nós mesmos e de outros atores, vendo-os e avaliando-os levando em consideração esses fatores, não considerando aqueles fatores como entidades imutáveis e monolíticas, mas como variantes mutáveis e funcionais”.¹⁵ Esse conceito de direito transcivilizacional é significativo para o sistema internacional emergente. A diversidade e complexidade das civilizações e seu papel e caráter mutável adicionam à natureza caleidoscópica do mundo de hoje.

O direito internacional deve ser visto como legítimo, tanto por aqueles que o criam e o implementam quanto por aqueles a quem ele afeta. A legitimidade inclui o processo pelo qual as normas internacionais são criadas e a aceitação dessas normas. A desconsideração para com essas normas pode prejudicar a sua legitimidade, ainda que elas tivessem sido consideradas legítimas quando criadas.¹⁶

A equidade é um elemento importante da legitimidade. Isso traz questões complexas, tanto no contexto histórico quanto hoje. Como definimos equidade? Refere-se aos processos pelos quais o direito internacional é criado, à substância das normas ou aos resultados da

¹³ YASUAKI, Onuma. A Trans-Civilizational Perspective of International Law: Lectures in Public International Law at the Hague Academy of International Law. *Lecture Readings*. (30 jul. a 3 ago. 2007). Disponível em: <<http://www.ppl.nl/summercourses/readinglist.php?year52007&lecturer5onuma&maintopic5Public%20International%20LawS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹⁴ YASUAKI, Onuma. *op. cit.*, capítulo I, seção 3(1).

¹⁵ YASUAKI, Onuma. *op. cit.*, capítulo I, seção 3(1).

¹⁶ Vide FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy Among Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1990; GROSSMAN, Nienke. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, v. 41, 2009, p. 107-180.

interpretação e aplicação das normas? Para quem as normas devem ser percebidas como equitativas? Qual papel a percepção tem na definição e implementação da equidade? No sistema internacional multicamadas e caleidoscópico que caracteriza o século XXI, a percepção e o fato da equidade serão importantes para a legitimidade do direito internacional.

Uma das questões fundamentais de equidade decorre da história do desenvolvimento do direito internacional. O direito internacional moderno normalmente é visto como derivado da ordem jurídica westfaliana.¹⁷ As pessoas em países que alcançaram a independência do colonialismo observam que herdaram um sistema jurídico internacional que é europeu em origem, de cuja formação elas não participaram e que não reflete as culturas e tradições em todo o mundo.¹⁸ Essa preocupação respeito da equidade do sistema jurídico internacional precisa ser debatida se o direito internacional for servir como força unificadora num mundo caleidoscópico.

Para fomentar a cooperação e a estabilidade, o direito internacional deve refletir os valores comuns e fornecer processos de tomada de decisões e de resolução de conflitos que todos os povos considerem equitativos. Esses são fatores essenciais, quer se trate de caracterizar a evolução do direito internacional como acrescentando um nível transcivilizacional, quer se caracterize ela como acrescentando um "nível progressivo" de comunidades e indivíduos de contextos culturais e sociais díspares que representam atores cada vez mais importantes no sistema internacional, ou quer se caracterize essa evolução de ambas as formas.

A teoria política indica que as comunidades viáveis precisam compartilhar valores, sejam elas comunidades globais, regionais ou locais.¹⁹ Elas precisam acreditar que estão ligadas por entendimentos comuns. As comunidades globais, as comunidades fragmentadas e as mutáveis coalizões informais e multidões de indivíduos precisam compartilhar valores, que podem ser refletidos no direito internacional, bem como no direito transnacional e local. Isso não é fácil. Mesmo que se alcance um consenso a respeito de certos valores universais, ele pode desmoronar.

¹⁷ Para uma análise da tradição europeia clássica, vide BEDERMAN, David J. *The Classical Tradition in International Law: Grotius' De Jure Belli Ac Pacis*. *Emory International Law Review*, v. 10, 1996, p. 19; GROSS, Leo. *The Peace of Westphalia*. In: GROSS, Leo (Ed.) *International Law in the Twentieth Century*. New York: Appleton-Century Crofts, 1969, p. 25.

¹⁸ ANAND, A. P. *New States and International Law*. 2. ed. Delhi: Hope India Publications, 2008.

¹⁹ Vide KEOHANE, Robert O.; NYE JUNIOR, Joseph S. *Power and Interdependence in the Information Age*. *Foreign Affairs*, v. 77, set./out. 1998, p. 81-95, 87 e 94.

2.2 Normas Emergentes como Colaboradoras para Legitimidade

No mundo caleidoscópico, a legitimidade também pode refletir normas de responsabilidade, transparência, participação e acesso à solução de controvérsias e procedimentos de reclamação. A análise de alguns aspectos das normas de responsabilidade e de acesso à informação e, em menor medida a participação, é detalhada abaixo.

2.2.1 Responsabilidade

A capacidade de manter uma instituição, uma organização não-governamental, uma rede corporativa do setor privado ou uma coalizão informal responsável por suas ações é essencial para a legitimidade. No mundo caleidoscópico, a responsabilidade torna-se mais difícil, porque há muitos outros atores a serem responsabilizados, muito mais atores perante os quais eles são responsáveis, e os meios para fazê-lo efetivamente podem ser mais evasivos. Ao mesmo tempo, a responsabilização é mais essencial para prevenir abusos no sistema internacional.

O dicionário Webster define responsabilizar enquanto “ser obrigado a explicar as suas ações, ou seja, dar razões satisfatórias”.²⁰ A responsabilização pode ser distinguida de “culpabilidade”, embora em outras línguas que não o inglês os dois conceitos possam ser unidos e traduzidos como “responsabilidade”.²¹ Um ator pode ser “responsável” por tomar certas medidas, mas não precisa prestar contas do que é feito, seja a autoridades superiores, a outros atores ou àqueles afetados por suas ações, não estando sujeito a quaisquer sanções ou outras medidas de desempenho. A responsabilização acrescenta um elemento “procedimental” à legitimidade.

Desde o início do século XXI, tem havido crescentes preocupações a respeito da responsabilização de muitos tipos de atores no sistema internacional: Estados e seus governos, organizações internacionais, incluindo instituições financeiras internacionais, instituições do setor privado, em especial corporações e bancos, organizações não-governamentais e, cada

²⁰ Vide MERRIAM-WEBSTER Online Dictionary. disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/accountableS>>. Acesso em: 02 fev. 2017. Em 1946, Webster's New International Dictionary of the English Language definiu *accountable* como “answerable”, p. 16.

²¹ Nota de tradução: importante salientar que Brown-Weiss usa o termo “*accountable*” e “*accountability*”, cuja tradução no texto corresponde a “responsabilizar” e “responsabilização”. Ainda, a autora usa o termo “*responsibility*”, cuja tradução no texto corresponde a “culpabilidade”.

vez mais, coalizões ad hoc.²² Há pelo menos cinco questões associadas à responsabilização. Quem é responsável, perante quem, por que, quando e como? Embora essas perguntas pareçam simples, as respostas muitas vezes estão em camadas e são complexas, e variam de acordo com a instituição ou o contexto institucional.

Existem pelo menos duas abordagens fundamentais à responsabilização: impositiva e progressiva.²³ A abordagem impositiva é o modelo tradicional. Aqueles que estão no comando vão fazer daqueles que trabalham para eles ou que se reportam a eles responsáveis por suas ações ou pelo seu desempenho. A relação é hierárquica. A maioria das organizações é estruturada internamente desse modo. As instituições internacionais também funcionam dessa maneira, embora elas possam, enquanto instituições, ser formalmente responsáveis perante os Estados que são partes do acordo que a estabeleceu.²⁴

Na abordagem progressiva, as instituições são responsáveis perante aqueles a quem servem ou afetam e os povos afetados têm meios de responsabilizá-los. Como mencionado acima, as organizações internacionais atendem os Estados que as criaram, em uma abordagem mais horizontal. A responsabilidade progressiva geralmente começa com aqueles que são afetados, normalmente partes da sociedade civil. Nas democracias, os governos são teoricamente responsáveis perante os cidadãos que servem. As corporações são responsáveis perante seus conselhos de administração e seus acionistas, e cada vez mais perante o público. Muitos dos afetados pelas atividades de corporações ou outras empresas privadas são membros do público em geral. O escândalo da Enron nos Estados Unidos afetou não apenas os acionistas, mas todos aqueles que sofreram como resultado da perda de fundos de pensão, recursos energéticos superfaturados, etc.²⁵ Da mesma forma, após 2008 e 2009, pode-se

²² Vide PETERS, Anne; KOEHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Gretta Fenner (Eds.) *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias (Eds.) *Global Governance and Public Accountability*. Malden: Blackwell Publishing, 2005; WORLD BANK INSPECTION PANEL. *Accountability at the World Bank: The Inspection Panel 10 Years on*. Washington D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2003; EDWARDS, Michael; HUME, David (Eds.) *Beyond the Magic Bullet: NGO Performance and Accountability in the Post-Cold War World*. West Harford: Thomson-Shore, 1996.

²³ Vide BROWN WEISS, Edith. Bottom Up Accountability. *Environmental Policy and Law*, v. 37, 2007, p. 259-263.

²⁴ Alguns estudos sugeriram a distinção entre prestação de contas interna e externa para distinguir essas diferentes relações em prestação de contas: KEOHANE, Robert O. Accountability in World Politics. *Scandinavian Political Studies*, v. 29, n. 2, 2006, p. 79.

²⁵ Vide CASTELLUCCIO III, Joseph A. Sarbanes-Oxley and Small Business: Section 404 and the Case for a Small Business Exemption. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 1, 2005, p. 449. Vide também: THE Enron Collapse: Impact on Investors and Financial Markets. Audiência Conjunta perante o Subcomitê de Mercado de Capitais, Seguros e outras Empresas Patrocinadas pelo Governo e o Subcomitê de Supervisão e Investigações do Comitê

argumentar que os bancos de investimento deveriam ser responsáveis não só perante os acionistas, mas também perante aqueles que são diretamente afetados por súbitos declínios de riqueza e grandes pacotes de resgate.²⁶ Isso também se aplica ao setor de bancos comerciais.

Para as instituições internacionais, a abordagem progressiva significa que as instituições são responsáveis não apenas perante os Estados que as estabeleceram, mas, significativamente, perante comunidades, grupos e indivíduos a que se destinam. Isso significa que há necessidade de mecanismos institucionais para que aqueles afetados pelas ações das instituições internacionais os responsabilizem.

Nas últimas duas décadas, desenvolveram-se novos meios para implementar a abordagem progressiva de responsabilização. Isso pode ser observado nos campos de desenvolvimento econômico através do uso de procedimentos de reclamação acessíveis às pessoas afetadas, como no Painel de Inspeção do Banco Mundial²⁷ e outros mecanismos multilaterais de bancos de desenvolvimento e nacionais²⁸; nos direitos humanos, através do

de Serviços Financeiros da Câmara, 107º Congresso dos Estados Unidos. (dez. 2001). THE Effect of the Bankruptcy of Enron on the Functioning of Energy Markets. Audiência perante o Subcomitê de Energia e Qualidade do Ar do Comitê de Energia e Comércio da Câmara, 107º Congresso dos Estados Unidos. (fev. 2002).

²⁶ Vide BLAIR, Margaret; STOUT, Lynn A. A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, v. 85, n. 2, 1999, p. 247-328.

²⁷ BANCO MUNDIAL. *Painel de Inspeção do Banco Mundial*. Resolução n. IDA 93-6 (1993). Disponível em: <<http://www.inspectionpanel.org>>. Acesso em: 02 fev. 2017. Houve dois “Esclarecimentos sobre Certos Aspectos da Resolução”, em 1996 e em 1999. Os textos da resolução e esclarecimentos estão disponíveis em BANCO MUNDIAL. Relatório Anual do Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.inspectionpanel.org>>. Acesso em: 02 fev. 2017. Vide também: CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL. *Introdução ao Painel de Inspeção do Banco Mundial*. Disponível em: <<http://www.ciel.org/Ifi/wbip.html>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²⁸ BANCO ASIÁTICO DE DESENVOLVIMENTO. *Review of the Inspection Function: Establishment of a New ADB Accountability Mechanism*, 2003. Disponível em: <http://www.adb.org/Documents/Policies/ADB_Accountability_Mechanism/default.asp?p5policies>. Acesso em: 02 fev. 2017; BANCO AFRICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Independent Review Mechanism*. Res. B/BD/2004/9—F/BD/2004/7, 2004. Disponível em: <<http://www.afdb.org/en/aboutus/structure/independent-review-mechanism/>>. Acesso em: 02 fev. 2017; BANCO EUROPEU PARA REFORMA E DESENVOLVIMENTO [EBRD]. *The Independent Recourse Mechanism*. BDS03-33, 2003. Disponível em: <<http://www.ebrd.com/about/integrity/irm/about/index.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017; EBRD. *Mecanismo de Reclamações do Projeto*. Aprovado pela Diretoria Executiva, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://www.ebrd.com/oppo/ngo/am/PCM.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017; EBRD. *Mecanismo de Reclamações do Projeto*. Regras de procedimento, 6 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.ebrd.com/about/integrity/irm/about/pcm.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO [IDB]. *Mecanismo Independente de Investigação do BID*. Doc. IIM6-00, 2000. Disponível em: <http://www.iadb.org/aboutus/iii/independent_invest/independent_invest.cfm?language=English>. Acesso em: 02 fev. 2017; IDB. *Mecanismo de consulta e investigação independente proposto: Projeto* (2009). Consultor/Ouvidoria de Conformidade da Corporação Financeira Internacional, Diretrizes Operacionais (2007). Disponível em: <<http://www.cao-ombudsman.org/html-english/about.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017; BANCO JAPONÊS PARA A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. *Regras Principais para a Criação de Inspetoria de Diretrizes Ambientais*. 2009. Disponível em: <<http://www.jbic.go.jp/en/about/environment/guideline/disagree/>>.

direito dos indivíduos a queixarem-se de violações de direitos humanos a organismos internacionais²⁹; e na proteção do meio ambiente, através de acordos regionais que proporcionam os direitos de indivíduos e grupos de queixarem-se da inobservância de uma convenção³⁰ ou da falta de aplicação da lei ambiental nacional.³¹

Tem ocorrido um rápido crescimento nas queixas de indivíduos e grupos sobre o fracasso dos Estados e das instituições internacionais em cumprir obrigações legais. De certa forma, o crescimento das denúncias de indivíduos por violações aos direitos humanos, particularmente na Europa, reforça a afirmação de que o direito internacional no século XX tem sido incorporado na cultura ocidental. No entanto, esses desenvolvimentos também apontam para algo mais amplo, que é trans-civilizacional - ou seja, o empoderamento das comunidades e indivíduos para responsabilizar as autoridades por suas ações.

2.2.2 Acesso à Informação e Participação

O acesso à informação, que compõe a transparência, e a participação pública são normas emergentes importantes no direito internacional. Eles podem contribuir para o reconhecimento da legitimidade do direito internacional em um mundo caleidoscópico com

Acesso em: 02 fev. 2017; COMPANHIA DE INVESTIMENTOS PRIVADOS ESTRANGEIROS. *Órgão de Prestação de Contas*. Disponível em: <<http://www.opic.gov/doingbusiness/accountability/index.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017; DESENVOLVIMENTO DE EXPORTAÇÕES DO CANADÁ. *Resoluções Respeitando o Diretor de Cumprimento para Desenvolvimento de Exportações do Canadá*. 2001. Disponível em: <<http://www.edc.ca/english/compliance.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²⁹ ONU. *Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. 16 dez. 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 n. 47, 6 I.L.M. 368 (entrada em vigor 23 mar. 1976); ONU. *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [CEDAW]*. 1 mar. 1980, 1249 U.N.T.S. 13 (entrada em vigor 3 set. 1981); e ONU. *Protocolo Opcional do CEDAW*, 6 out. 1999, GA Res. 54/4 (entrada em vigor 22 dez. 2000); ONU. *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. 10 dez. 1984, 1465 U.N.T.S. 85 (entrada em vigor 26 jun. 1987); ONU. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. 21 dez. 1965, 660 U.N.T.S. 195 (entrada em vigor 4 jan. 1969); ONU. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 4 nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221, alterada pelo Protocolo n. 11, 11 maio 1994 (entrada em vigor 1 nov. 1998); ONU. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 22 nov. 1969, 1144 U.N.T.S.123 (entrada em vigor 18 jul. 1978).

³⁰ ONU. *Convenção de Aarhus sobre o Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental*. 25 jun. 1998, ECE/CEP/43, 2161 U.N.T.S. 447 (entrada em vigor 30 out. 2001) [*Convenção de Aarhus*].

³¹ CEC. *Acordo Norte-Americano sobre Cooperação Ambiental*. 14 set. 1993, 32 I.L.M. 1480 (entrada em vigor 1 jan. 1994). Desde 9 de dezembro de 2009, a Comissão Norte-Americana de Cooperação Ambiental listou setenta e duas submissões no âmbito do procedimento de reclamação, o que incluiu diversas declarações repetidas ou corrigidas. Vide CEC. *Comissão de Cooperação Ambiental, Submissões online de Cidadãos em Matéria de Execução: Registro de Submissões de Cidadãos*. Disponível em: <http://www.cec.org/Page.asp?PageID5751&SiteNodeID5250&BL_ExpandID599>. Acesso em: 02 fev. 2017.

seus inúmeros atores e coalizões mutáveis. Em 1992, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabeleceu no Princípio 10 que:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas ... bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.³²

Desde 1992, alguns acordos internacionais e outros instrumentos legais preveem o acesso público à informação, a transparência e a participação das pessoas nas decisões que as afetam.³³ Essas disposições empoderam as comunidades locais, particularmente as empobrecidas. Eles ajudam a tornar o desenvolvimento econômico, por exemplo, responsivo às necessidades e desejos da comunidade local e consistente com as tradições culturais da comunidade.

O acesso à informação é especialmente crítico para permitir que os governos e todos os atores se adaptem à mudança da compreensão científica de problemas globais, tais como mudanças climáticas, ou para enfrentar novos problemas globais ou regionais que surgem repentinamente, como epidemias ou crises financeiras. Os instrumentos jurídicos internacionais, por sua vez, precisam ser suficientemente flexíveis para que os atores relevantes respondam e se adaptem oportunamente a novas informações e conhecimentos científicos.

Embora o acesso à informação seja um componente essencial da capacitação progressiva, existe o perigo de que a informação também possa ser usada para ajudar atores com intenções malévolas. A mesma informação que permite que as comunidades saibam o que está acontecendo dentro das instituições e responsabiliza a administração e o pessoal também pode ser usada para fins ilícitos ou ganhos privados. No entanto, na medida em que as comunidades dependem de ações voluntárias a serem tomadas no interesse da comunidade,

³² ONU. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. UNCED, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, v. I, 1992.

³³ A título exemplificativo, vide ONU. *Convenção de Aarhus sobre o Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental*. 25 jun. 1998, ECE/CEP/43, 2161 U.N.T.S. 447 (entrada em vigor 30 out. 2001).

seja local ou global, o acesso à informação, transparência e participação são elementos essenciais no direito internacional.

Dentro das instituições, no entanto, há também questões importantes concernentes aos limites apropriados ao acesso à informação. Há uma linha para além da qual a transparência irrestrita e o acesso à informação podem impedir as trocas diretas. No momento em que as autoridades se recusam a deliberar questões completamente ou documentar decisões por medo de transparência, as decisões vão sofrer. A aversão ao fornecimento de registros escritos é particularmente prejudicial, pois frustra o aprendizado histórico, esconde suposições indecentes e infundadas, dificulta as avaliações posteriores e leva à ruptura da confiança dentro de uma instituição. Assim, embora a promoção da transparência possa ser primordial, também é importante delinear claramente o raciocínio e a diretriz para a recusa em disponibilizar certas informações. As instituições responsáveis pela observância das normas de transparência adequadas promovem a confiança das pessoas afetadas pelas ações da instituição.

Os avanços na tecnologia da informação nos permitem gerar e armazenar grandes quantidades de informação. Nesse sentido, a tecnologia da informação aumenta a capacidade de indivíduos, grupos e comunidades para serem informados, desenvolver consciência comum e participar na tomada de decisões. Contudo, ela também facilita que as pessoas sejam expostas apenas a informações que reflitam seus pré-conceitos e pontos de vista, e pode ser difícil persuadi-las a considerar outros pontos. Mais importante ainda, sendo a informação volumosa, tornou-se mais difícil saber se a informação é autêntica e correta. Um dos desafios importantes para o direito internacional é assegurar que haja sites eletrônicos bem estabelecidos e respeitáveis que forneçam informações precisas sobre as fontes existentes de direito internacional, implementação em sistemas nacionais e instrumentos legais não-vinculantes por atores que não sejam estados.

3 O DIREITO INTERNACIONAL COMO FORÇA ESTABILIZADORA PARA ABORDAR PROBLEMAS COMUNS

Como observado desde o início, os problemas globais podem afetar todas as comunidades e pessoas, tanto agora como no futuro. Eles surgem no contexto da globalização, da fragmentação e do empoderamento progressivo e de grupos informais em constante

mutação, coalizões ad hoc e inúmeras iniciativas individuais. Em um mundo caleidoscópico, há pelo menos três abordagens genéricas para abordar esses problemas, cada um com uma certa validade, e cada um invocando o direito internacional. São elas: (a) a confiança dos Estados no exercício da soberania nacional sobre seus territórios e áreas sob sua jurisdição; (b) a regulamentação internacional por parte de Estados, instituições internacionais ou redes transnacionais formais; e (c) ações de cooperação voluntária, especialmente pela sociedade civil e outros atores não-públicos. Os instrumentos jurídicos relevantes incluem acordos internacionais vinculantes, instrumentos jurídicos não-vinculantes, *soft laws* por meio de orientações ou melhores práticas e regras costumeiras informais. Os mercados também foram importantes transportadores de informações e instrumentos que afetam tanto o desenvolvimento de problemas quanto as soluções para eles.

A abordagem tradicional depende dos Estados e do seu exercício da soberania nacional. Historicamente, o direito internacional governa as relações entre os Estados. Assim como o número de atores cresceu, o número de Estados também aumentou nas últimas décadas. Quando a Organização das Nações Unidas foi edificada em 1945, 51 Estados aderiram ao acordo.³⁴ Em 2009, 192 Estados eram membros das Nações Unidas, dos quais quase três quartos haviam adquirido independência nos sessenta anos anteriores. Entretanto, embora haja agora muitos Estados que possam negociar acordos vinculantes, muitos problemas globais parecem exigir ações rápidas por pequenos grupos de países e funcionários dentro dos países ou por elementos no setor privado. Eles podem necessitar de instrumentos jurídicos não-vinculantes, ao menos inicialmente. A necessidade de movimentos rápidos para lidar com problemas globais urgentes sem dúvida dilui os poderes dos Estados, que não têm capacidade para enfrentar esses desafios rápidos da globalização. Muitos desses estados alcançaram sua independência nas últimas décadas. Assim como alcançaram a independência e encontraram seu lugar na comunidade internacional, seu poder foi diminuído.

Alguns doutrinadores têm escrito persuasivamente sobre o fim da soberania nacional.³⁵ Embora os Estados ainda mantenham importantes poderes na área da segurança

³⁴ Vide ONU. *História da ONU*. Disponível em: <<http://www.un.org/aboutun/history.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017. Uma lista dos signatários originais pode ser encontrada em <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src5_TREATY&id5308&chapter51&lang5en>. Acesso em: 02 fev. 2017.

³⁵ Vide, por exemplo, HENKIN, Louis. *The Mythology of Sovereignty*. In: MACDONALD, Ronald S.J. (Ed.). *Essays in Honour of Wang Tieya*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 351; KOSKENNIEMI, Martti. *The Future of Statehood*. *Harvard International Law Journal*, v. 32, 1991, p. 397-410; JACKSON, John.

nacional, sua autoridade efetiva em outras áreas está visivelmente diminuída ou seriamente desafiada. Mesmo assim, os Estados continuarão a ser atores importantes em muitos aspectos no mundo caleidoscópico.

Há uma tendência cada vez maior para uma maior regulamentação internacional, não só da conduta dos Estados, mas também dos atores não estatais, inclusive dos mercados financeiros e comerciais internacionais e dos indivíduos. Podemos antecipar que, no mundo caleidoscópico, surgirão novas instituições internacionais ou as existentes serão revistas para abordar problemas mais diversos em vários níveis. Neste cenário, aumentarão os acordos internacionais vinculantes entre os Estados, assim como os instrumentos jurídicos internacionais que regulam o comportamento dos atores não-estatais. A regulação internacional pode facilitar a previsibilidade sobre as ações que os Estados e outros atores tomarão, nivelar o ambiente e proporcionar estabilidade ao sistema para lidar com as controvérsias.

Um dos aspectos mais significativos da regulamentação internacional é que pequenos grupos de Estados vêm criando instituições internacionais informais e instrumentos jurídicos não vinculantes para resolver problemas globais. Em resposta à recente crise financeira, por exemplo, o G-20 criou o Conselho de Estabilidade Financeira, que não é uma organização internacional formal e não foi estabelecido por um acordo internacional vinculante, mas tem poderes importantes para resolver problemas financeiros globais.³⁶ Tendências semelhantes têm sido observadas em outras áreas de interesse global, como o controle da lavagem de dinheiro³⁷ e, em algumas áreas, a pirataria.³⁸

Em um mundo caleidoscópico, muitas das ações que precisamos tomar para gerenciar nosso sistema cada vez mais complexo serão amplamente dispersas, envolverão a mudança de coalizões de atores e mudarão rapidamente. Neste contexto, pode ser cada vez mais importante concentrar-se na reunião voluntária de pessoas para abordar problemas comuns, quer por interesse próprio, quer pela consciência da comunidade. Essa abordagem centra-se

Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

³⁶ G-20. *Cúpula de Londres: Declaração dos Líderes*. 2 abr. 2009, p. 3. Disponível em: <http://www.g20.org/Documents/g20_communique_020409.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017; MOYA, Elena. Financial Stability Board: How It Will Work. *The Guardian*. 4 abr. 2009.

³⁷ SIMMONS, Beth. International Efforts Against Money Laundering. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Compliance and Commitment: The Role of Non-Binding Norms in the International System*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 244-245.

³⁸ SERVIÇO DE PESQUISA DO CONGRESSO DOS EUA. *Piracy off the Horn of Africa*. 2009, p. 18-19.



na cooperação internacional voluntária, que pode consistir em muitas ações locais.³⁹ A abordagem depende do desenvolvimento de um consenso sobre valores a serem perseguidos e de uma preocupação compartilhada sobre problemas comuns que afetam o bem-estar de todos os povos e da Terra. É eficaz quando os participantes estão unidos para enfrentar problemas comuns tanto agora como no futuro e podem efetivamente monitorar as ações uns dos outros.

Os incentivos para as ações voluntárias são que elas alcançarão benefícios positivos que nenhum Estado, grupo ou coalizão podem alcançar individualmente ou que evitarão uma situação cada vez mais aguda em que todos sofrem. Elas exigem que os atores se considerem unidos inseparavelmente a longo prazo, de modo que as ações atuais que podem beneficiar alguns à custa de muitos terão consequências nocivas no futuro para aqueles que as tomam ou impedirão benefícios para todos no futuro.

A abordagem do voluntariado é particularmente importante com o surgimento do empoderamento progressivo. Ela tem por base a participação do público e depende do acesso à informação, transparência (ou clareza) sobre as ações e o cumprimento de normas vinculantes e não-vinculantes e um senso compartilhado de que as normas e instrumentos legais são justos e legítimos. Os instrumentos jurídicos não-vinculantes e os acordos informais são comuns.

O sistema jurídico internacional neste século incluirá todas as três abordagens, com as duas últimas ganhando em importância. As instituições internacionais, ligadas a essas abordagens, provavelmente crescerão em importância, sejam elas públicas ou privadas, formais ou informais.

No século XXI, o direito internacional é mais do que nunca necessário para promover a equidade, a dignidade humana, a paz e a segurança e a previsibilidade no sistema internacional. Estas são as funções tradicionais do direito internacional. No mundo caudescópico emergente, o direito é particularmente essencial para promover a estabilidade. Forjar laços efetivos entre o formalismo do direito internacional e as instituições e a realidade transcivilizacional será difícil, mas essencial. O desafio para todos os povos é assegurar que o direito internacional reflita valores compartilhados que unam as pessoas e que ele forneça

³⁹ Vide OSTROM, Elinor; GARDNEER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994; OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

processos que todos considerem justos e assegurem a responsabilidade pelos Estados, atores não-estatais e a miríade de outros atores, especialmente indivíduos.

Poderíamos avançar para um sistema em que os Estados conservassem poderes significativos, as instituições internacionais de todos os tipos aumentassem em número e poder, a regulação internacional de todos os atores e transações crescesse e, mais importante, a cooperação voluntária do empoderamento progressivo emergisse para abordar ameaças em comum e atingir objetivos comuns. Ou poderíamos enfrentar uma série regular de crises, em que todo o sistema ameaçasse quebrar, e distúrbios generalizados ameaçassem estourar em muitos níveis. Neste último caso, não está claro se tais desagregações poderiam ser contidas. Mesmo se os incentivos para contê-los estivessem presentes, a confiança necessária no sistema poderia não estar. Os desafios práticos são imensos, especialmente porque as constelações no mundo caleidoscópico mudam constantemente. O futuro do direito internacional neste contexto complexo poderia ser explorado de forma útil em estudos de caso, tais como as alterações climáticas, as ameaças à saúde, os mercados financeiros e a redução efetiva da pobreza.

50

REFERÊNCIAS

AFL-CIO. *It's Time for Working Women to Earn Equal Pay*. Disponível em: <[AFL-CIO /http://www.aflcio.org/issues/jobseconomy/women/equalpay/S](http://www.aflcio.org/issues/jobseconomy/women/equalpay/S)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

ANAND, A. P. *New States and International Law*. 2. ed. Delhi: Hope India Publications, 2008.

BANCO AFRICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Independent Review Mechanism*. Res. B/BD/2004/9—F/BD/2004/7, 2004. Disponível em: <<http://www.afdb.org/en/aboutus/structure/independent-review-mechanism/>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BANCO ASIÁTICO DE DESENVOLVIMENTO. *Review of the Inspection Function: Establishment of a New ADB Accountability Mechanism*, 2003. Disponível em: <http://www.adb.org/Documents/Policies/ADB_Accountability_Mechanism/default.asp?p5polices>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BANCO EUROPEU PARA REFORMA E DESENVOLVIMENTO [EBRD]. *The Independent Recourse Mechanism*. BDS03-33, 2003. Disponível em: <<http://www.ebrd.com/about/integrity/irm/about/index.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO [BID]. *Mecanismo Independente de Investigação do BID*. Doc. IIM6-00, 2000. Disponível em: <http://www.iadb.org/aboutus/iii/independent_invest/independent_invest.cfm?language5English>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BANCO JAPONÊS PARA A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. *Regras Principais para a Criação de Inspetoria de Diretrizes Ambientais*. 2009. Disponível em: <<http://www.jbic.go.jp/en/about/environment/guideline/disagree/>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BEDERMAN, David J. The Classical Tradition in International Law: Grotius' De Jure Belli Ac Pacis. *Emory International Law Review*, v. 10, 1996.

BAKER, Luke. "Tamils Block London to Protest Sri Lanka". *Reuters*. (20 Abril 2009).

BANCO MUNDIAL. *Painel de Inspeção do Banco Mundial*. Resolução n. IDA 93-6 (1993). Disponível em: <<http://www.inspectionpanel.org>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Relatório Anual do Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.inspectionpanel.org>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BLAIR, Margaret; STOUT, Lynn A. A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, v. 85, n. 2, 1999.

BROWN WEISS, Edith. Bottom Up Accountability. *Environmental Policy and Law*, v. 37, 2007

_____. The Rise or Fall of International Law. *Fordham Law Review*, v. 69, 2000.

CEC. *Acordo Norte-Americano sobre Cooperação Ambiental*. 14 set. 1993, 32 I.L.M. 1480 (entrada em vigor 1 jan. 1994).

_____. *Comissão de Cooperação Ambiental, Submissões online de Cidadãos em Matéria de Execução: Registro de Submissões de Cidadãos*. Disponível em: <http://www.cec.org/Page.asp?PageID5751&SiteNodeID5250&BL_ExpandID599>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL. *Introdução ao Painel de Inspeção do Banco Mundial*. Disponível em: <<http://www.ciel.org/Ifi/wbip.html>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

COMPANHIA DE INVESTIMENTOS PRIVADOS ESTRANGEIROS. *Órgão de Prestação de Contas*. Disponível em: <<http://www.opic.gov/doingbusiness/accountability/index.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DESENVOLVIMENTO DE EXPORTAÇÕES DO CANADÁ. *Resoluções Respeitando o Diretor de Cumprimento para Desenvolvimento de Exportações do Canadá*. 2001. Disponível em: <<http://www.edc.ca/english/compliance.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

EBRD. *Mecanismo de Reclamações do Projeto*. Aprovado pela Diretoria Executiva, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://www.ebrd.com/oppo/ngo/am/PCM.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. *Mecanismo de Reclamações do Projeto*. Regras de procedimento, 6 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.ebrd.com/about/integrity/irm/about/pcm.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

EDWARDS, Michael; HUME, David (Eds.) *Beyond the Magic Bullet: NGO Performance and Accountability in the Post-Cold War World*. West Harford: Thomson-Shore, 1996.

FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy Among Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

G-20. *Cúpula de Londres: Declaração dos Líderes*. 2 abr. 2009, p. 3. Disponível em: <http://www.g20.org/Documents/g20_communique_020409.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

GROSS, Leo. The Peace of Westphalia. In: GROSS, Leo (Ed.) *International Law in the Twentieth Century*. New York: Appleton-Century Crofts, 1969.

GROSS, Leo (Ed.) *International Law in the Twentieth Century*. New York: Appleton-Century Crofts, 1969.

GROSSMAN, Nienke. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, v. 41, 2009.

HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias (Eds.) *Global Governance and Public Accountability*. Malden: Blackwell Publishing, 2005.

HELMOND, Anne. ‘How Many Blogs Are There? Is Someone Still Counting?’. *The Blog Herald*. (11 fev. 2008). Disponível em: <<http://www.blogherald.com/2008/02/11/how-many-blogs-are-there-is-someone-still-counting/S>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

HENKIN, Louis. The Mythology of Sovereignty. In: MACDONALD, Ronald S.J. (Ed.). *Essays in Honour of Wang Tiewa*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

IDB. *Mecanismo de consulta e investigação independente proposto: Projeto* (2009). Consultor/Ouvidoria de Conformidade da Corporação Financeira Internacional, Diretrizes Operacionais (2007). Disponível em: <<http://www.cao-ombudsman.org/html-english/about.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KEOHANE, Robert O. Accountability in World Politics. *Scandinavian Political Studies*, v. 29, n. 2, 2006.

KEOHANE, Robert O.; NYE JUNIOR, Joseph S. Power and Interdependence in the Information Age. *Foreign Affairs*, v. 77, set./out. 1998.

KOCH, Paul. Supposedly Dismal Twitter Statistics Actually Indicate Strength. *Viget Engage*. (18 jun. 2009). Disponível em: <<http://www.viget.com/engage/supposedly-dismal-twitter-statistics-actually-indicate-strengthS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

KOSKENNIEMI, Martti. The Future of Statehood. *Harvard International Law Journal*, v. 32, 1991.

MACDONALD, Ronald S.J. (Ed.). *Essays in Honour of Wang Tieya*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

MERRIAM-WEBSTER Online Dictionary. disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/accountableS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

MOYA, Elena. Financial Stability Board: How It Will Work. *The Guardian*. 4 abr. 2009.

NATIONAL COMMITTEE ON PAY EQUITY. *Equal Pay Day*. Disponível em: <<http://www.pay-equity.org/day.htmlS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

53

ONU. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 22 nov. 1969, 1144 U.N.T.S.123 (entrada em vigor 18 jul. 1978).

_____. *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. 10 dez. 1984, 1465 U.N.T.S. 85 (entrada em vigor 26 jun. 1987).

_____. *Convenção de Aarhus sobre o Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental*. 25 jun. 1998, ECE/CEP/43, 2161 U.N.T.S. 447 (entrada em vigor 30 out. 2001).

_____. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. 21 dez. 1965, 660 U.N.T.S. 195 (entrada em vigor 4 jan. 1969).

_____. *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [CEDAW]*. 1 mar. 1980, 1249 U.N.T.S. 13 (entrada em vigor 3 set. 1981).

_____. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 4 nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221, alterada pelo Protocolo n. 11, 11 maio 1994 (entrada em vigor 1 nov. 1998).

_____. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. UNCED, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, v. I, 1992.

_____. *História da ONU*. Disponível em: <<http://www.un.org/aboutun/history.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. *Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. 16 dez. 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 n. 47, 6 I.L.M. 368 (entrada em vigor 23 mar. 1976).

_____. *Protocolo Opcional do CEDAW*, 6 out. 1999, GA Res. 54/4 (entrada em vigor 22 dez. 2000).

ORGANIZING FOR AMERICA. *The Impact of the Obama Economic Plan For America's Working Women*. Disponível em: <<http://my.barackobama.com/page/content/womenissuesS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OSTROM, Elinor; GARDNEER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Gretta Fenner (Eds.) *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PINK Chaddis Still Keep Coming. *The Times of India*. (13 fev. 2009).

POPULATION REFERENCE BUREAU. *2007 World Population Data Sheet*. (ago 2007). Disponível em: <<http://www.prb.org/Publications/Datasheets/2007/2007WorldPopulationDataSheet.aspxS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

SERVIÇO DE PESQUISA DO CONGRESSO DOS EUA. *Piracy off the Horn of Africa*. 2009.

SHELTON, Dinah (Ed.). *Compliance and Commitment: The Role of Non-Binding Norms in the International System*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SIMMONS, Beth. International Efforts Against Money Laundering. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Compliance and Commitment: The Role of Non-Binding Norms in the International System*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

THE Effect of the Bankruptcy of Enron on the Functioning of Energy Markets. Audiência perante o Subcomitê de Energia e Qualidade do Ar do Comitê de Energia e Comércio da Câmara, 107º Congresso dos Estados Unidos. (fev. 2002).

THE Enron Collapse: Impact on Investors and Financial Markets. Audiência Conjunta perante o Subcomitê de Mercado de Capitais, Seguros e outras Empresas Patrocinadas pelo Governo e o Subcomitê de Supervisão e Investigações do Comitê de Serviços Financeiros da Câmara, 107º Congresso dos Estados Unidos. (dez. 2001).



TWITTER Provided a Vital Link in Mumbai Terrorist Attacks. *Impact Lab*. (28 nov. 2008). Disponível em:

<<http://www.impactlab.com/2008/11/28/twitter-provided-a-vital-link-in-mumbai-terrorist-attacks/S>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS. *Yearbook of International Organizations 2008–2009*. v. 3. Munich: KG Saur Verlag, 2008.

WORLD BANK. *World Development Indicators 2008: Poverty Data Supplement* (2008). Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/WDI08supplement1216.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

WORLD BANK INSPECTION PANEL. *Accountability at the World Bank: The Inspection Panel 10 Years on*. Washington D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2003.

YASUAKI, Onuma. A Trans-Civilizational Perspective of International Law: Lectures in Public Inter-national Law at the Hague Academy of International Law. *Lecture Readings*. (30 jul. a 3 ago. 2007). Disponível em: <<http://www.ppl.nl/summercourses/readinglist.php?year52007&lecturer5onuma&maintopic5Public%20International%20LawS>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

55

Submissão: 02/02/2017
 Aceito para Publicação: 03/07/2017



HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE DEMOCRACIA SANITARIA: UNA MIRADA DESDE LA SOCIOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES Y LA CONEXIDAD CONSTITUCIONAL

*TOWARDS THE CONSTRUCTION OF A CONCEPT OF HEALTH DEMOCRACY: A VIEW
OF THE SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS AND CONSTITUTIONAL CONNECTIVITY*

Joaquin Cayón de las Cuevas*

Sandra Regina Martini**

RESUMEN: El presente trabajo persigue como objetivo principal discutir el concepto, los límites y las posibilidades de formulación de un concepto de democracia sanitaria, desde una doble perspectiva constitucional: sociológica y jurídica. Para ello, el texto se descansa en dos pilares nucleares. Comenzaremos presentando algunas reflexiones sobre la *Sociología de las Constituciones*, concebida como la plataforma epistemológica que nos servirá para analizar la *conexidad constitucional*. En segundo término se analizará esta técnica de vinculación del derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales y otros textos internacionales, que permita explicar finalmente determinadas implicaciones interdisciplinarias, inherentes al concepto de “democracia sanitaria”.

PALABRAS CLAVE: Democracia Sanitaria. Sociología de las Constituciones. Salud como Derecho Fundamental. Conexidad Constitucional.

SUMÁRIO: 1 Sociología de las Constituciones como Plataforma Epistemológica para la Reflexión sobre el Derecho a la Protección de la Salud. 2 Democracia Sanitaria y Conexidad Constitucional. 3 Algunas Reflexiones Finales. Referencias.

ABSTRACT: *The main goal of this paper is to discuss the concept, limits and possibilities of formulating a concept of "health democracy" from a double constitutional perspective both sociological and juridical. For this purpose, the text rests on two nuclear pillars. We will begin by presenting some reflections on the sociology of Constitutions, conceived as the epistemological platform that will be useful to analyze the constitutional connection. Secondly, we will specifically analyze this technique consisting on linking the right to health protection with other fundamental rights and other international texts. This analysis will finally explain certain interdisciplinary implications which are inherent in the concept of "health democracy".*

KEYWORDS: *Health democracy. Sociology of Constitutions. Health as a Fundamental Right. Constitutional Connection.*

57

* Profesor asociado de la Universidad de Cantabria, España. Doctor en Derecho. Director del Grupo de Investigación en Derecho Sanitario y Bioética (GRIDES) del Instituto de Investigación Sanitaria “Marqués de Valdecilla” (IDIVAL). Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria. Coordinador del Consejo Directivo de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Miembro del Advisory Board de la European Association of Health Law.

** Profesora del Centro Universitario Ritter dos Reis (Uniritter), Rio Grande do Sul, Brasil. Profesora visitante en el programa de posgraduación en Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil. Postdoctora en Políticas Públicas por la Università degli Studi di Salerno, Italia. Postdoctora en Derecho por la Università Degli Studi di Roma Tre, Italia. Doctora en Evolución de los Sistemas Jurídicos y Nuevos Derechos por la Università Degli Studi di Lecce, Italia. Máster en Educación por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Actualmente investigadora Produtividade 2 de CNPq. Es evaluadora del Ministerio da Educação y Cultura y del Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Colaboradora ad hoc de CNPq y CAPES.

1 SOCIOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES COMO PLATAFORMA EPISTEMOLÓGICA PARA LA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La construcción científica de un concepto interdisciplinar de democracia sanitaria exige como corolario irrenunciable la consideración del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional fundamental¹. En todo caso, la *Sociología de las Constituciones* puede resultar útil como plataforma epistemológica de partida para analizar de determinadas técnicas de reforzamiento como la *conexidad constitucional*.

Para Niklas Luhmann, uno de los posibles fundamentos teóricos para el estudio de la Sociología de las Constituciones apuntaría a la necesidad de discutir previamente sobre el propio concepto de sociología, para ulteriormente comprobar si efectivamente resulta posible concebir tal estudio sociológico específico. Para ello, resultaría necesario volver las clásicas preguntas ya apuntadas por el clásico autor alemán: “¿de qué trata el caso?” y “¿qué se esconde detrás del mismo?” (LUHMANN, 1996, p. 341). Estos interrogantes, contestados desde la óptica de la Teoría General de los Sistemas Sociales, no nos remitirían a las respuestas sino, más bien, a otras preguntas. Por ello, es fundamental pensar que quien observa, selecciona y establece diferencias. Este complejo proceso no se puede instrumentar a partir de la mera separación entre sujeto y objeto, lo que supone que tratar el caso y ver lo que se encuentra detrás del mismo significa en realidad chequear lo que está en la trastienda del observador y del objeto observado. En otras palabras, observar equivale a designar y distinguir.

Sentada esta premisa, conviene tener en cuenta que la sociología tradicional apenas se ocupó del tema referente a las Constituciones², dado que la literatura sociológica tenía otros focos preferentes como la definición de sociedad, la relación sujeto-objeto, la neutralidad

¹ La teoría garantista de Ferrajoli califica los derechos fundamentales como “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 37).

² Resulta interesante observar que, aunque la sociología ha tratado poco de las Constituciones, es utilizada como herramienta para el análisis de la complejidad que las cartas fundamentales presentan hoy en día. Sobre el tema véase CARVALHO NETTO, Menelick y SCOTTI, Guillermo. *Los derechos fundamentales y la (in) certeza del derecho*: la productividad de las tensiones iniciales y la superación del sistema de reglas. Belo Horizonte: Forum, 2012.

científica y otras investigaciones de naturaleza cuantitativa y cualitativa. Sólo con la sociología jurídica del siglo XX aparecerán las primeras preocupaciones doctrinales sobre la efectividad de los derechos sociales³. Su consideración científica surgirá precisamente cuando se asume que, en realidad, las ciencias sociales no resuelven problemas, sino que los analizan, proporcionando información para que el sistema político decida de modo colectivo y vinculante. Si la teoría sociológica busca desvelar paradojas y no simplemente “identificar los problemas sociales” o, quizá incluso peor, si persigue “resolver los problemas sociales”, seguro que provocará dudas y desasosiego. En este punto cabe preguntarse cuál es la función de la ciencia y, más concretamente cuál es la función de la sociología. Para contestar dicho interrogante Luhmann dejó escrito:

Como ciencia, la sociología sólo puede establecerse sobre la base de la comunicación, refiriéndose sus contribuciones únicamente a la descripción interna de ese sistema, y sin tomar ninguna posición externa, pues esto significaría no poder expresarlo (LUHMANN, 1996, p. 341).

A partir de esta afirmación, un determinado concepto de sociología constitucional se va a ir progresivamente asentando. De este modo, la idea de Sociología de las Constituciones, desde la perspectiva de la Teoría General de los Sistemas Sociales, comenzará también a aparecer en el pensamiento de Alberto Febbrajo⁴ y Giancarlo Corsi⁵, autores que han destacado que el importante papel de los textos constitucionales en la sociedad moderna radica en ser utilizados teóricamente para permitir el estudio de la "relación" entre Derecho y Política⁶. Se trata un vínculo muy complejo, en la medida en que la Política en la sociedad actual se presenta como un sistema global, mientras que el Derecho sigue teniendo básicamente un carácter particular (local, regional y nacional). Al mismo tiempo, es importante destacar el importante papel que las Constituciones desempeñan en la

³ Según Corsi, la sociología jurídica raramente se ocupó de la Constitución. Puede ser que este relativo desinterés sea debido a la manera en que la sociología concibe su modo de investigar y si investiga los “condicionamientos sociales del saber” jurídico y las “estructuras latentes” (CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 39, 2001, p.169 y 170).

⁴ Febbrajo trata la “Sociologia do Constitucionalismo”, en especial en el texto: FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo Constituição e Teoria dos Sistemas*. Traducción de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

⁵ CORSI, Giancarlo. *op. cit.*, p. 169-189.

⁶ También es oportuno citar la obra de SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmica autopoietica das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

sociedad mundial⁷. En este sentido, creemos que una Sociología de las Constituciones podría contribuir a profundizar estos aspectos.

Pero al mismo tiempo, una Sociología de la Constitución no puede ser ideológica, ni operar de la misma manera que la Ciencia Política o el Derecho. La Sociología de la Constitución debe tener presente que la Constitución se autolegitima, habla de sí misma y de la posibilidad de su propio fin. Por ello, desde la perspectiva de esta nueva área del conocimiento, la Constitución debe ser “desvestida” de sus valores, sacralidad e ideales.

2 DEMOCRACIA SANITARIA Y CONEXIDAD CONSTITUCIONAL

La relación entre Democracia, Política y Salud es evidente. Ahora bien, una importante paradoja es que nos referimos a la categoría “salud” a través de su supuesto contrario: la “enfermedad” con sus intercorrelaciones personales y comunitarias. El gran avance que experimentado desde el Estado de Bienestar Social radica en que la titularidad del derecho a la tutela de la salud ya no sólo reside en determinados colectivos sino que pasa a concebirse como un derecho de la persona reconocido para todos independiente del lugar donde se encuentren y un bien público de la propia comunidad. Sin embargo, el acceso al derecho aún se presenta lejos de la efectividad plena, como también sucede con otros derechos fundamentales. La relación entre las necesidades de los ciudadanos y de las comunidades y los recursos disponibles continúa siendo una preocupación en términos de democracia sanitaria. En este contexto cabe reflexionar sobre los límites y las posibilidades de la democracia sanitaria.

Así las cosas, podemos reservar el término de “democracia sanitaria” a aquellos sistemas públicos de salud de carácter gratuito y universal. En este sentido, dicha universalidad se proyecta en una doble dimensión. Desde la perspectiva política, entroncaría con el principio democrático que se traduciría en la necesaria participación ciudadana en la toma de decisiones públicas en salud. Desde la dimensión asistencial, la universalidad implica la posibilidad de acceso al sistema sanitario del conjunto de la ciudadanía. Esta segunda perspectiva plantea la problemática de la determinación del título de acceso a las

⁷ Interesante ver el comentario que hace Habermas sobre Dieter Grimm, en relación con la necesidad de que Europa tenga una Constitución. HABERMAS, Jürgen. *Dei Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

prestaciones sanitarias, debiendo diferenciarse dos grandes modelos históricos⁸: el sistema de democracia sanitaria, inspirado en el *National Health Service* inglés⁹ y el sistema bismarckiano o de aseguramiento¹⁰.

En un sistema de democracia sanitaria, el título de acceso viene constituido precisamente por la condición de ciudadano, con independencia de las circunstancias personales del titular del derecho, todo ello como corolario del principio de dignidad humana. Es por ello que la financiación de los sistemas de democracia sanitaria (también llamados sistemas nacionales de salud) se articula a través del sistema impositivo en tanto que, sin perjuicio de su modulación por exenciones y bonificaciones y por el principio de progresividad tributaria, estos son satisfechos por el conjunto de la población. Por el contrario, los sistemas de aseguramiento presentan como título de acceso la condición jurídica de asegurado, ya se trate de un aseguramiento público o privado, financiándose con cotizaciones o primas. Así, a título de ejemplo, podemos citar como modelos que participan de este concepto el sistema alemán de Seguridad Social, el aseguramiento privado obligatorio de la *Patient Protection and Affordable Care Act* de 2010 de Estados Unidos - más conocida como Reforma sanitaria de Obama¹¹-, o el sistema de seguridad social integral colombiano instaurado por la Ley 100 de 1993. En este sentido, es característica idiosincrática de este sistema el supraconcepto de seguro cuya dinámica implica que, a cambio de una prestación económica (prima o cotización) se cubre por el asegurador, sea privado o público, un riesgo -la pérdida de la salud- dentro de los límites de cobertura de la póliza (seguro privado) o de la cartera de servicios (seguro público).

Así las cosas, pueden apreciarse las diferencias de arquitectura institucional entre uno y otro sistema desde la perspectiva de los derechos subjetivos en juego. En efecto, en democracia sanitaria nos encontramos en presencia de un derecho de ciudadanía inherente al

⁸ Para una exposición detallada de las características nucleares del modelo Bismarck y del modelo Beveridge, ver LEMA AÑÓN, Carlos. *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 29-42.

⁹ También conocido como modelo Beveridge dado que el 10 de junio de 1941 el gobierno británico creó una Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines, a cargo de William Beveridge.

¹⁰ El sistema de Seguridad Social surge en Alemania con el denominado *modelo bismarckiano* de seguros sociales, caracterizado por su obligatoriedad. Nace así la Ley sobre el Seguro de Enfermedad (*Krankenversicherungs-gesetz*) de 15 de junio de 1883, cuyas características fundamentales, ampliadas a una modalidad no contributiva, se mantienen en la actual legislación alemana.

¹¹ La Sentencia de la *US Supreme Court* de 28 de junio de 2012 (“*National Federation of Independent Business et. al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et. al.*”) declaró la constitucionalidad de la norma, incluida la obligatoriedad de seguro de gastos médicos so pena de sanción.

status civitatis del sujeto¹², mientras que los modelos de seguro pivotan sobre un derecho económico basado en una lógica contraprestacional, realidad esta última que provoca consecuencias en el ámbito de la cobertura subjetiva que no será necesariamente universal¹³.

Sentadas estas premisas, resulta importante determinar el grado de reversibilidad de los modelos como recientemente ha ocurrido en España¹⁴. ¿Por qué es esta regresión es posible? ¿Qué explicación tiene que, de alguna forma, en la vieja Europa resulte posible transformar los sistemas de democracia sanitaria y tornarlos en sistemas de aseguramiento haciendo reversibles determinadas conquistas sociales? Probablemente, la respuesta a este interrogante se encuentre en la deficitaria configuración constitucional del derecho a la protección de la salud en el constitucionalismo europeo. En efecto, las constituciones europeas que emergen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial garantizan y privilegian los derechos civiles y políticos pero no los derechos de naturaleza social, de modo que la protección de la salud se recoge en los textos constitucionales como un mero derecho de configuración legal. En otras palabras, no se trata como derecho constitucional *stricto sensu*, sino que sus contornos los predetermina el legislador ordinario, razón por lo que resultaría más adecuado denominarlo principio. En este sentido, no debemos olvidar que la diferencia fundamental entre un *derecho subjetivo* y un *principio*, radica en que aquél, por

¹² Para Cantero Martínez y Garrido Cuenca la noción de ciudadanía sanitaria surge ligada a un determinado modelo de Estado, el Estado social o de bienestar, que asume como uno de sus fines principales la denominada procura existencial y evocaría a la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la protección de la salud como un derecho propio de toda persona por razón de su cualidad de ser humano y no en su condición de persona socialmente activa y productiva. (CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; GARRIDO CUENCA, Nuria. Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 18, 2014, p. 91). En idéntico sentido, también BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales. In: PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco; BARRANCO VELA, Rafael. (Dir.). *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2013, p. 98 y 99; y ANTEQUERA VINAGRE, José María. El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla. *Derecho y Salud*, v. 15, extraordinario, 2007, p. 79-87.

¹³ Es cierto que ambos modelos podrían llegar a alcanzar niveles de cobertura similares cuando el modelo de aseguramiento incorpore prestaciones no contributivas, desnaturalizando así su filosofía de origen. No obstante, no debe olvidarse que en los sistemas de aseguramiento la universalidad constituye un punto de llegada que eventualmente se puede alcanzar y probablemente no de forma completa. Por el contrario en las democracias sanitarias ancladas en el modelo de sistema nacional de salud, la universalidad es un punto de partida del modelo y con ello una exigencia del mismo (LEMA AÑÓN, Carlos. La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? *Revista Bioética y Derecho*, n.º 31, 2014, p. 15).

¹⁴ La reforma española operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, condiciona la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública a la condición de asegurado o beneficiario, lo parece implicar un cambio hacia un modelo de Seguridad Social.

definición, resulta jurisdiccionalmente exigible, mientras que éste simplemente tiene un mero valor programático e informador del ordenamiento jurídico¹⁵.

No concurre esta circunstancia en el constitucionalismo latinoamericano de los años ochenta y noventa, que responde a un modelo diferente caracterizado por el reforzamiento del derecho a la protección de la salud que se consagra expresamente como derecho subjetivo constitucional judicialmente invocable como derecho humano. El paradigma de tal reconocimiento viene determinado por la calificación que le otorga de la Constitución brasileña de 1988, que consagra la salud como derecho constitucional garantizado¹⁶, frente a la pobre configuración constitucional española que remite al legislador ordinario el contenido prestacional de la asistencia sanitaria¹⁷. En cuanto al texto constitucional brasileño, podemos observar que la salud es, en general, consagrada como derecho universal y valor constitucionalizado¹⁸.

En aparente situación análoga se encontraría la Constitución colombiana de 1991 que, a los ojos del observador extranjero, pareciera a primera vista que se consagra un sistema de democracia sanitaria homologable al resto del constitucionalismo latinoamericano de los años noventa, en la medida en que se consagra explícitamente un derecho a la protección de la salud en su artículo 49, incorporando las notas de universalidad¹⁹ y participación

¹⁵ Para esta parte, ver CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. Sostenibilidad y modelos de financiación sanitaria: alcance y límites de la metamorfosis del sistema nacional de salud. In: VV.AA. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016a, p. 641-657, en especial, p. 643-644.

¹⁶ El artículo 196 de la Constitución brasileña establece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁷ El artículo 43 de la Constitución española, incluido en el capítulo dedicado a los “principios rectores de la política social y económica” reconoce el derecho a la protección de la salud señalando que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, para acabar remitiéndose al legislador ordinario, previendo que “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Esta deficitaria configuración se completa con la previsión del artículo 53 que dispone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero [entre los que se encuentra el derecho a protección de la salud] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¹⁸ No obstante, si bien se consagra el derecho al acceso a la salud, no resulta posible especificar cómo debe realizarse.

¹⁹ El párrafo primero del artículo 49 señala que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, citándose en el párrafo segundo de forma expresa los “principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

comunitaria²⁰. No obstante, la habilitación que el artículo 49 del texto constitucional hace a la Ley para la determinación del contenido asistencial impide poder definir el sistema colombiano como democracia sanitaria²¹.

Ante este panorama de insuficiencia constitucional del derecho a la protección de la salud, como ocurre en los ejemplos español y colombiano, resulta preciso examinar las aportaciones que, desde una perspectiva neoconstitucional²², pueden realizarse para reforzar y garantizar la protección de la salud como derecho humano fundamental. Además de otras técnicas como la garantía institucional del derecho que no es posible tratar aquí, podemos apelar básicamente a dos formulaciones de conexidad constitucional²³.

En primer lugar, cabe referirse a la aplicación de la *conexidad constitucional* desde un enfoque de derechos humanos (*human rights approach*), como ya está haciendo en buena medida el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha visto especialmente necesitado de aplicar este enfoque extensivo ante la omisión de determinados derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950 (CEDH)²⁴. De esta forma, ante cualquier conflicto abstracto en materia de salud, se identifican los derechos fundamentales que se encuentran en juego y, previa labor de ponderación, se otorga prevalencia a aquél que de alguna forma merece mayor tutela. Para la determinación de los derechos en conflicto cabe emplear la conexidad, de modo que vinculemos el derecho a la protección de la salud con un derecho fundamental de protección constitucional cualificada como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física o moral. Más concretamente, cabe trazar determinadas conexiones del derecho a la salud, entendido *lato sensu*, a través de diferentes manifestaciones del mismo²⁵.

64

²⁰ El párrafo tercero del artículo 49 contempla que “los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad”.

²¹ El párrafo cuarto del artículo 49 determina que “la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.

²² Prieto Sanchís se refiere al constitucionalismo dogmático, como una de las acepciones del término “neoconstitucionalismo” que, a nuestros efectos, representaría una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, empleando para ello el juicio de ponderación en el control abstracto de las leyes (PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001, p. 202).

²³ Véase CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *op. cit.*, 2016a, p. 647-649.

²⁴ Así, ha optado por vincular determinados derechos no explícitamente reconocidos como el derecho a decidir en el ámbito sanitario con el derecho a la vida privada y a la no interferencia del artículo 8.

²⁵ Esta técnica ha sido empleada por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011, en relación con el consentimiento informado conectándolo con el derecho a la integridad física y moral. Desde el punto de vista doctrinal, Cantero Martínez ha defendido que la naturaleza de la protección de la salud como un principio rector de la política social no debe suponer que quede por completo al arbitrio de lo que pueda

Esas conexiones deben ser consideradas bajo el prisma del paradigma de la dignidad humana. Para ser exitosas las conexiones, debemos considerar las proposiciones de Rodotà acerca de la dignidad, que están vinculadas a la idea de que la dignidad pertenece a todas las personas, por lo que deben entenderse ilegítimas todas las distinciones que acaban por considerar algunas vidas como no dignas, o menos dignas de ser vividas²⁶. La vida, la dignidad y la salud coexisten y ocupan el mismo espacio, teniendo en cuenta que, para alcanzar el estado de bienestar -modelado bajo el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud-, no son susceptibles de disociación. Una vida sin dignidad no es más que mera existencia, y dignidad sin salud no deja de constituir una paradoja en relación al propio concepto de vida.

Una segunda opción de conexidad consistiría en la asunción del carácter fundamental del derecho a la protección de la salud por la vía de la integración en el ordenamiento interno de los tratados internacionales que lo reconocen como tal²⁷, de modo que por vía remisiva se configurase como derecho garantizado²⁸. En este sentido, se ha defendido que la obligación de progresividad para la plena efectividad del derecho a la protección de la salud que exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, impide las medidas regresivas que se adopten en relación con este

disponer el legislador dada su estrecha relación con los derechos fundamentales y con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico? *Derecho y Salud*, v. 23, n° 2, 2013, p. 116).

²⁶ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Stampa, 2006.

²⁷ Así, sin ánimo exhaustivo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma) de 4 de noviembre de 1950, el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, cuyo artículo 3 reconoce el derecho de toda persona a su integridad física y psíquica, y en el marco de la medicina y la biología, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley. En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) reconoce entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal, resultando reconocido expresamente el derecho a la salud en el Protocolo de San Salvador de 1988 (artículo 10).

²⁸ Así, el artículo 93 de la Constitución colombiana abre la puerta a esta vía indirecta pues claramente consigna una prevalencia de los tratados internacionales sobre el Derecho interno y, en segundo término, consagra un principio de interpretación de los derechos que contempla la propia Constitución de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En similar sentido, el artículo 10.2 de la Constitución española exige que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

derecho. En este sentido, para Courtis una política pública sanitaria realizada por un Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro²⁹.

De qualquer forma, e para além do evidente problema da definição propriamente dita (do conteúdo) da identidade constitucional nacional de cada Estado-Membro, coloca-se o problema de saber quem procede a tal definição (quem tem a competência). À questão de saber quem decide acerca da identidade constitucional nacional dos Estados-Membros seria facilmente de responder, numa abordagem puramente supranacional (e hierarquizada) da construção jurídico-política da União Europeia, o Tribunal de Justiça com exclusão dos tribunais constitucionais nacionais.³⁰ Nesta perspetiva caberia em exclusivo ao Tribunal de Justiça determinar se um certo ato jurídico da União conflitua com a identidade constitucional nacional de certo Estado-Membro ou se certo Estado-Membro poderia legitimamente eximir-se do cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da União Europeia com fundamento na sua identidade constitucional nacional. Esta solução implicaria que o próprio Tribunal de Justiça interpretasse o direito constitucional do Estado-Membro em causa – e não nos parece ser esta a solução resultante dos Tratados,³¹ pois o Tribunal de Justiça só pode ter a última palavra sobre o seu âmbito específico de atuação, aquele do direito da União Europeia.

Assim, no que toca ao conteúdo, a identidade constitucional nacional dos Estados-Membros será determinada em função de elementos inscritos no respetivo direito constitucional e código genético, na autocompreensão que cada Estado-Membro concebe das especificidades que se reconduzem ao núcleo essencial do seu “eu”.³² A competência para interpretar o direito constitucional nacional recai, pois, sobre as autoridades nacionais, especialmente os tribunais constitucionais, uma vez que «estão melhor colocados para definir a identidade constitucional dos Estados-Membros que a União Europeia tem por missão

²⁹ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 3-4.

³⁰ Assim, BESSELINK, Leonard. *op. cit.*, p. 44.

³¹ Nos termos do art. 19.º, n.º 1, TUE, o Tribunal de Justiça tem por missão garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Mesmo quando chamado a pronunciar-se a pedido de um órgão jurisdicional nacional, apenas tem competência para interpretar os Tratados e apreciar a validade e interpretar atos jurídicos da União, nos termos do art. 267.º TFUE. (UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017)

³² Neste sentido, cfr. BOGDANDY, Armin von; SHILL, Stephan. *op. cit.*, p. 1428 e 1429; BESSELINK, Leonard. *op. cit.*, p. 45.

respeitar».³³ Contudo, ao Tribunal de Justiça compete determinar as consequências que daí decorrem, à luz do direito da União, para efeitos do art. 4.º, n.º 2, TUE, pois como ensina Francisco Balaguer, «a identidade constitucional é um conceito-fronteira e as fronteiras não podem ser definidas apenas por uma das partes». Assim, «os tribunais constitucionais podem caracterizar a identidade constitucional para efeitos internos, mas não podem ter a pretensão de decidir o alcance que essa definição terá a nível europeu, em relação com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, TUE».³⁴

3 ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El reto del Derecho Sanitario en el siglo XXI radica en determinar el núcleo duro indisponible del derecho fundamental a la protección de la salud, que opere como *barrera de mínimos*³⁵ a la eventual restricción operada por vía legislativa³⁶ (CAYÓN DE LAS CUEVAS, 2016a, p. 290).

El núcleo duro indispensable del derecho a la salud puede ser vislumbrado a partir del alcance básico de ese derecho humano a la salud, que precisa ser concretizado, sin que resulte suficiente su mera proclamación formal como derecho. En efecto, resulta necesario crear las condiciones materiales para que este derecho se haga efectivo a través de estándares mínimos, circunstancia que exigirá políticas públicas que respeten las diferencias locales-regionales pero que, al mismo tiempo, presenten una estructura global, dado que los problemas de salud no son territorialmente limitados³⁷.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiras Maduro. *Marrosu*, de 20 de setembro de 2005. Processo C-53/04, EU:C:2005:569, considerando 40.

³⁴ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *op. cit.*, p. 21.

³⁵ El Tribunal Constitucional alemán (Sentencia de 9 de febrero de 2010) ha construido un derecho al mínimo existencial (“*Existenzminimum*”) conforme al cual los ciudadanos tienen derecho a los presupuestos materiales indispensables para su existencia física (alimentación, vestuario, artículos domésticos, habitación, calefacción, saneamiento y salud) y a un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Dicho mínimo debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y de las condiciones de vida existentes, sujetos a la actualización continua, único margen de maniobra de la ley (*Vid.* PERLINGEIRO, Ricardo. “Nuevas perspectivas de la judicialización de la salud en Brasil a la luz del derecho a un mínimo existencial”. *Derecho y Salud*, v. 24, n.º 1, 2014, p. 12).

³⁶ Sobre la cuestión, por todos, LOPERENA ROTA, Demetrio. La irreversibilidad de los derechos sociales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2012, p. 9-14; y PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2013.

³⁷ MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. *Comparazione e Diritto Civile*, v. 1, 2010, p. 16; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Global Health Law*. 2. ed. *South Eastern European Journal of Public Health*, special volume, 2016, p. 290.

Cabe finalmente puntualizar algunas cuestiones relacionadas con la discusión entre salud y democracia y con la continua e indispensable necesidad de superar fronteras, especialmente aquéllas que son invisibles. En este sentido, defendemos la necesidad de construcción de una sociedad consciente de su alta complejidad, en la que la democracia sea posible desde un punto de vista no sólo formal sino también material, haciendo real, por lo tanto, la efectividad de los postulados solidarios y/o fraternos.

Sin embargo, ¿qué es y cómo se puede reflexionar sobre el binomio democracia y salud? La democracia no es el dominio del pueblo sobre el pueblo. No es autorreferencia consubstanciada en el concepto de dominio. Tampoco es la superación del dominio, ni la anulación del poder por otro poder. En un lenguaje teórico vinculado al dominio, la democracia constituye la única posibilidad de expresar la autorreferencia. Ese podría ser también el motivo por el cual la palabra “democracia” ha sobrevivido.

De otra parte, debemos ser conscientes de la necesidad de construir un concepto de ciudadanía sanitaria no sólo jurídico sino también sociológico y cultural. No podemos olvidar que la ciudadanía requiere, según Marshall, “un sentido directo de inclusión en una comunidad, basado en la lealtad a una civilización que es propiedad común”³⁸. Los aspectos sociológicos y culturales de la ciudadanía sanitaria pueden ser vislumbrados a partir de los determinantes sociales de salud, pues para la comprensión de la ciudadanía sanitaria debemos considerar los determinantes sociales, educativos, laborales, ambientales y económicos. La presencia de iniquidades sociales en estos diferentes determinantes constituye un obstáculo en la construcción y concreción del paradigma de la ciudadanía sanitaria y, por tanto, de la democracia sanitaria.

Si partimos de la circunstancia de que el derecho a la protección de la salud es premisa fundamental para garantizar cualquier otro derecho, su organización y tutela no sólo resulta un fin técnico, sino que abraza una concreta idea de sociedad y de relación del ciudadano con el propio Estado. Es en este ámbito donde también consideramos relevante hablar en democracia sanitaria y entendemos que el Derecho se da a través de procesos de legitimación, a través de un procedimiento democrático que pueda asegurar la libertad. El Derecho, de este modo, debe garantizar la legalidad de los procedimientos y la legitimidad de las reglas en sí, y constituirse como un medio de organización del dominio político.

³⁸ GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista Famecos*, v. 9, n. 19, 2002, p. 41.

La democracia sanitaria debe ser asimismo un espacio de auto-responsabilidad en el que todos los sujetos involucrados constantemente pacten la resolución de sus diferencias y sus necesidades a través de un nuevo contrato social. Para instrumentar dicha auto-responsabilidad procede adoptar lo que filosóficamente podríamos concebir como una perspectiva de fraternidad³⁹. La igualdad fraterna es al mismo tiempo un supuesto de la articular jurídica y sociológicamente una concepción de la salud democrática, inclusiva y universal.

REFERENCIAS

ANTEQUERA VINAGRE, José María. El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla. *Derecho y Salud*, v. 15, extraordinario, 2007.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales. In: PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco; BARRANCO VELA, Rafael. (Dir.). *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2013.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. Sostenibilidad y modelos de financiación sanitaria: alcance y límites de la metamorfosis del sistema nacional de salud. In: VV.AA. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016a.

_____. Global Health Law. 2. ed. *South Eastern European Journal of Public Health*, special volume, 2016.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; GARRIDO CUENCA, Nuria. Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 18, 2014.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico? *Derecho y Salud*, v. 23, n.º 2, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guillermo. *Los derechos fundamentales y la (in) certeza del derecho: la productividad de las tensiones iniciales y la superación del sistema de reglas*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

³⁹ MARTINI, Sandra Regina. El derecho a la salud en Brasil: su efectividad a través del postulado de la fraternidad. In: TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011, p. 797-827.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 39, 2001.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

COURTIS, Christian (Coord.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo Constituição e Teoria dos Sistemas*. Traducción de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista Famecos*, v. 9, n. 19, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Dei Einbeziehung des Andderen - Stuien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

LEMA AÑÓN, Carlos. *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud*: Historia del derecho a la salud en el siglo XX. Madrid: Dykinson, 2012.

_____. La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? *Revista Bioética y Derecho*, nº 31, 2014.

LOPERENA ROTA, Demetrio. La irreversibilidad de los derechos sociales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México D. F.: Antrhopos, 1996.

MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. *Comparazione e Diritto Civile*, v. 1, 2010.

_____. El derecho a la salud en Brasil: su efectividad a través del postulado de la fraternidad. In: TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011.

PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco; BARRANCO VELA, Rafael. (Dirs.). *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo. “Nuevas perspectivas de la judicialización de la salud en Brasil a la luz del derecho a un mínimo existencial”. *Derecho y Salud*, v. 24, nº 1, 2014.



PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Stampa, 2006.

SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro. Marrosu, de 20 de setembro de 2005. Processo C-53/04, EU:C:2005:569.

_____. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

71

Submissão: 21/08/2017
Aceito para Publicação: 28/08/2017



PROVÍNCIAS OU ESTADOS? AS ORIGENS DO FEDERALISMO PLATINO*

PROVINCES OR STATES? THE ORIGINS OF THE FEDERALISM IN THE RÍO DE LA PLATA REGION

José Carlos Chiaramonte**

RESUMO: Considerar os povos platinos como soberanias independentes implica adotar uma perspectiva radicalmente distinta da historiografia atual sobre o tema; supõe considerar as habitualmente chamadas “províncias” como Estados que, desde a sua emergência até 1820, paulatinamente lograram assumir a sua condição soberana. Obriga ainda a perguntar-se por que conservavam a denominação de *provincias*, denominação essa equívoca que seria uma das principais fontes de confusão no estudo das formas iniciais de Estado no Rio da Prata. Desde estas breves considerações, tem-se o propósito de justificar duas orientações – analisar o uso do termo “província”, integrante de um conjunto de vocábulos cruciais do vocabulário político da época, cuja utilização anacrônica é fonte de substanciais confusões; e justificar a qualidade de Estado que atribuímos às províncias platinas do período.

ABSTRACT: To consider the peoples from Río de la Plata region as independent sovereignties implies adopting a radically different perspective from the current historiography on the subject and supposes to regard the so-called “provinces” as States that, from their emergence until 1820, gradually succeeded in assuming their sovereign status. It also demands asking why it was retained the designation of provinces, a mistaken denomination that would be one of the main sources of confusion in the study of the initial forms of State in the Río de la Plata region. From these brief considerations, the purpose of this study is to justify two orientations - to analyze the use of the term “province”, which is part of a set of crucial vocabularies of the political vocabulary of the time, whose anachronistic use is the source of substantial confusion and to justify the quality of State that we attribute to the Río de la Plata provinces in this period.

PALAVRAS-CHAVE: Província. Estado. Federalismo Platino. Províncias Unidas do Rio da Prata.

KEYWORDS: Province. State. Federalism in Río de la Plata Region. “United Provinces of Río de la Plata”.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Primeiras Expressões do Autonomismo Comunal. 2 As Novas “Províncias” Platinas. 3 O Estado Provincial e seu Exercício da Soberania. 4 As Constituições Provinciais Platinas. 5 Independência Provincial e Governo Confederativo. 6 As Referências a um Possível Estado Platino nas Constituições Provinciais. 7 As Iniciais Constitucionais Platinas e seu Reflexo nas Constituições Provinciais. 8 O Fracasso Constitucional de 1826 e o Avanço da Soberania e Independência Provinciais. 9 Federação ou Confederação? O Mito das Origens e a Noção de Federalismo. 10 Federação, Confederação, “Governo Nacional”. 11 O Caso Rio-Platense: Confederação de

* Parte do que segue provém de texto exposto nos Cursos de Verão da Universidad Complutense de Madrid, em San Lorenzo de El Escorial, em julho de 1993, e logo incluído em: GUERRA, François-Xavier (Org.). Las revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español. Madrid: Editorial Complutense, 1995. O texto original em língua espanhola foi publicado como capítulo de livro em: CHIARAMONTE, José Carlos. ¿Provincias o Estados? Los orígenes del federalismo rioplatense. In: CHIARAMONTE, José Carlos. *Raíces históricas del federalismo latinoamericano*. Buenos Aires: Sudamericana, 2016, p. 105-162. Versão do presente texto para a língua portuguesa, traduzido por Henrique Montagner Fernandes, doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Revisão de tradução por Alfredo de J. Flores, Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

** Professor Honorário da Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Investigador Emérito do Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, com sede no Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, UBA/CONICET. Doutor *Honoris Causa* pela Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, pela Universidad Nacional de Salta e pela Universidad de Concepción del Uruguay. Diretor da coleção de História Argentina e Americana da Editoria Sudamericana. Professor visitante na Universidade Hebréia de Jerusalém, Israel, e no Departamento de Estudios Españoles y Latinoamericanos (1988). Docente de pós-graduação no Seminário de Doutorado da Faculdade de Filosofia e Letras da Universidad de Buenos Aires (1990, 1991, 1992) e no Seminário de Doutorado do Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, Espanha, 1993. Diretor de Estudos Convidado na École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, França, 1994. Conferencista em reconhecidas universidades argentinas e internacionais, inclusive no Brasil. Diretor do Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani” da Faculdade de Filosofia e Letras da Universidad de Buenos Aires (1986-2012).

“Províncias”? 12 Testemunhos Significativos. Referências.

INTRODUÇÃO

Considerar os povos platinos como soberanias independentes, tal como faremos na sequência, implica adotar uma perspectiva radicalmente distinta da existente na historiografia sobre o tema. Ou seja, supõe considerar as habitualmente denominadas “províncias” como Estados que, desde a sua emergência até 1820, paulatinamente lograram assumir a sua condição soberana.

Da mesma forma, o fato de considerar que as províncias não eram tais – isto é, que não eram partes de um Estado superior a elas, como poderia haver sido o até então fracassado projeto de Estado nacional platino –, mas Estados independentes, obriga a perguntar-se por que conservavam a denominação de *províncias*. Com efeito, a denominação equívoca de província é uma das principais fontes de confusão no estudo das formas iniciais de Estado no Rio da Prata. E a resposta à pergunta recém formulada consiste em considerar que as províncias rio-platenses¹ conservavam a denominação *província* por efeito conjugado da tradição administrativa espanhola vigente ainda no primeiro período independente – tradição na qual o termo *províncias* havia sido utilizado imprecisamente para se referir aos domínios de ultramar –², e da fugaz qualidade de províncias propriamente ditas que lhes outorgaram os breves lapsos de existência de governos centrais rio-platenses, tais como o Diretório [*Directorio*] ou a presidência de Rivadavia; e sem que essa denominação lhes impedisse de considerarem-se a si mesmas como Estados independentes e soberanos.

Estas breves considerações iniciais têm o propósito de justificar as duas principais orientações que seguem. Uma, a de realizar uma análise do uso do termo “província”, integrante de um conjunto de vocábulos cruciais do vocabulário político da época, cuja utilização anacrônica é fonte de substanciais confusões. Outra, a de justificar a qualidade de Estado [*estadidad*] que atribuímos às províncias platinas do período.

¹ Nota de tradução: O uso do termo “rio-platense”, mais fiel à linguagem utilizada pelo autor no original em espanhol, faz-se presente algumas vezes nessa tradução, como sinônimo de “platino”, termo esse de ampla utilização em língua portuguesa para designar o território e a cultura que se vinculam ao antigo Vice-reinado do Rio da Prata

² Vide ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*. México D. F.: Instituto Panamericano de Historia y Geografía, 1951, p. 256 et seq.

O uso recém comentado de *provincia* – em sentido mais político – possui uma sinonímia no plural *povos* [*pueblos*], que aparece com maior frequência que aquele para referir o sujeito da soberania:

[...] Este Intendente Sanz trata de fazer a liga contra os direitos dos Povos, e contra o plano de Buenos Aires. Convocou aos demais Intendentes das Províncias. [...] Diz-se assim que Sanz, bem como seu Cabildo, escreveu a Lima expressando que aquele Povo estava contente em separar-se de sua Capital Buenos Aires³.

É de se notar a conotação política de tal termo, posto que o “povo” ou os “povos” são os sujeitos políticos soberanos, qualidade que alcança o uso de *provincia* quando cumpre funções de sinônimo. Todavia, o termo *povo* (*pueblo*) possui um sinônimo mais cabal e não ocasional – como o de *provincia* – no termo *cidade* (*ciudad*), correspondente ao que foi, na realidade, o núcleo inicial da formação dos novos Estados platinos⁴.

Na verdade, um dos casos mais notáveis das variações no uso de certos termos-chave nesta época de renovação política convulsiva é este do vocábulo *povo*. Dois de seus significados se sobressaem por sua referência a dois conceitos historicamente distintos e adversos de soberania. Um deles, cuja aparição se dá muito frequentemente no uso do vocábulo no plural [*pueblos*], refere, em termos políticos próprios do antigo regime espanhol, às cidades às quais se supõe que se tenha revertido a soberania anteriormente imputada ao monarca espanhol. Já na forma singular [*pueblo*], por outro lado, às vezes costuma-se utilizar para referir ao povo soberano, no sentido da doutrina moderna da soberania popular; sua aparição mais frequente na imprensa de Buenos Aires corresponde ao breve período de predomínio do grupo morenista liderado, depois da morte de Moreno, por Bernardo de Monteagudo, apesar de não desaparecer por completo nos anos posteriores. Um artigo da

75

³ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. *op. cit.*, p. 256. No mesmo local: "(...) Fulminou-se por excomunhão política para que os habitantes desses povos não sejam infestados ou contagiados pelos de Buenos Aires (...)". Da mesma forma: "(...) porém, creio firmemente que serão vãos seus esforços, e que terá à satisfação de muito em breve anunciar a V. E. a liberdade de povos que não merecem ter por cabeça uns tiranos que só consultam sobre a própria fortuna (...)” (p. 242).

⁴ Ocupamo-nos do tema pela primeira vez em: CHIARAMONTE, José Carlos. *Ciudad, provincia, nación: las formas de identidad colectiva en el Río de la Plata colonial. Actas del III Congreso Argentino de Hispanistas “España en América y América en España”*. Tomo 1. Buenos Aires: Instituto de Filología Hispánica “Amado Alonso”, Facultad de Filosofía y Letras - U.B.A., 1993. Também cabe recordar que, na tradição jurídica castelhana, o vocábulo *povo* (*pueblo*) compreendia cidades, vilas e lugares. Ver, por exemplo, a NOVÍSSIMA Recopilación de las Leyes de España (Libro VII, Título III, Ley I e Ley VII; Título IV, Ley I e Ley II). *Los códigos españoles concordados y anotados*. 2. ed. Tomo VIII. Madrid: A. de San Martín, 1872, p. 353-355. Ver também: PETIT MUÑOZ, Eugenio. *Artigas y su ideário a través de seis series documentales*. Primera Parte. Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay, Facultad de Humanidades y Ciencias, 1956.

Gazeta relativo à eleição de novos membros do *Cabildo* de Buenos Aires pela Junta nos dá testemunho da reunião dessas duas acepções distintas em um mesmo parágrafo:

Exigindo a ordem pública a remoção dos indivíduos que formavam esse Exmo. *Ayuntamiento* pelos repetidos ultrajes que impuseram aos direitos deste *povo*, e residindo nesta Junta uma representação imediata do *povo*, o qual a constitui em órgão legítimo da sua vontade, separou os já expressos Capitulares, com declaração expressa, de que jamais possam exercer cargo de conselho nesta cidade, nem em nenhuma outra de seu distrito; e, em seu lugar, elegeu em nome do *povo* (...)⁵. (grifo nosso)

O texto é notável, pois o termo aparece três vezes. Na primeira vez, com um adjetivo determinativo que lhe confere uma significação concreta como objeto coletivo da ação do *Ayuntamiento*, é usado no sentido da habitual referência aos *povos-cidades* [*pueblos-ciudades*]. Na segunda e na terceira, aparece mais abstratamente, como sujeito da representação e da soberania.

1 PRIMEIRAS EXPRESSÕES DO AUTONOMISMO COMUNAL

Certa vez, um historiador constitucionalista argentino utilizou o conceito de “federalismo comunal” para designar as resistências surgidas em algumas cidades do Interior em face do predomínio de outras cidades que haviam sido sedes [*cabeceras*] administrativas das intendências⁶. Contudo, não se depreende necessariamente uma vinculação com tendências federais dessas reivindicações precoces de autonomia comunal. Em primeiro lugar, porque, substancialmente, não eram outra coisa senão isso, demandas de autonomia quanto a outras cidades das quais eram dependentes. Em segundo lugar, porque não impugnavam o tipo de relação de dependência com o poder central do momento – a Junta de Buenos Aires. Vejamos mais detidamente.

Os súditos americanos da Coroa de Castela, estando acéfala a monarquia pela prisão do rei, decidem reassumir a soberania. Isto é, legitimam sua apropriação do poder formulando-a como exercício dessa soberania que haviam delegado, segundo a figura do *pactum subjectionis*, ao monarca. Estando assim caducas as autoridades espanholas na

⁵ GAZETA. 25 de outubro de 1810, p. 527.

⁶ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Derecho constitucional argentino: Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 1930, p. 39.

América, a soberania deverá ser exercida mediante a criação de um novo poder, cuja qualidade política e extensão territorial serão motivo de disputa imediata.

Porém, previamente à consideração de tais questões, cabe perguntar-se que entidade real tinha o novo soberano. A resposta é dada pelas mesmas decisões inaugurais do processo da Independência: quem havia reassumido a soberania e quem a exerce em busca da instituição de um novo poder são os *povos*, isto é, as cidades, cujos órgãos de gestão – os *Cabildos* – de pronto passam a converter-se em órgãos representativos do novo soberano, transformação preparada pela figura do *cabildo abierto* surgida nos últimos anos do regime colonial. A necessidade de conciliar as soberanias de todos os povos de um Vice-reinado conduz de imediato à constituição de Juntas, no estilo espanhol daqueles anos.

Assim, no âmbito da cidade, estrutura-se a primeira forma legítima do novo poder, conquanto paralelamente os governos centrais, isto é, aqueles que pretendem substituir as autoridades vice-reinais, desde a Primeira Junta em diante, verão problematizada, desde os seus primeiros momentos de existência, a sua legitimidade – ao ter nascido de uma decisão unilateral de uma só das cidades soberanas – que buscarão sem muito êxito fundá-la em bom direito. Enquanto isso, exercerão de fato esse poder cujos fundamentos não poderão ser legitimados enquanto os povos soberanos não o convalidarem por sua incorporação como soberanias independentes, e mediante deputados que possuíssem o antigo caráter de *apoderados*.

De tal maneira, o primeiro âmbito do novo poder soberano e sua primeira forma estatal legítima é a cidade. Com ela, postula-se uma nova forma de poder, um novo Estado possível, com dimensões territoriais imprecisas, porém tendentes a abarcar o espaço do velho Vice-reinado ou, ao menos, a maior parte dele. Estado esse cuja legitimação e consolidação serão buscadas de forma infrutífera ao longo da primeira metade do século. Enquanto isso, aos poucos, os *povos* soberanos passarão a instituir-se como *províncias*: em parte por necessidade de afirmação de sua presença política no cenário platino; em parte pela emergência política de cidades subordinadas e de zonas rurais que até então integravam a jurisdição de uma cidade, mas tendiam a uma representação mais específica; em parte pela necessidade de legitimar seu exercício de tributação [*fiscalidad*].⁷

⁷ Um parágrafo da primeira lei promulgada pelo novo Estado correntino oferece um exemplo do critério político tradicional predominante na época: “A Província é composta de todos os povos compreendidos no território de sua imemorial e ininterrupta possessão (...)” (REGISTRO Oficial de la Provincia de Corrientes. Ley nº 1, 26/XI/1821.

O Regulamento de 10 de fevereiro de 1811 para a formação de Juntas provinciais e Juntas subordinadas tentava reorganizar a estrutura provincial herdada do regime de intendências para adaptá-la às novas formas de exercício do poder, porém mantendo as províncias até então existentes. Com tal propósito, criava as mencionadas Juntas e estabelecia que as principais seriam compostas de cinco membros: o *Gobernador Intendente*, eleito pela Junta de Buenos Aires, e quatro vogais, eleitos em eleições populares de segundo grau. As Juntas subordinadas se compunham de três membros: o comandante de armas, que a presidia, e dois sócios eleitos pelo povo⁸.

O Regulamento provocou uma luta entre os *Cabildos*, que queriam ter as Juntas sob seu controle, e estas, que, com outra composição, dada a qualidade diversa do corpo eleitoral do qual surgiam, resistiam a esse controle⁹. Porém, da mesma forma, deu vez a um conflito de maior transcendência ao colidir com as pretensões autonômicas das cidades subordinadas. Antes mesmo de conhecer o Regulamento, a 11 de fevereiro de 1811, o *Cabildo* da cidade de Jujuy solicitava a autonomia de sua cidade em relação à de Salta, da qual dependia, segundo o regime de intendências ainda vigente, e propunha um conjunto de normas para regular a sua relação com a Junta de Buenos Aires e as outras cidades do território rio-platense. Em dezoito artigos que poderiam ser interpretados como uma antecipação rústica da série constitucional provincial posterior a 1819, defendeu “a Independência que Jujuy solicita quanto à Intendência de Salta”¹⁰. O *Cabildo* de Jujuy criticava duramente o fato de que, desde a “fundação destas Américas”, não houvesse uma só Província com um corpo de legislação particular. De maneira que, declarava, utilizando da liberdade que o novo governo estabeleceu para que cada povo manifestasse seu entendimento, havia decidido propor: “1º Que no novo Sistema de Governo, esta Cidade, com o território de sua Jurisdição, restituindo-se a recém-

Tomo I, [s.d], p. 15). Observamos nesse texto, de um lado, que a referência às unidades políticas que compõem a província não é o povo – enquanto conjunto de cidadãos –, mas aos povos. Igualmente, que está ausente qualquer referência à campanha, cujas pretensões políticas conduziram à reforma constitucional de 1824. Ver, a esse respeito, nosso trabalho: CHIARAMONTE, J. C. Legalidad constitucional o caudillismo: el problema del orden social en el surgimiento de los estados autónomos del Litoral argentino en la primera mitad del siglo XIX. *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, v. 26, n. 102, jul.-set. 1986.

⁸ O regulamento está incluído na “Orden del Día” publicada na GAZETA de Buenos-Ayres. 14 de fevereiro de 1811, p. 549-553.

⁹ LEVENE, Ricardo. *Las Provincias Unidas del Sud en 1811 (Consecuencias inmediatas de la Revolución de Mayo)*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1940, p. 17.

¹⁰ “[El Cabildo de Jujuy a la Junta de Buenos Aires exponiendo las reformas a adoptarse en el nuevo sistema, 19 de Febrero de 1811]”, disponível em: LEVENE. *op. cit.*, 1940, p. 149.

criada Subdelegação da Fazenda de *Rinconada*, devesse ser reputada uma pequena república que governa a si mesma”.

E reivindicava a independência de Jujuy em relação à *ciudad cabecera*: “4º Por conseguinte, deve abolir-se a dependência dos Intendentes de Salta, e, em seu lugar, criar-se um Pretor que nesta Cidade tenha as mesmas faculdades, ou, melhor dizendo, desempenhe todas as funções atribuídas aos Intendentes”.

Ao comentar esses artigos, o *Cabildo* expressa que, se todas as cidades solicitassem o mesmo, longe de ver-se afetado, sentir-se-ia muito feliz¹¹.

A petição do *Cabildo* de Jujuy foi reiterada por seu deputado na Junta de Buenos Aires, José Ignacio Gorriti, em ao menos duas representações sucessivas, datadas em 4 de maio e 19 de junho de 1811. Elas foram publicadas por Ricardo Levene, que erroneamente as converte em peças iniciais do federalismo platino¹², não obstante lhes caiba a mesma observação recém apontada quanto ao escrito do *Cabildo* de Jujuy. Ademais, longe de propugnar o federalismo, Gorriti o rechaça expressamente e sublinha os laços de subordinação ao poder central dessas cidades cuja autonomia recíproca ele reclama:

Não vejo, repito, um só inconveniente para que cada cidade se entenda diretamente com esta Junta superior, sem que necessitem de uma mão intermediária: e assim seus assuntos circulam com rapidez e experimentam as vantagens do atual sistema. Por que não lograrão igual sorte todas as demais Cidades, se todas têm direitos iguais? Poder-se-á objetar que vamos tangenciar o Sistema federativo; porém, eu respondo que vamos estreitar e fortificar a união de todo o Corpo do estado com o governo supremo constituído pelos mesmos povos. Este se torna o centro da unidade: o ponto único onde todas as relações de cada povo deságuam¹³.

¹¹ LEVENE. *op. cit.*, 1940, p. 150. O terceiro artigo também parece conceber o regime proposto como de cidades em pé de igualdade: “3º Que cada Cidade jure amizade, mútuo socorro e perfeita irmandade com as demais do Reino”.

¹² “[Escritos del Diputado de Jujuy Juan Ignacio de Gorriti, de fechas 4 de mayo y 19 de junio de 1811, exponiendo los graves males que entraña la aplicación del decreto sobre creación de Juntas provinciales y subalternas. Borrador de réplica del deán Funes a sus argumentos]” em: LEVENE. *op. cit.*, 1940, p. 204 et seq. Vejam-se os argumentos insustentáveis de Levene, interpretando esses textos como expressões federativas (p. 7 et seq.). Com esta interpretação, mais a que faz de Mariano Moreno como outro federalista, Levene parece querer competir com a historiografia uruguaia e argentina que bastante razoavelmente considera que a série documental federalista se inicia com os textos de Artigas, de 1813, encontrando antecedentes argentinos anteriores aos artiguistas: “Como se sabe, nas importantes ‘Instruções’ de Artigas, do ano de 1813, entre outras questões foi levantada a da federação. Porém, tal problema político do federalismo havia se exteriorizado em 1810 e desenrolado em sua extensão em 1811, como fica demonstrado documentalmente neste trabalho. É que um dos fins essenciais da Revolução de Maio é o federalismo” (LEVENE. *op. cit.*, 1940, p. 31).

¹³ Juan Ignacio de Gorriti à Junta de Buenos Aires, Buenos Aires, 4 de maio de 1811, em: LEVENE. *op. cit.*, 1940, p. 211. Previamente a esse trabalho, Levene havia tratado o assunto em termos similares em artigo (LEVENE, Ricardo. Los primeros documentos de nuestro federalismo político. *Humanidades*, t. XXIII, La Plata, 1933), que incluía como apêndice alguns dos documentos da edição posterior, entre eles os de Jujuy. Vide também, a crítica de Juan Canter a essa primeira formulação do critério de Levene em: CANTER, Juan. Una interesante carta de Pueyrredón. *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas*, Buenos Aires, t. XVII, n. 58-60, 1934, p. 440, nota. Tampouco Canter

A demanda de Jujuy não foi a única do período. Ela começa uma querela das cidades subordinadas para conquistar sua autonomia em relação às que eram capitais de intendência ou, logo da promulgação do Regulamento, que eram sede das Juntas principais. Assim, Mendoza reclama sua independência de Córdoba em “Representação à Junta de Buenos Aires” na data de 10 de julho de 1811. Outras cidades, como Tucumán e Tarija, aderiram à postura de Jujuy.¹⁴ Esta tendência persistirá para além da vigência do Regulamento de 1811 e levará a que catorze províncias ocupem o lugar das três originais do regime de Intendências – Buenos Aires, Córdoba del Tucumán e Salta del Tucumán, as três cujos territórios permaneceriam no futuro Estado argentino, das oito que integravam o Vice-reinado do Rio da Prata.

2 AS NOVAS “PROVÍNCIAS” PLATINAS

A primeira decisão relativa à criação de províncias posterior à revolução de Maio de 1810 foi a resolução do Triunvirato, de novembro de 1813, a qual separava os povos de Mendoza, San Juan e San Luis do “governo-intendência” de Córdoba, e com eles criava “(...) um Governo Intendência à parte com a antiga denominação de Província de Cuyo (...)”.

Ou seja, um ato que se expressava ainda na linguagem administrativa do antigo governo espanhol. Da mesma forma, sucessivos decretos do *Director* Posadas, de março, setembro e outubro de 1814, criavam a Província Oriental do Rio da Prata, as províncias de Entre Ríos e Corrientes, separando seus territórios da Intendência de Buenos Aires, e as províncias de Salta e de Tucumán, com “povos” e “cidades” – vocábulos usados indistintamente –, que até então haviam pertencido à Intendência de Salta del Tucumán¹⁵.

As novas entidades políticas assim criadas por disposições oficiais, ou por decisão própria de segregarem-se de outras províncias – tal como o haviam feito Santa Fe em 1818, Santiago del Estero em 1820, ou Jujuy em 1834 –, ingressavam em um *status* indefinido;

melhorava muito o tratamento do assunto, pois sustentava ainda mais obstinadamente do que Levene que “o que é simples localismo para Levene se torna federalismo”, agregava que o federalismo nasce das Intendências.

¹⁴ LEVENE. *op. cit.*, 1940, p. 18. Levene toma o dado relativo a Tucumán e Tarija de Joaquín Carrillo (CARRILLO, Joaquín. *Jujuy, Provincia federal argentina*. Apuntes de su historia civil. Buenos Aires: Impr. del Mercurio, 1877).

¹⁵ REGISTRO Oficial de la República Argentina. Tomo I, 1810 a 1821. Buenos Aires, 1879, p. 241, 265, 283 e 288. Ver, também: GONZÁLEZ CALDERÓN J. A. *Introducción al derecho público provincial*. Buenos Aires: Lajouane, 1913, p. 19 et seq.

constituíam-se, pois, como *províncias*, enquanto supostas partes de um Estado que, além de congregar em seus fugazes períodos de existência os *povos* de um também impreciso território platino, careceu de existência real durante a maior parte dos anos entre 1810 e 1831, e cuja projetada Constituição, a partir do último desses anos, seria largamente postergada pela emergência de uma “leve” união confederativa em seu lugar. Aquela indefinição tendeu a ser superada, não sempre com êxito, quando à raiz do fracasso do intento constitucional de 1816-1819, diversas províncias começaram a afirmar constitucionalmente sua soberania e independência.

A partir de uma interpretação usual do caudilhismo latino-americano – observávamos em um trabalho anterior¹⁶ – poder-se-ia julgar que o surgimento dos Estados provinciais seria uma fachada artificial para recobrir uma situação de domínio privado – o do caudilho sobre as riquezas e homens que controla – gestada no seio de relações sociais pouco desenvolvidas, em vez de focá-lo como parte dos fenômenos gerados por sociedades com necessidade de se conferirem uma organização estatal. Acrescentávamos, também, que a inclinação – tanto de observadores do século passado que nos deixaram algum testemunho dessas sociedades, especialmente dos viajantes europeus, quanto de historiadores contemporâneos – ao uso de termos condenatórios como “déspota”, “selvagem”, “barbárie”, “ditador”, “feudal”, pode induzir a erro na apreciação do real grau de legalidade existente nessas sociedades provinciais platinas. Referíamos-nos assim à intenção, mais metafórica do que conceitual, subjacente à aplicação desses termos a diversos aspectos das sociedades provinciais que, como o uso da força armada e as modalidades cruentas desse uso, foram uma de suas características permanentes¹⁷.

Porém o certo é que também nos casos de existência de aparentes formas *de facto* de exercício do poder, tinha vigência um ordenamento legal mais extenso do que aquele que se costuma supor¹⁸, do que dão conta a organização fiscal das províncias, sua regulação do comércio exterior, sua organização militar, o exercício do patronato, as faculdades de

¹⁶ Ver: CHIARAMONTE. *op. cit.*, 1986.

¹⁷ Sobre o uso de tais termos, ver nosso comentário em: CHIARAMONTE. *Formas de economía y sociedad en Iberoamérica*. México: Grijalbo, 1984, p. 52 et seq.

¹⁸ Ver: GOLDMAN, Noemí. Legalidad y legitimidad en el caudillismo. Juan Facundo Quiroga y La Rioja en el Interior rioplatense (1810-1835). *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, 3ª série, n. 7, 1993. Uma revisão atualizada do tema pode ser encontrada no meu artigo: CHIARAMONTE, J. C. The “Ancient Constitution” after the Independences (1808-1852). *American Historical Review*, v. 90, n. 3, ago. 2010. E a versão em espanhol do mesmo artigo: CHIARAMONTE, J. C. La antigua Constitución luego de las independencias, 1808-1852. *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, v. 50, n. 199, out.-dez. 2010.

cunhagem de moeda [*amonedación*], a regulação do sistema de pesos e medidas, e diversas normas legislativas e políticas; entre estas, a legitimação de determinada prática jurídica, embora regida pelo direito espanhol. Esse ordenamento legal buscou, salvo exceções, fundar-se em textos constitucionais, cuja aparição precoce e difusão generalizada na região platina configuram um fenômeno significativo da época.

Todos esses traços testemunham o caráter de Estado independente que as elites provinciais decidiram designar ao novo organismo que fundavam, logo do fracasso da tentativa de constituir um Estado platino, em 1819. Para examinar esta característica, propomos ocupar-nos, na sequência, de alguns aspectos do ordenamento jurídico-político que as províncias se conferiram para, após, passar a outros traços conformadores de suas pretensões estatais.

3 O ESTADO PROVINCIAL E SEU EXERCÍCIO DA SOBERANIA

Se nos ativésemos apenas às províncias que posteriormente integraram a República Argentina, poderíamos julgar que o Estatuto Constitucional Provisório da Província de Santa Fe inicia, em 1819, a série de Constituições provinciais. Porém, se consideramos o conjunto das províncias ou “povos” platinos que então gestavam sua possível integração estatal, há um texto anterior ao de Santa Fe. Uma Constituição que, se bem não chegou a ter vigência, possui especial significado porque forma parte de um conjunto de documentos políticos que influíram profundamente no constitucionalismo provincial argentino. Trata-se da “constituição territorial” da Banda Oriental, documento artiguista de 1813¹⁹.

Em primeiro lugar, para nosso propósito, nesse projeto constitucional interessa-nos comprovar que a postulação de um Estado provincial era formulada como criação de uma *província*, a “Província Oriental do Uruguai”. Isso se fazia explícito ao declarar-se que a Constituição era redigida para “(...) o povo que ocupa o território anteriormente chamado *Campaña Oriental*, e que, por meio da presente, acorda, solene e mutuamente com cada um

¹⁹ Este projeto constitucional esquecido foi descoberto no século passado em arquivos da Espanha e divulgado por Emilio Ravignani em 1929 (RAVIGNANI, E. *Un proyecto de Constitución relativo a la autonomía de la Provincia Oriental del Uruguay, 1813-1815*. Buenos Aires: Impr. de la Universidad de Buenos Aires, 1929). O projeto artiguista se inspira na Carta do Estado de Massachussets, na tradução de García de Sena, conforme Alberto Demicheli (DEMICHELI, A. *Formación constitucional rioplatense*. Tomo II. Montevideo, 1955, Cap. XIII, “La Constitución territorial de la Provincia Oriental”, p. 561 et seq.).

dos outros, formar o mesmo num Corpo Político, ou Província livre, Soberana e Independente, com o nome de Província Oriental do Uruguai”²⁰.

Por outro lado, esta definição de uma província “livre, soberana e independente” – fórmula inspirada nos “Artigos de Confederação” norte-americanos²¹ – adota uma figura política que seria utilizada pelos textos constitucionais de outras províncias platinas, as quais, ao assim proceder, continuariam, com poucas exceções, a paradoxal conjugação do caráter dependente sugerido pelo termo “província” com a afirmação de sua independência e soberania. Nisso, como em outros aspectos de sua articulação, a Constituição oriental seguia as famosas Instruções artiguistas de 1813, das quais convém aqui transcrever alguns dos artigos eu nos interessam a fim de observar a aparição do Estado provincial como um Estado independente:

art. 21. Não admitir-se-á outro sistema que o da Confederação para o pacto recíproco com as Províncias que formam nosso Estado.

art. 81. O território que estes povos ocupam, desde a costa oriental do Uruguai até a Fortaleza de Santa Teresa, formam uma só Província, denominada de Província Oriental.

art. 10. Que, pela presente, esta Província ingressa separadamente em uma firme liga de amizade com cada uma das outras, para sua defesa comum, garantia de sua liberdade e para sua mútua e geral felicidade (...) etc.

art. 11. Que esta Província retém sua soberania, liberdade e independência, todo poder, jurisdição e direito que não seja expressamente delegado pela Confederação às Províncias unidas juntas em congresso.

art. 16. Que esta Província terá a sua Constituição territorial; e que ela tem o direito de sancionar a [Constituição] geral das Províncias Unidas que forme a Assembleia Constituinte.

art. 17. Que esta Província tem direito a levantar os regimentos que necessite (...) etc.²².

²⁰ Art. 1, cap. 2. (DEMICHELI. *op. cit.*, Tomo I, p. 174).

²¹ “Cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência, assim como todo seu poder, jurisdição e direito não delegados expressamente por esta Confederação aos Estados Unidos quando atuem por meio de seu Congresso” (Art. II dos Artigos de Confederação (...). HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El Federalista*. México: F.C.E., 1974, Apêndice II). A mesma fórmula era usada em um “Projeto de Constituição de caráter federal para as Províncias Unidas da América do Sul”: “Cada província retém sua soberania, liberdade, ou independência, e todo poder, jurisdição e direito que não seja delegado expressamente por esta confederação às Províncias Unidas juntas em Congresso” (ARTÍCULOS de confederación y perpetua unión entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Paraguay, Banda Oriental del Uruguay, Córdoba, Tucumán, etc. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo VI, Segunda Parte. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – UBA, 1937, p. 633, art. 2.

²² Tomamos o texto das “Instrucciones” inserido em: PETIT MUÑOZ, Eugenio. *op. cit.*, p. 224. Na realidade, houve três textos dessas Instruções. As de 5 de abril, aprovadas pelo *Congreso de Tres Cruces* nesse dia e enviadas às demais províncias rio-platenses (há registro de que Santa Fé as recebeu: DEMICHELI, Alberto. *op. cit.*, Tomo II, p. 222); as de Artigas, de 13 de abril; e as de Soriano, de 18 de abril. Segundo Demicheli, as de Artigas seriam anteriores. Há várias diferenças entre os textos: DEMICHELI, Alberto. *op. cit.*, Tomo II, p. 338.

As Instruções artiguistas foram enviadas aos outros “povos” platinos e não podiam deixar de ser conhecidas por aqueles que redigiriam as constituições platinas. Porém, uns e outros documentos remetem também aos antecedentes confederais que o público letrado hispano-americano conhecia por meio dos tratadistas políticos do século XVIII. Com efeito, basta comparar o citado artigo 11 das Instruções com o já citado artigo 2º dos “Artigos de Confederação e União Perpétua...” dos Estados norte-americanos. Só que convém reforçar que esta afirmação similar de independência e soberania era formulada como correspondente a uma *provincia* e não a um *Estado*, como no caso norte-americano.

4 AS CONSTITUIÇÕES PROVINCIAIS PLATINAS

Após o novo fracasso da tentativa de organização constitucional platina, em 1819, esses textos constitucionais irão legalizando a situação de fato emergente desses fracassos: a de as sociedades provinciais serem a única dimensão capaz de sustentar-se sem desmembramentos e apta para tornar viável o propósito de fundar uma ordem social e uma organização do poder relativamente estáveis. De outra parte, na medida em que crescia a percepção das dificuldades quanto à organização confederativa dessas províncias, a natureza estatal independente da província-Estado não pode senão acentuar-se, como comprovaremos mais adiante no caso de duas delas que reformaram suas Constituições no final do período de que nos ocupamos²³.

Esta série constitucional merece uma consideração mais extensa do que a motivada, seja pelo espírito provincial laudatório, seja por um interesse técnico constitucionalista. Nesse segundo caso, em que pese a presumível maior objetividade, costuma prevalecer o propósito de julgar os méritos jurídico-políticos desses textos²⁴, bem como predomina a suposição de

²³ A maior parte dos textos constitucionais mencionados em nosso trabalho, tomamos de: RAMOS, Juan P. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo I. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1914; RAMOS, Juan P. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo II. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916; RAMOS, Juan P. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo III. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916. Outros, não incluídos nessa obra, foram publicados por Emilio Ravignani no tomo VI das referidas *Asambleas Constituyentes...*: a constituição de Salta, de 1821, o projeto constitucional do mesmo ano para os “povos unidos de Cuyo”, o Regulamento de Santiago del Estero, de 1830, e o Projeto da mesma província, de 1835.

²⁴ Ver a crítica pejorativa de Juan P. Ramos (RAMOS, Juan P. *op. cit.*, Tomo I, Capítulo II – “Las constituciones provinciales”, p. 68 et seq.).

uma nação já existente. Nossa pretensão, para além da maior ou menor qualidade jurídica dessas Constituições, é examiná-las como expressão do apontado mais acima. Ou seja, em primeiro lugar, observar que, por si mesmos e por sua afirmação geral de liberdade, independência e soberania, esses textos marcam a substituição do intento constitucional de dimensões platinas por outros limitados ao âmbito provincial. Porém, ao mesmo tempo, advertir que refletem das tentativas supraprovinciais anteriores, os de 1813 e 1816-1819, a tendência a uma Constituição escrita prévia à organização estatal. Isto é, que testemunham a adoção do caminho norte-americano e francês, oposto na polémica da época ao exemplo britânico de prescindir de Constituições escritas e deixar ao tempo a obra de gestar as leis fundamentais de uma sociedade, caminho este que haverá de ser seguido pela província de Buenos Aires, que, junto com as de Mendoza e La Rioja, carecerá de Constituição durante o período. Assim, fossem caudilhos ou grupos políticos os que se preparavam para preencher o vácuo de poder no reduzido âmbito de sua província, compartilhavam a pretensão de fundar a legitimidade desse poder em um texto constitucional.

85

5 INDEPENDÊNCIA PROVINCIAL E GOVERNO CONFEDERATIVO

Diversa é a forma que cada texto constitucional provincial expressa a relação entre a soberania e a independência da província e a possibilidade de integrar um Estado superior a elas. Alguns, como o mencionado de Santa Fe, o de Corrientes, de 1824, ou o de Santiago del Estero, de 1832²⁵, ignoram qualquer outra realidade estatal que não seja a provincial, e assumem todas as funções que eram consideradas “nacionais”, como a guerra, o comércio exterior, relações com a Igreja, e demais. Outras dessas Constituições condicionam a validade do legislado a decisões de um congresso ou governo, em alguns casos chamado de nacional, em outros de federal ou confederativo. Porém, essa reserva em favor de um possível governo supraprovincial, que, a seu turno, não possui a mesma força em todos os casos, é de substância confederativa, substância congruente com a afirmação de independência e soberania do Estado provincial.

²⁵ REGLAMENTO para la organización política de la provincia de Santiago del Estero (...), 26 de julio de 1830. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Tomo VI, Segunda Parte. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – Universidad de Buenos Aires, 1937, p. 1134. O único traço de possível alusão a um poder supraprovincial poderia ser encontrado na limitação que as palavras “por agora” do artigo primeiro implicam: “A Soberania reside essencialmente por agora na Província (...)”.

No caso do “Estatuto provisório da província de Santa Fe”, promulgado por Estanislao López a 26 de agosto de 1819, apenas um rudimento de Constituição,²⁶ isso reveste aspectos abertamente paradoxais, porquanto em um breve conjunto de artigos nos quais se alude de forma confusa a funções representativas e judiciais, predomina o objetivo de conferir base legal ao exercício do poder por parte de um caudilho. Objetivo feito explícito num texto, o do artigo 19, que é excepcional – no conjunto dessas Constituições provinciais e também na literatura política da época – pelo uso do vocábulo *caudilho* associado a previsões de soberania popular e liberdades modernas: “Sendo um dos atos mais essenciais à liberdade do homem a nomeação de seu caudilho (...)”.

Quanto à soberania, o Estatuto afirma que reside no povo e que se expressa na eleição popular da Representação da Província, constituída por oito comissários pela capital, dois pelo povo e campanha de Rosario, um pelo de Coronda e outro pelo do partido de San José del Rincón. Porém, o objeto dessa Representação se limita à eleição do *Cabildo* da capital e a “expedir as funções que os artigos designam”, finalizando sua missão após essas tarefas assim vagamente aludidas. Nada diz o Estatuto que possa dar a entender que essa Representação possuísse funções legislativas. Quanto ao Executivo, é de eleição direta pelo povo de cada localidade reunido na cabeça dos seus departamentos de campanha, presididos por seus comandantes, ou, nos *cuarteles* da capital, por um membro do *Cabildo* ou pelo *alcalde de barrio*. No mesmo ato, seriam eleitos comissários que, reunidos na capital, efetuariam o escrutínio e designariam o eleito. No tocante às funções judiciais, continuariam como até o momento, e o Governador seria a única instância de apelação para as decisões dos juízes.

De modo que o Estatuto de Santa Fe poderia ser considerado como uma sanção do poder de fato do caudilho. Nada há nele que permita supor não só um equilíbrio de poderes como também a consideração de um âmbito legislativo e outro judicial autônomos. E, por outra parte, no que diz respeito à eleição do executivo, caso se considere o método prescrito, infere-se que era muito difícil a expressão de uma tendência dissidente.

Esse Estatuto rudimentar, no entanto, define um ordenamento legal que não deixará de funcionar como tal. Mais do que isso, a Junta de Representantes da província haveria de

²⁶ Utilizamos o texto publicado em: REGISTRO Oficial de la Provincia de Santa Fe. 1815 al año 1817. Tomo I. Santa Fe, 1888, p. 37. Também pode ser encontrado em: CERVERA. Manuel M. *Historia de la ciudad y provincia de Santa Fe, 1573-1853*. Tomo II. Santa Fe: La Unión de Ramón Ibañey, 1907. Apêndices, p. 24 et seq.

funcionar com continuidade, em que pese a apontada limitação do Estatuto²⁷. As razões pelas quais se pode explicar essa conjunção de uma base legal constitucional a um poder unipessoal sem contrapesos e um âmbito de legalidade civil são menos complexas do que parecem. Elas remetem à coexistência de grupos civis partidários da forte tendência constitucionalista consubstanciada na revolução da independência e na emergência de um poder de fato que necessita do respaldo desses grupos. Juan Francisco Seguí, destacado porta-voz da elite de Santa Fe, expressou-o de forma não muito clara, mas bastante similar à de Pedro Ferré, em Corrientes,²⁸ quando, a 15 de julho de 1819, um grupo de vizinhos, opostos à continuidade do então governador Mariano Vera, levou-o ao *Cabildo* para persuadir o povo reunido na praça acerca da necessidade de fundar constitucionalmente a legalidade da província antes de eleger seu governador. Como narra uma memória de época:

Então, Maciel e demais acompanhantes trouxeram o doutor Juan Francisco Seguí, que, nos corredores do *Cabildo*, pronunciou um discurso no qual provou que não havia bom governo sem ter constituição a observar, e se o *Cabildo* queria que a província fosse bem governada, devia mandar fazer a constituição; e depois nomear-se-ia o Governador, que juraria governar segundo ela.²⁹

87

Na ocasião, o *Cabildo* anulou a reeleição de Vera e reassumiu o mando da província. Três dias depois, o *Cabildo* convocava o estabelecimento da Constituição provisória. Porém, a 23 de julho, Estanislao López apareceu na cidade acompanhado de suas tropas e se proclamou governador, iniciando um longo governo que terminaria com sua morte em junho de 1838.

No entanto, López estava preocupado com a ilegitimidade de seu acesso ao Governo [*Gobernación*]: “Chamado pelo bem público [*salud pública*], encarreguei-me de um mando que não veio a minhas mãos pela voz expressa do povo soberano”, afirma em 18 de junho de

²⁷ TEDESCHI DE BRUNET, Sonia. Los últimos años de una institución colonial: el Cabildo de Santa Fe y su relación con otros espacios político-institucionales entre 1819 y 1832. *Revista de la Junta Provincial de Estudios Históricos de Santa Fe*, n. LIX, 1993, p. 3 et seq.

²⁸ Trata-se de oposição do líder correntino, por ocasião do regate da autonomia da província – então parte da “República de Entre Ríos”, constituída pelo desaparecido caudilho Francisco Ramírez –, à eleição de um governador militar, e de sua proposta de iniciar um processo institucional sobre bases constitucionais, dado que, alegava perante os outros líderes do movimento, “(...) se fizemos a revolução para dar vida a nossa pátria, devíamos empenhar-nos para que, desde o momento de havê-lo conseguido, aparecesse com a dignidade de um estado livre e independente (...)”. FERRÉ, Pedro. *Memoria del brigadier general Pedro Ferré*: octubre de 1821 a diciembre de 1842. Buenos Aires: Coni, 1921, p. 18.

²⁹ IRIONDO, Urbano. Apuntes. *apud* CERVERA. Manuel M. *op. cit.*, Tomo II, p. 485.

1818, ao dispor a eleição de governador proprietário [*governador propietario*]³⁰. De maneira que, um ano após tomar o poder, ditava o Estatuto constitucional, o qual, segundo o historiador provincial Cervera, foi redigido pelo mesmo López, sem que possamos estabelecer o grau de coincidência entre esse texto e aquele concebido por Seguí e os seus.

Em Corrientes, um dos cimentos da formação do Estado foi o Regulamento Provisório Constitucional, de dezembro de 1821, reformado em setembro de 1824. A reforma é devida à pressão da campanha para estar representada no Poder Legislativo³¹, pois, segundo o Regulamento de 1821, o Congresso Geral da província entrava em recesso depois da eleição do governador e era substituído em suas funções pelo *Cabildo* da cidade de Corrientes. A reforma de 1824 suprime o *Cabildo* e cria uma comissão permanente, composta por cinco legisladores para cumprir aquelas funções. Porém, esta não foi a única reforma significativa. Agrega-se também a extensão da cidadania a todo “aquele que haja nascido nas Américas antes denominadas de Espanholas”³², que o Regulamento de 1821 havia reservado aos naturais, e algumas expressões do texto ou de seu breve preâmbulo, tais como as do parágrafo que transcrevemos na continuação, no qual se destaca a afirmação da soberania e a denominação de *nacional* atribuída ao Congresso permanente: “O Exmo. Congresso da Província, usando da Soberania ordinária e extraordinária de que se investe, em razão de haver sancionado ser necessária uma Representação Nacional, composta por cinco indivíduos na capital da Província, que permaneça com todo o poder e faculdades do congresso geral (...)”³³.

Outra modificação significativa é a supressão de uma reserva efetuada no Regulamento, art. 3º da Seção 3, sobre o Poder Legislativo, o qual, segundo o texto de 1821,

³⁰ CERVERA. Manuel M. *op. cit.*, Tomo II, p. 486.

³¹ GÓMEZ, Hernán F. *Historia de la Provincia de Corrientes: desde el tratado del Cuadrilátero a Pago Largo*. Corrientes: Impr. del Estado, 1929, p. 33. Em outra obra, o mesmo autor sustenta que, ao suprimir-se o *Cabildo de Corrientes*, em 1824, suprimiu-se a primazia dessa cidade dentro da província (GÓMEZ, Hernán F. *Bases del Derecho Público correntino*. Corrientes: Impr. del Estado, 1915, p. 70).

³² LEY Constitucional, sancionada por el Congreso para el gobierno de la Provincia de Corrientes. Seção II, Art. 11, *R.O.P.C.*, I, p. 246.

³³ LEY Constitucional, sancionada por el Congreso para el gobierno de la Provincia de Corrientes. Seção II, Art. 11, *R.O.P.C.*, I, p. 245. O art. 1 da Seção 5, que criava esse Congresso permanente, expressa o seguinte: “Não sendo possível que os deputados do Congresso Geral sigam no exercício do Poder Legislativo por todo o tempo designado aos governadores, nem que o congresso geral se renove em períodos mais curtos pela escassez de sujeitos idôneos, o congresso geral, realizada e publicada a eleição do novo governador, empossado o eleito, e depois de haver nomeado o juiz de residência [*juez de residencia*], restará concentrado em cinco deputados, e esses formarão o congresso permanente” (LEY Constitucional, sancionada por el Congreso para el gobierno de la Provincia de Corrientes. Seção II, Art. 11, *R.O.P.C.*, I, p. 250).

devia exercer suas atribuições sem prejuízo de “(...) tudo aquilo que haja ou possa corresponder ao corpo ou estado geral da federação nacional”³⁴.

6 AS REFERÊNCIAS A UM POSSÍVEL ESTADO PLATINO NAS CONSTITUIÇÕES PROVINCIAIS

A Constituição de Corrientes de 1824 não contém alusão alguma a um possível governo supraprovincial, e em nenhum caso condiciona o exercício da soberania pelo Congresso ou pelo Executivo – como no relativo à guerra, comércio exterior e outros assuntos – a essa possível autoridade confederativa. Da mesma forma, as Constituições de San Juan (1825), San Luis (1832) e Santiago del Estero (1831) carecem de referência a um possível Estado supraprovincial.

Porém, frente a esses casos, existem outras Constituições provinciais que, ao contrário, fazem alusão seja a um Estado, seja a uma nação rio-platense. Assim, a “Constituição da República de Tucumán”, sancionada em 18 de setembro de 1820, proclama a soberania independência provincial subordinada às resoluções do “Congresso geral da Nação”, e estabelece que o Governador jurará pela Constituição e *independência* da província, sob a forma de governo prescrita pela Nação³⁵.

Da mesma maneira, a Constituição da província de Catamarca (1823) invoca uma autoridade superior à provincial. Isso, contudo, ao mesmo tempo que, por um lado, a independência da província possui uma presença geral implícita no uso das atribuições estatais contidas no texto³⁶, e, por outro, quanto à soberania, afirma-se que a província “deve levar a cabo essas prerrogativas soberanamente, mesmo depois de instalado o congresso geral, de modo tal que essa atribuição não se choque com os direitos nacionais”³⁷.

³⁴ LEY Constitucional, sancionada por el Congreso para el gobierno de la Provincia de Corrientes. Seção II, Art. 11, *R.O.P.C.*, I, p. 243.

³⁵ Sec. V, Cap. I, art. 2; Sec. III, Cap. I, art. 4. Para o texto desta Constituição, ver: SOSA, Ismael. *Historia constitucional del Tucumán*. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945.

³⁶ Começando pela de exercer o direito de considerar-se independente e dar-se instituições próprias, sem autoridade superior à qual se submeter, assim como o de estabelecer penas, que podem chegar à de “expatriação” e morte, aos que se constituem em “inimigo da província” por atentar contra o regulamento constitucional (REGLAMENTO constitucional para la nueva provincia de Catamarca, dado por su asamblea de 11 de julio de 1823. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.*, Tomo I, p. 221 e 232, art. 40, e art. 7 das “Providencias varias”).

³⁷ REGLAMENTO constitucional para la nueva provincia de Catamarca, dado por su asamblea de 11 de julio de 1823. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.*, Tomo I, p. 219, art. 26.

Sendo assim, ao estabelecer como objeto da assembleia provincial a regulação do comércio interior e exterior da província, e de seus sistemas monetário e de pesos e medidas, formula a exceção “salvo os direitos da nação”³⁸.

De maneira que o trânsito de um Estado provincial soberano e independente a outro platino maior é pressuposto como produto de uma livre e *soberana* decisão desses Estados provinciais, e não de uma necessidade derivada de uma identidade nacional rio-platense ou, como se diria mais tarde, de uma “nacionalidade” desse caráter. Isso também é perceptível com clareza em outra característica dos textos comentados: que tanto na definição da cidadania quanto no juramento do governador, as únicas instâncias aludidas a respeito do que seria um sentimento de identidade são a província e a América.

Muito mais débil é a marca dos projetos estatais platinos no “Regulamento Provisional para os Povos Unidos de Cuyo”, de 1821, regulamento que não chegou a ter vigência. Somente no terceiro ponto do preâmbulo se inclui um protesto formal pela participação em qualquer iniciativa nesse sentido: “Os Povos unidos de Cuyo declaram concorrer, a qualquer tempo, à reunião de um congresso Geral das que se denominaram [províncias] de *Sud-América*, para estabelecer um Governo uniforme, que assegure sua união e Liberdade”³⁹.

O restante não contém nenhuma outra referência similar e, ao contrário, mostra a presença de uma identidade americana no juramento dos Deputados do Poder Legislativo, os quais deviam jurar “a sustentação da Independência da América”⁴⁰. Por outro lado, no relativo a comércio exterior, guerra e outras atividades, exerce a independência e soberania estatal da “união”, “província” ou “Povos unidos” de Cuyo – distintas denominações que se sucedem no documento.

7 AS INICIATIVAS CONSTITUCIONAIS PLATINAS E SEU REFLEXO NAS CONSTITUIÇÕES PROVINCIAIS

Junto a esses casos, de nenhuma ou fraca emergência de uma tendência a integrar-se em um Estado superior ao provincial, as Constituições de Córdoba (1821), Salta (1821) e

³⁸ REGLAMENTO constitucional para la nueva provincia de Catamarca, dado por su asamblea de 11 de julio de 1823. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.*, Tomo I, p. 223, art. 62.

³⁹ REGLAMENTO provisional de Gobierno para los Pueblos de Cuyo, 1821. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *op. cit.*, 1937, Tomo VI, Segunda Parte, p. 1129.

⁴⁰ REGLAMENTO provisional de Gobierno para los Pueblos de Cuyo, 1821. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *op. cit.*, 1937, Tomo VI, Segunda Parte, p. 1130 e 113, arts. 14 e 40.

Entre Ríos (1823) mostram, por outro lado, uma forte presença dela. Nesses documentos influi a iminência das assembleias constituintes então projetadas⁴¹. Ademais, duas delas refletem situações nas quais os governos provinciais estavam diretamente comprometidos com esses projetos de imediata reunião de congressos constituintes rio-platenses. A província de Córdoba em 1821 impulsionava um projeto de congresso constituinte sob sua liderança, que seria prontamente bloqueado por Buenos Aires. A de Entre Ríos, porque, sob o governo do portenho Lucio Mansilla, constituía-se uma aliada incondicional de Buenos Aires, província que nesse ano de 1823 já havia logrado o concurso das demais para a reunião que seria o congresso constituinte de 1824-26.

O Regulamento Provisório da província de Córdoba, de janeiro de 1821⁴², proclama a soberania e independência da província em seu segundo artigo: “A província de Córdoba é livre e independente: nela reside essencialmente a soberania e lhe compete o direito de estabelecer suas leis fundamentais por constituições fixas [*fijas*], como também por regulamentos provisórios (...)”.

Porém, acresce: “(...) enquanto não prejudique os direitos particulares das demais províncias e os gerais da confederação”. Além disso, o último artigo da seção eleitoral alude à eleição de “representantes para o congresso geral dos estados”⁴³.

Na seção sobre o Poder Legislativo, distingue as faculdades do congresso provincial para estabelecer a Constituição que rege a província da do “congresso geral dos estados” para examinar se a Constituição “se opõe ou não à autoridade da confederação”. Assim como declara a competência do congresso provincial para ordenar a guerra se a província for invadida, enquanto que, fora desse caso, considera decretar a guerra e a paz competência do Congresso geral dos estados⁴⁴. O restante dos artigos, assim como outros das outras seções, repete, com critério semelhante, a distinção de competências, incluído o relativo a direitos de importação e exportação (notar que aqui se dá, por sua vez, a admissão da soberania da

⁴¹ Veja-se uma resenha da evolução das negociações para um congresso constituinte rio-platense entre 1820 e 1824, em: RAVIGNANI, Emilio. “El Congreso nacional de 1823-1827, La Convención nacional de 1824-1829, Inconstitución y régimen de pactos”. *Historia de la Nación Argentina*. 3. ed. v. VII, Primera Sección. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, [s.d.], p. 10 et seq.

⁴² REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.*, Tomo I, p. 153 et seq.

⁴³ REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.* Tomo I. Sec. I^a, Cap. I, art. 2, p. 153; Sec. IV, Cap. X, art. 12, p. 161.

⁴⁴ REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.* Tomo I. Sec. VI, Cap. XIII, arts. 1 e 2, p. 163.

província para estabelecê-los e da faculdade da autoridade confederativa para decidir se é compatível com os compromissos interprovinciais). Quiçá o mais explícito seja o último dos relativos ao Poder Executivo: “As atribuições essenciais do poder executivo da confederação e as que o voto das províncias reunidas em congresso tiver por bem refundir no governo geral dos Estados serão limites ao poder executivo desse Estado”⁴⁵.

Contudo, esta referência a uma possível política superior à província tampouco reflete uma consciência de nacionalidade. Num parágrafo, nisso similar aos de outras Constituições como as de Santa Fe e Catamarca, o texto constitucional de Córdoba tão somente mostra uma identidade distinta da provincial, a sul-americana, quando obriga os espanhóis e demais estrangeiros a jurar defender “(...) a independência de *sur América* (...)”⁴⁶.

O mesmo ocorre em um notável parágrafo que estabelece que estão em vigência todas as leis e demais disposições do “antigo governo espanhol” que não estejam em oposição direta ou indireta à “(...) liberdade e independência de *Sud América*, nem a este regulamento e demais disposições que não sejam contrárias a ele definidas pelo governo geral das províncias desde 25 de Maio de 1810”⁴⁷.

Essa Constituição de Córdoba de 1821, como já apontamos, reflete a política do governo de Bustos, que impulsionava decididamente um congresso de todas províncias rio-platenses a reunir-se em Córdoba. Ela mostra, ademais, que desse congresso se esperava uma confederação. O fracasso do projeto de Bustos, fundamentalmente em decorrência da oposição da província de Buenos Aires, a qual buscava, e conseguiria, reunir um congresso unitário em sua capital, tiraria a validade dessas cláusulas que limitam o exercício da soberania em função do estabelecimento do possível governo confederativo, cláusulas que, como veremos, estarão ausentes da nova Constituição de Córdoba de 1847.

A primeira constituição para a província de Salta – que então incluía Jujuy, separada recém em 1834 –, data de 2 de agosto de 1821⁴⁸. Em realidade, não é mais do que uma

⁴⁵ REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.* Tomo I. Sec. VI, Cap. XVI, art. 17.

⁴⁶ REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.* Tomo I. Sec. III, Cap. VI, art. 9.

⁴⁷ REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *op. cit.* Tomo I. Sec. VI, Cap. XII, art. 3, p. 162. Nesse parágrafo há duas coisas notáveis: uma, a já indicada; outra, que não reconhece a legislação do governo geral das províncias que contradiga a Constituição provincial.

⁴⁸ Texto incluído no Apêndice ao Tomo 2 de: RAVIGNANI, Emilio. *Historia Constitucional de la República Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Peuser, 1927, p. 376 et seq.

listagem de artigos que possuem forte tom provisional, incluída em uma ata sem título algum (como existem em outros casos provinciais, tais como “Estatuto provisional” ou “Regulamento provisional”). A ata expressa que se trata de regras para a boa orientação do governador que os deputados se preparavam para eleger. Em virtude da forte invocação do Congresso Nacional, também pertence aos textos elaborados por províncias – ou partidos dentro delas – comprometidas com algum projeto de Congresso constituinte em elaboração: “1º Que todos os atos que procedem, regras que prescrevem, e disposições que, segundo elas, se tomem, fiquem inteiramente sujeitas à aprovação, reforma e variações que o Congresso Nacional quiser efetuar”.

Pouco mais adiante, o segundo inciso do artigo 3º remete ao Regulamento Provisório de 1817 e à Constituição de 1819 “em tudo o que forem adaptáveis ao regime desta província”.

O juramento do governador incluía “defender a independência da Nação e sustentar os direitos da província contra toda agressão inimiga”. E, inclusive, num parágrafo da ata posterior à transcrição do articulado, lê-se o seguinte: “Estabelecidas as declarações anteriores e declarando novamente os S. S. Representantes que elas só regeriam até o Congresso Nacional ditar outras em seu lugar (...)”⁴⁹. Em que pese tudo isso, o regulamento constitucional não deixa de conceder à província o exercício de direitos soberanos sobre comércio exterior, moeda, pesos e medidas, guerra e patronato.

Quanto a Entre Ríos, é necessário recordar que esta província foi, desde a norte do caudilho Francisco Ramírez, uma dependência política da de Buenos Aires. Sua constituição reflete nos dois primeiros artigos a plena adesão da província ao congresso constituinte impulsionado por Buenos Aires. O primeiro declara que a província se constitui em “Estado e Governo Representativo independente” até a decisão que o congresso geral de todas as províncias platinas venha a tomar sobre a forma de governo. E o segundo artigo expressa que a província de Entre Ríos “(...) é uma parte integrante das Províncias Unidas do Rio da Prata, e forma com todas uma só Nação, que se reconhecerá sob aqueles termos, ou outros que o Congresso Geral acorde, a cujas deliberações sujeita-se desde agora (...)”⁵⁰.

⁴⁹ RAVIGNANI, Emilio. *op. cit.*, 1927, p. 381.

⁵⁰ “Estatuto provisorio constitucional de la Provincia de Entre Ríos”, de 1823, disponível em: RECOPIACIÓN de Leyes, Decretos y Acuerdos de la Provincia de Entre Ríos, desde 1821 a 1873. Tomo I – 1821 a 1824, p. 138 et seq.

Se a declaração constitucional de independência e soberania estatal é um dado substancial entre os que apontam a emergência do Estado provincial autônomo, outros – não menos importantes nesse plano – constituem-se na definição das faculdades constitucionais para o exercício da soberania estatal em diversos âmbitos da organização social. Os principais campos em que as Constituições afirmam expressamente o exercício da soberania do Estado provincial são os de organização jurídico-política, finanças públicas, comércio exterior, defesa, relações interprovinciais, moeda [*amonedación*], regulação de pesos e medidas, exercício do patronato e organização do ensino. De outra parte, é conveniente advertir que da ausência de menção expressa a alguns deles não se segue em todos os casos que a província haja limitado o exercício de sua soberania⁵¹.

Como observamos mais acima, o conjunto dos textos constitucionais platinos mostra, nos anos iniciais dos novos Estados provinciais (1819 a 1824), uma expressão antecipada de desenvolvimento estatal independente unida à incidência dos projetos de novos congressos constituintes rio-platenses (o de Córdoba, abortado, e o de Buenos Aires, realizado em 1824-1826), incidência expressa em invocações ao mesmo [um desses Congressos], como um possível limite à afirmação soberana do Estado provincial.

Por outro lado, no caso de províncias que se dão novas Constituições nos anos posteriores ao Pacto Federal de 31, esses textos exibem, a um só tempo, menor ênfase na alusão ao laço confederativo e maior e mais detalhada expressão do exercício da soberania em campos como os da política econômica, defesa e também em aspectos das relações exteriores, como os implícitos no direito do patronato. A inferência é que o processo de afirmação da soberania e independência estatal foi aumentando, mesmo paralelamente ao fortalecimento da influência política de Buenos Aires em muitas delas. Vínculo político intergovernamental que não foi óbice para esse fortalecimento da independência estatal das chamadas províncias do Rio da Prata, e que tem, na versão confederativa do federalismo, versão então exclusiva na região, um dado que a confirma, conforme exporemos mais abaixo.

⁵¹ Sobre este assunto, e o que segue, conferir nosso trabalho: CHIARAMONTE, José Carlos. El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. In: CARMAGNANI, Marcello (Coord.). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. México: El Colegio de México; F.C.E., 1993.

8 O FRACASSO CONSTITUCIONAL DE 1826 E O AVANÇO DA SOBERANIA E INDEPENDÊNCIA PROVINCIAIS

Os textos constitucionais provinciais que nos mostram, nos anos imediatamente posteriores ao rechaço à Constituição de 1819, essa diversificada atitude em relação aos projetos de organização de um Estado platino, desde uma eloquente ausência de interesse por eles a uma forte presença de tais projetos, em nenhum caso, todavia, manifestam qualquer consciência de nacionalidade platina ou argentina. De qualquer modo, é patente que, no que tange ao governo ou Estado confederativo a constituir-se – no caso dos textos constitucionais que o mencionam – é pensado em termos rio-platenses; já as manifestações de sentimentos de identidade que vão mais além do âmbito provincial, são de natureza americana. Significa dizer que, quanto a sentimentos de identidade coletiva, os constituintes das províncias platinas se concebem a si mesmos como *americanos*, ainda não como *argentinos*, enquanto que, em termos de organização política, no caso daquelas que remetem a uma possível união, sua delimitação é, sim, argentina ou platina.

Esta tendência se fortaleceu, paralela ao fortalecimento das independências e soberanias dos Estados provinciais, logo depois da fracassada tentativa de impor uma solução de governo centralizado, então chamado de *unitário*, por parte dos homens de Buenos Aires, em 1826. E teve sua expressão máxima nos acordos que se converteram no Pacto Federal de 1831.

A partir de então, consolidar-se-á o pertencimento a uma República Argentina organizada confederativamente. Porém, na medida em que a Confederação pactuada em 1831 não avançava no caminho de uma maior união constitucional – caminho vetado por conta da oposição de Buenos Aires em manter a Comissão Representativa que havia decidido o Pacto Federal e a convocar um congresso constituinte também previsto pelo Pacto –, as novas Constituições provinciais refletiriam o exercício de atribuições equivalentes às nacionais nestas províncias-Estados.

Um claro exemplo disso é a Constituição de Córdoba de 1849, que mantém grande parte do texto de 1821 mas que, naquilo que o modifica, acentua o exercício da soberania estatal. Esta nova Constituição de Córdoba continua invocando a autoridade maior da República Argentina, porém, com assiduidade muito menor do que a de 1821. Desapareceram, por exemplo, as contínuas referências às atribuições do “congresso geral dos

estados”, com que o texto de 1821 fixava os limites ao exercício das da província⁵². À diferença do de 1821, no qual se percebe a suposta iminência de uma organização estatal supraprovincial, o texto de 1847 é reflexo nítido de um Estado soberano, unido aos outros platinos pelos tênues laços confederativos pactuados em 1831. Assim, as atribuições estatais são mais amplas do que no texto de 1821, especialmente em virtude dos direitos de estabelecer impostos de importação e exportação, de dispor da moeda [*amonedación*] provincial e de regular o sistema de pesos e medidas, enquanto mantém igualmente o direito de patronato em questões eclesiásticas – Capítulo XV, art. 10. E é especialmente significativa a substituição do Capítulo XXVI do texto de 1821 (“Das milícias nacionais”) – no qual se afirmava o direito da província de organizá-las enquanto o “congresso geral dos estados” não o fizesse – por um capítulo – o XVIII (“Milícias da província”) – que não contém nenhuma alusão a forças nacionais.

De outra parte, segue ausente uma nacionalidade argentina que vá mais além da união confederativa nas invocações das “causas” a defender. O juramento do governador inclui este parágrafo: “(...) que defenderá a liberdade e independência americana contra todo poder estrangeiro e a santa causa nacional da federação, que sustentará a integridade do território da província e seus direitos contra toda agressão (...)”⁵³.

A nova constituição de Santa Fe já havia mostrado tendência similar em 1841, com uma forte afirmação da soberania, independência e liberdade da província, que se bem não tem a contundência do texto de Córdoba, é indicadora de uma orientação similar: “A província de *Santa Fe de la Veracruz* se declara e se constitui em um formal Estado e governo representativo e independente. Sua soberania reside essencialmente no conjunto de gentes que a habitam e é o que se chama Estado”.

⁵² Traço especialmente notável no Cap. XIII (“Atribuições do Congresso”) da Seção VI da Constituição de 1821, no qual a metade de seus 14 artigos incluem a fórmula citada, enquanto que, na mesma Seção e Capítulo, a Constituição de 1849 carece de referências a alguma autoridade superior. É útil comparar, por exemplo, os artigos de ambas as Constituições referentes à faculdade de regular o comércio exterior da província: “Corresponde ao congresso da província, com anuência e consentimento do Congresso geral dos estados, estabelecer direitos de importação e exportação ao comércio interior e ao estrangeiro, sendo um dever das leis gerais da união procurar uniformizá-lo na liberdade de toda sorte de entraves funestos à mútua prosperidade das províncias federais” (Constituição de 1821, Sec. VI, Cap. XIII, art. 5º). O texto do artigo sobre comércio exterior da Constituição de 1849 (art. 4º) é o seguinte: “Corresponde ao Poder Legislativo estabelecer direitos de importação e exportação”;

⁵³ Cap. XV, art. 13.

A esta rotunda afirmação de sua soberania estatal, seguiu um breve segundo artigo, no qual se proclamava a integração à Confederação argentina: “Ela pertence à República Argentina e é uma das que compõem sua confederação”⁵⁴.

Congruentemente com esta menção ao seu pertencimento à Confederação argentina, invocada também no juramento do governador e na seção sobre “Deveres da província”, as Seções III e VI, sobre atribuições dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, carecem de qualquer restrição ao exercício dessas atribuições no referente a guerra, comércio exterior, tributação e outras esferas de atividade. Isto é, nos campos em que a soberania do Estado provincial não havia sido delegada à Confederação, como ocorria com as relações exteriores – caso em que, na falta de um órgão de governo da mesma [Confederação], eram delegadas ao governador de Buenos Aires.

Uma novidade é a menção à República Argentina no juramento do governador ao assumir o cargo: “(...) que sustentarei a liberdade e independência da República Argentina e, em particular, desta província sob o sistema federativo (...)”⁵⁵. Todavia, no atinente à cidadania, continua a política de concedê-la a filhos da província e aos americanos.

É importante que advertamos outro traço da linguagem política da época nesses textos constitucionais provinciais: a não utilização do termo “argentinos” como vocábulo correspondente a *Argentina* (República ou Confederação), o que sugere que a República Argentina designa a reunião das sociedades provinciais, porém, não a uma sociedade nacional amalgamada – à qual corresponda um sentimento de forte pertencimento –, qualidade essa que se percebe, sim, nas referências à *pátria* provincial: “[todo cidadão] deve servir à pátria quando ela o exija, sacrificando até sua vida se necessário, e cujo heroico exercício constitui o verdadeiro patriotismo”⁵⁶.

9 FEDERAÇÃO OU CONFEDERAÇÃO? O MITO DAS ORIGENS E A NOÇÃO DE FEDERALISMO

Se atentamos às dificuldades concernentes à interpretação do uso do conceito de nação no período imediatamente posterior à independência, poderemos reexaminar com melhores

⁵⁴ Sec. I, arts. 1 e 2.

⁵⁵ Sec. V, art. 29.

⁵⁶ Sec. X, “Deveres de todo cidadão”, art. 82.

perspectivas a questão do federalismo, enquanto problema substantivo dessa discussão. Porque, para que o processo de organização política dos povos rio-platenses possa ser melhor compreendido, é necessário despojar-se da perspectiva anacrônica que impulsionou o mito romântico do princípio das nacionalidades. Os líderes políticos platinos das duas primeiras décadas posteriores a 1810 utilizavam uma linguagem na qual estavam ausentes os pressupostos românticos implícitos ao conceito de *nacionalidade* e se regiam pela lógica racionalista do contratualismo herdado do século XVIII. Consideravam que a união política – Estado –, que pretendiam organizar com o nome de nação, não era fruto de um imperativo do passado, mas de negociações regidas pelo princípio da conveniência mútua, com concessões recíprocas e formas contratuais⁵⁷.

Recordemos, também neste ponto, a necessidade de superar alguns lugares comuns de nossa historiografia, a qual habitualmente considerou as províncias que se formaram no Rio da Prata na sequência da independência como partes de um Estado nacional platino. Mesmo nos períodos em que esse Estado não existia, como nos dias imediatamente posteriores à independência, ou em boa parte dos lapsos transcorridos entre cada um dos intentos fracassados de organizá-lo constitucionalmente, tampouco deixou de considerá-las como partes desse possível Estado, do qual só por acidente se encontrariam privadas.

O que segue não compartilha esse ponto de vista e, em seu lugar, considerará, segundo o já exposto em diversos momentos deste trabalho, que logo da independência a construção de novos Estados hispano-americanos era um assunto ainda indefinido e que, portanto, a natureza política das chamadas *províncias* rio-platenses também foi algo aberto a diversas possibilidades. Uma delas, a de converterem-se em Estados independente. Outra, a de integrarem-se em um Estado maior que as englobasse. E, neste último caso, também com distintas possibilidades, dado que grande parte do que tradicionalmente costumamos considerar como tendências federais consistia, na realidade, em políticas de união *confederativa*, quando não de simples *ligas* ou *alianças*. Políticas com as quais as chamadas *províncias* atuavam na qualidade de Estados independentes e soberanos. E é, insistamos, o equívoco persistente que se arraiga o de chamar federais aos caudilhos e outras figuras políticas da época o que contribui para nos impedir de uma melhor análise da questão.

⁵⁷ De outra parte, a aplicação do princípio das nacionalidades na América hispânica tinha o irritante problema de remeter a uma unidade hispano-americana e não a recortes argentinos, chilenos, venezuelanos etc. Sobre o tema, ver nosso trabalho: CHIARAMONTE, José Carlos. El mito de los orígenes en la historiografía latinoamericana. *Cuadernos del Instituto Ravignani*, Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, n. 2, 1991.

Nada mais útil, então, para esse intento que observar a história do uso do próprio vocábulo “federalismo”. Pois poucos foram tão centrais à questão do Estado e da nação rio-platense, e ainda assim tão confundidos. A esse respeito, devemos assinalar que outro lugar comum de antiga data na historiografia argentina, porém que perdurou até hoje, é o que identifica, e, portanto, confunde, federalismo e confederacionismo. É dizer, trata-se do equívoco de considerar as iniciativas às vezes confederativas, outras vezes meramente pactistas, que vão desde a independência até a Constituição de 1853, como manifestações de uma mesma tendência federal, tal como a que prevaleceu na última dessas datas. E, portanto, irrupção do Estado federal em 1852-53 – Acordo de São Nicolau-Constituição – como simples continuidade das políticas opostas ao monarquismo e ao unitarismo, julgadas igualmente como federais.

O assinalado é tanto mais estranho porque não deixaram de existir, desde o começo mesmo do processo de organização estatal rio-platense, advertências sobre a necessidade de não confundir confederação e federação⁵⁸. Expresso nos termos da polêmica do momento, a necessidade de não confundir, quando se invocava o exemplo dos Estados Unidos da América, os Artigos de Confederação (1781) e a Constituição federal (1787)⁵⁹, assunto no qual será útil nos determos.

99

10 FEDERAÇÃO, CONFEDERAÇÃO, “GOVERNO NACIONAL”

De alguma maneira, a confusão comentada não faria outra coisa que prolongar a forma com que a literatura política anterior à experiência do constitucionalismo norte-americano

⁵⁸ A *Gaceta*, em comentário a *O Federalista*, que combate, afirma que “a ideia da divisão de estados ou federações separadas (...) (GACETA. Artigo “sobre federaciones”. 30/III/1815, p. 507). Do mesmo modo, o Congresso de 1816 conheceu os Artigos de Confederação dos Estados Unidos: cf. PADILLA, Alberto Gabriel. *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1921, p. 50-51. Mais tarde, Sarmiento também distinguiu com bastante propriedade a distinta natureza da Confederação norte-americana de 1781 quanto a de Estado federal de 1787, e rechaçava o termo confederação para designar o emanado da Constituição argentina de 1853 – SARMIENTO, D. F. *Comentarios de la Constitución*. Buenos Aires: Luz del Día, 1948, p. 55 et seq. [Primeira Edição: SARMIENTO, D. F. *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*. 1. ed. Santiago de Chile: Imprenta de Julio Belín y Ca., septiembre de 1853].

⁵⁹ Sobre as características da influência do constitucionalismo norte-americano do século XVIII, há uma extensa bibliografia, frequentemente polêmica, cujos primeiros títulos nos remetem aos dias imediatamente posteriores à sanção da Constituição de 1853. Uma síntese recente, além de outras referências que efetuaremos no curso deste capítulo, pode ser encontrada em: VANOSSI, Jorge R. *Situación actual del federalismo*. Buenos Aires: Depalma, 1964. Do mesmo autor, ver: VANOSSI, Jorge R. *La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*. *Revista Jurídica de San Isidro*, dez. 1976; também: VANOSSI, Jorge R. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1987.

tratava o assunto. Tal, por exemplo, como o faz Montesquieu numa das mais recorridas fontes do debate constitucional daqueles tempos, seu *Espírito das Leis*⁶⁰. Até o momento em que a Constituição da Filadélfia inaugurara essa forma inédita de resolver o dilema da concentração ou desconcentração do poder que conhecemos como federalismo norte-americano – e que dá origem à aparição de um novo sujeito de direito internacional, o Estado federal –, os tratadistas políticos conheciam uma só forma de federação, a confederação – união de Estados independentes –, e a ela se referiam com exclusividade quando abordavam o tema do federalismo.

Por isso, encontramos nos editores norte-americanos de *O Federalista* uma distinção de termos que pode nos surpreender. Trata-se de seu uso, ao relacioná-los, em uma acepção estranha a nosso critério atual: o *federal* oposto ao *nacional*, entendendo por “federal” o confederativo, e por nacional o Estado federal que propunham seus autores. Por exemplo, ao considerar qual tipo de governo é o proposto na nova Constituição, Madison observa que, caso se considere segundo seus fundamentos, o novo sistema norte-americano seguiria sendo federal [i.e., confederativo] e não nacional [i.e., federal], dado que a aprovação da nova Constituição seria realizada não pelos cidadãos norte-americanos enquanto tais, mas como povo de cada Estado para que estes a ratifiquem. É dizer, pelo povo “(...) não como indivíduos que integram uma só nação, mas como componentes dos vários Estados, independentes entre si, aos quais respectivamente pertencem. (...) Portanto, o ato que instituirá a Constituição não será um ato *nacional*, mas *federal*”⁶¹.

A solução de compromisso do presidencialismo norte-americano, algo não previsto em doutrina alguma, com sua justaposição de uma soberania nacional e das soberanias estatais, solução empírica para o conflito político derivado da ineficácia dos Artigos de Confederação

⁶⁰ Utilizamos a edição espanhola (MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1985). Sobre a “república federativa” (confederação), ver a Segunda Parte, Libro IX “De las leyes en su relación con la fuerza defensiva”, capítulos I a III.

⁶¹ HAMILTON; MADISON; JAY. *op. cit.*, p. 161. Madison acrescenta que o ato não será resultado da decisão da maioria do povo da União. Nem sequer da maioria dos Estados, dado que deve resultar do assentimento unânime desses. E comenta, depois de uma análise dos traços, sejam federais, sejam nacionais, do sistema proposto: “A diferença entre um governo federal e outro nacional, no que se refere à *atuação do governo*, considera-se que assenta em que, no primeiro, os poderes atuam sobre os corpos políticos integrantes da Confederação, em sua qualidade política; e, no segundo, sobre os cidadãos individuais que compõem a nação, considerados enquanto tais como indivíduos” (HAMILTON; MADISON; JAY. *op. cit.*, p. 162).

de 1781 para organizar uma nação, não correspondia ao que a doutrina política então entendia por federalismo, enquanto forma de Estado oposta à de unidade⁶².

Posteriormente, a partir do estudo do processo político norte-americano, será elaborada a distinção entre o conceito de *federação* e o de *confederação*, se bem que, no entanto, encontram-se sérias dificuldades para defini-los e precisar suas diferenças⁶³. Assim, discutiu-se como definir a confederação, como distinguir suas características das do Estado federal, como deslindar a dificuldade da superposição do direito internacional e do direito interno que ela implica, como abordar a questão da soberania e da personalidade estatal, e outros problemas, todos estritamente conectados entre si. Segundo um ponto de vista suficientemente compreensivo, a confederação seria “(...) uma sociedade de Estados independentes, que possuem órgãos próprios permanentes para a realização de um fim comum”⁶⁴.

Em geral, as considerações a respeito da confederação, que em última instância não fazem outra coisa que refletir a experiência histórica conhecida – a liga aqueia, a

⁶² Característica que Tocqueville já observava num texto em que, ao mesmo tempo que dá conta da distinção – que posteriormente se expressou no atual uso diferenciado dos termos *federação* e *confederação* –, segue, no entanto, usando o vocábulo confederação para aludir ao Estado federal surgido da Constituição da Filadélfia: “Esta Constituição, que à primeira vista alguém pode ver-se tentado a confundir com as Constituições federais que a precederam, repousa, com efeito, sobre uma teoria inteiramente nova, a qual deve-se apontar como um grande descobrimento da ciência política dos nossos dias. Em todas as confederações que precederam a confederação norte-americana de 1789, os povos que se aliavam com um fim comum consentiam em obedecer às determinações de um governo federal; porém, conservavam o direito de ordenar e vigiar entre si a execução das leis da União. Os Estados da América do Norte que se uniram em 1789 não só consentiram que o governo federal lhes ditasse leis, mas também que ele mesmo as executasse” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. México: F.C.E., 1957, p. 151).

⁶³ Um dado significativo para perceber a persistência da confusão da linguagem na Argentina é que Lucio V. López, em seu curso de Direito constitucional, não perceba essa diferença entre confederação e estado federal, tanto ao tratar do caso norte-americano como do argentino – LÓPEZ, Lucio V. *Curso de Derecho Constitucional*: Extracto de las conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires. v. I. Buenos Aires, 1891, p. 96 e 271 et seq. Contudo, mais notável é que, no segundo desses lugares, trate o caso argentino como confederativo, para sublinhar as facultades dos governos provinciais emanadas da Constituição: “Os governos de província são a agrupação que constitui a verdadeira nação; seja do governo nacional, um governo de exceção, não só pela especialidade [sic: especificidade?] das matérias que lhe competem, seja porque teve por objeto sua criação arrebatada dos governos de província todas aquelas facultades que poderiam originar conflitos se seu exercício fosse deixado aos poderes de província”.

⁶⁴ Resumindo sua análise, o autor que transcreve esse texto, acrescenta: “A ideia consiste, portanto, em que na confederação os Estados se vinculam de modo permanente em uma organização paritária, por meio de laços internacionais, que dá lugar a uma instituição internacional que atua em nome dos Estados membros em determinadas relações, tratados, declaração de guerra e, às vezes, com fins económicos, administrativos ou políticos, com graus diversos de cristalização e eficácia prática. A notas de permanência, organização e diversidade de fins da confederação distinguem-na de outras ligas internacionais (alianças, por exemplo)”. OTTOLENGHI, Giuseppe. *Lezioni di Diritto Internazionale Pubblico*. Anno Academico 1946-47. Torino: G. Giappichelli, p. 146 – *apud* VERDÚ, Pablo Lucas. Confederación. In: MASCAREÑAS, Carlos E. (Coord.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. Barcelona: Francisco Seix, 1952, p. 911. Esse artigo provê um útil resumo do tema (p. 910 et seq.). Uma síntese, com uma extensa bibliografia, encontra-se também em: SPOTA, Alberto Antonio. *Confederación y estado federal*: Conceptos y esenciales disimilitudes. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

confederação helvética, a confederação norte-americana... –, sublinham as questões de defesa e de política econômica na origem das confederações. Assim como um de seus traços característicos assinalado pela maioria dos autores que se ocupam do tema é que os Estados membros de uma confederação retêm sua soberania externa⁶⁵.

Esta característica de estar formada por Estados independentes, própria da confederação, encontramos-la tanto nos tratadistas contemporâneos como anteriormente em Montesquieu ou n' *O Federalista*. Montesquieu julgava que a confederação era uma forma apropriada de governo que reunia as vantagens interiores do republicanismo e as exteriores do regime monárquico, e se referia a ela – em sua linguagem, a república federativa – como “uma sociedade constituída por outras sociedades”, e a seus membros mediante conceitos como “corpos políticos”, “sociedades”, “pequenas repúblicas” etc.⁶⁶. *O Federalista*, citando Montesquieu, definia a confederação – a “república confederativa” – “como ‘uma reunião de sociedades’ ou como a associação de dois ou mais Estados em um só”. Quanto às modalidades do Estado confederado, observa na continuação que: “a amplitude, modalidades e objetos da autoridade federal são puramente discricionários. Porém, enquanto subsista a organização separada de cada um dos membros” (...) “seguirá sendo, tanto de fato como em teoria, uma associação de Estados, ou seja, uma confederação”⁶⁷.

102

11 O CASO RIO-PLATENSE: CONFEDERAÇÃO DE “PROVÍNCIAS”?

Retornando ao nosso assunto, o surpreendente é que este critério do atual direito político que distingue os conceitos de federação e confederação como correspondentes a duas distintas formas de organização política, esta noção da distinta natureza de uma confederação e de um Estado federal, não impeça de seguir englobando as expressões da política antimonárquica e antiunitária posteriores à independência na comum denominação de federalismo. Porque, da adequada compreensão da diferença que ambas as formas supõem, infere-se a distinta natureza das unidades políticas participantes do processo histórico posterior à independência. Isto é, se do que se tratava era uma confederação, então seus

⁶⁵ Este traço, inexistente na Confederação Argentina surgida do Pacto Federal de 1831, outorga-lhe um cariz peculiar.

⁶⁶ MONTESQUIEU. *op. cit.*, p. 91.

⁶⁷ HAMILTON; MADISON; JAY. *op. cit.*, p. 35.

protagonistas, a que nós chamamos de províncias, não podiam ser outra coisa senão Estados livres e soberanos, com plena independência em termos de direito internacional.

A confusão pode ser atribuída ao fato de que a dificuldade apresentada pelo caso platino, e que pode explicar a renúncia a reconhecer a distinção confederação/Estado federal, é a da natureza jurídico-política das partes confederadas, que no caso foram as denominadas “províncias”. Pois não pode menos do que chamar a atenção o fato de não se haver reparado no anômalo de uma confederação – reunião de Estados independentes – criada por “províncias” – por definição, partes de outro Estado que as engloba⁶⁸.

Por exemplo, Juan A. González Calderón – destacado historiador constitucionalista da primeira metade do séc. XX – percebe com clareza a natureza jurídica que as partes signatárias do Pacto Federal de 1831 possuíam. Segundo esse autor, este pacto, o “estatuto fundamental” ou “lei fundamental” da Confederação Argentina, que foi o acordo mais importante concertado pelas províncias platinas desde 1810 com o propósito de alcançar a organização constitucional que as unisse em um Estado nacional, cumpriu o mesmo papel que os “Artigos de Confederação e União Perpétua” dos Estados Unidos, com os quais tem muitas similitudes⁶⁹. Seguindo a outro dos principais constitucionalistas argentinos, Luis V. Varela, González Calderón observa que o regime de confederação vigente desde então foi exercido com amparo na doutrina constitucional norte-americana do período 1778-87 ou à germânica de 1815⁷⁰. E, quanto à entidade das partes confederadas, sustenta:

Entre a situação dos Estados norte-americanos confederados (1778-1787) e a das províncias argentinas confederadas (1831-1852) há grande analogia, ainda que não haja identidade. A comparação pode ser feita sem exagerar a concordância. Desde logo, o fundamento, a base, dessas duas confederações foi o *pacto*, o que significa que as partes contratantes, Estados ou Províncias, eram entidades jurídicas com absoluta capacidade ou plenitude de poder para obrigarem-se, e delegarem voluntariamente a uma autoridade comum os direitos e atribuições cujo exercício particular não lhes convinha reservar⁷¹.

⁶⁸ Também é o caso da Holanda após a dominação espanhola. Assim, Montesquieu alude à confederação formada por Estados e províncias, sem comentário a respeito (MONTESQUIEU. *op. cit.*, p. 91 et seq.). Esta circunstância possivelmente contribuiu para que os tratadistas argentinos não se aprofundassem no problema. Cabe observar, no caso holandês, que a denominação de províncias era também um hábito remanescente da recente dominação dos Habsburgos.

⁶⁹ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *op. cit.*, 1930, 184 et seq.

⁷⁰ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *op. cit.*, 1930, p. 187.

⁷¹ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *op. cit.*, 1930, p. 187. Entre as diferenças, há uma “importante e profunda”: os Artigos norte-americanos instituíram um Congresso como poder central, enquanto que, no caso argentino, uma Comissão Representativa, que foi dissolvida em pouco tempo e substituída, só no relativo às relações exteriores e a

Apesar disso, o autor não extrai tudo o que naturalmente decorre de seu ponto de vista. Não deixa de considerar a natureza das entidades constituintes da Confederação de 1831 como a de *províncias*, cuja índole estatal designa com as palavras *autonomia* ou *independência*, porém sem afrontar, em momento algum, o que se seguiria de reconhecer nas partes que se confederam a plena natureza de Estado. Mais ainda, retrocedendo em certo momento, ao afirmar que “(...) cada uma era uma entidade quase-soberana (...)”⁷².

Entretanto, como já advertimos, a questão não havia deixado de ser percebida no curso dos intentos constitucionais da primeira metade do século. Assim, possuímos alguns testemunhos que mostram a distinção, bem como a correlação implicada nos pares conceituais *província/Estado* e *federação/confederação*, a qual não havia sido ignorado nos anos posteriores à independência. Vejamos, por exemplo, a breve interrupção de um deputado no curso de um debate do Congresso Constituinte sobre o nome da futura nação, em janeiro de 1825 – texto no qual a palavra “federação” equivale, na realidade, a “confederação”, segundo o já exposto sobre o uso desse termo à época:

Caso se considere que se há de estabelecer um sistema de unidade, estará bem a aprovação desta denominação de Províncias Unidas etc., pois as províncias são departamentos subordinados a um centro de unidade; mas, se se adota o sistema de federação, serão Estados e não províncias; portanto, creio que, sancionando-se como está, deveria ser deixando-se a reserva de variar a palavra *províncias* no lugar de *Estados*, se se houvesse de adotar o sistema de federação.

Esta observação é compartilhada por outro deputado, que, ao expressar seu critério, também usa a palavra “federação” no sentido indicado: “(...) certamente, se por convênio ou convencimento das províncias que formam o Estado, vem a resultar que a forma de governo que se adota seja a de federação, o nome Províncias Unidas não ficará bem, e deverá ser Estados Unidos”⁷³.

assuntos de paz e guerra, pelo Governador de Buenos Aires (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *op. cit.*, 1930, p. 188).

⁷² GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *op. cit.*, 1930, p. 189.

⁷³ RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – Universidad de Buenos Aires, 1937, p. 1026.

12 TESTEMUNHOS SIGNIFICATIVOS

A qualidade de Estados independentes que as províncias platinas possuíram foi percebida por observadores da época que não podiam se enganar a respeito. Vários textos, um de uma etapa inicial e os outros do final do período, merecem destaque. O primeiro deles pertence a Juan Manuel de Rosas, que expressava seu desgosto com o tratado subscrito pelas províncias do Litoral, a 31 de janeiro de 1831: “Concluiu-se o tratado e não tive um momento de ilusão (...). (...) As províncias vieram realmente a ser estados diferentes, e se não se busca outro fundamento que os que até agora foram colocados em prática, jamais se ligarão”⁷⁴.

Esta manifestação de desgosto em relação ao que avaliava como política das outras províncias não impediu que, um pouco mais tarde, o principal porta-voz do governo de Buenos Aires, Pedro de Angelis, defendesse a mesma política como um direito dessa província: “(...) A soberania das províncias é absoluta, e não tem outros limites senão os que querem lhe prescrever seus próprios habitantes. Assim é que o primeiro passo para se reunir em corpo de nação deve ser tão livre e espontâneo como o seria para França aderir à aliança com a Inglaterra”⁷⁵.

Esta mesma característica, no entanto, será observada, mais detalhadamente, por Juan Bautista Alberdi em 1852, após a queda de Rosas. Alberdi percebe que o regime político de cada uma das províncias argentinas depois de 1820 possuía conformação *nacional*. Segundo seu critério, o conjunto das províncias havia imitado à de Buenos Aires quanto ao que considera usurpar prerrogativas correspondentes à nação. O governo de Buenos Aires, organizado por Rivadavia, em 1821:

Era o primeiro governo de província que aparecia na República Argentina, organizando-se com independência, prescindindo dos demais povos e revestindo todas as formas de um governo representativo completo em seus elementos. Era um

⁷⁴ Rosas a García, Santa Fe, 28 de janeiro de 1831 apud NICOLAU, Juan Carlos. *Correspondencia inédita entre Juan Manuel de Rosas y Manuel José García*. Tandil: Instituto de Estudios Histórico-Sociales; U.C.P.B.A., 1989, p. 50 (mimeografado). Rosas expressava seu desgosto por não haver podido submeter as províncias litorais a uma organização política regida pela de Buenos Aires.

⁷⁵ El Lucero (1832) apud RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Relaciones interprovinciales: La Liga Litoral (1829-1833)*. Documentos para la Historia Argentina. Tomo XVII. Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras – Instituto de Investigaciones Históricas, 1922, p. 196 (Segundo Apêndice, doc. n° 19). De Angelis respondia ao governador de Corrientes, Pedro Ferré, o qual havia criticado duramente a oposição de Buenos Aires à convocação da assembleia constituinte prevista no Tratado de 1831.

resultado de isolamento provincial consentido e confessado, consagrado como opinião triunfante e erigido em sistema de governo⁷⁶.

E adiciona:

A mera existência de catorze governos completos em seus poderes elementares só significava o desmembramento do governo nacional e a radicalização do isolamento em instituições locais permanentes; significava a criação de muitos governos isolados e independentes, vivendo nesse estado de coisas que impropriamente se chamou de *federal*, e dando origem à imensa dificuldade que hoje se enfrenta de recolher os poderes dispersos para formar o governo geral derogado pelas leis locais e olvidado pelos costumes emanados dessas leis.

Essa dificuldade, insiste, é a que as províncias: “(...) hoje experimentam para desprenderem-se do uso das faculdades nacionais a que se acostumaram já pelo período de trinta anos”⁷⁷.

Em Alberdi, há dois critérios que é preciso distinguir: um, o do caráter nacional das instituições que as províncias adotavam (a adoção de “todas as formas de um governo representativo completo”). Outro, que isso era produto do abandono de um sistema nacional preexistente:

Até 1821 a República Argentina jamais havia conhecido outro governo que o nacional ou central: primeiramente, sob o antigo regime, o governo geral do Vice-reinado do Prata, e desde 1810, com breves interregnos, o governo republicano nacional das Províncias Unidas, até 1820, no qual a Constituição unitária de 1819 deixou de ser respeitada pelos povos sublevados contra o governo central mal organizado.

Esta segunda tese, que “põe” a Nação no começo do processo, discutimo-la em outro lugar⁷⁸. Interessa-nos, agora, a primeira. É dizer, como e por que Alberdi concebe que algo feito nas províncias era de índole nacional. O que foi que Buenos Aires fez, sendo imitada a seguir pelas demais províncias? “Imitou o que conhecia: copiou as atribuições do governo nacional, realista e pátrio, do qual havia sido capital [*cabeza*] durante dois séculos, e conferiu-as a seu governo de província”.

⁷⁶ ALBERDI, Juan Bautista. *Derecho público provincial argentino*. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1917, p. 133 (1. ed. de 1853). Ver o parágrafo I da Segunda Parte – parte dedicada ao “Exame crítico das instituições atuais de província na República Argentina”.

⁷⁷ ALBERDI, Juan Bautista. *op. cit.*, p. 136 e 137.

⁷⁸ CHIARAMONTE, José Carlos. El mito de los orígenes en la historiografía latinoamericana. *Cuadernos del Instituto Ravignani*, Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, n. 2, 1991.

De modo que Buenos Aires, “(...) designando-se faculdades nacionais, em vez de organizar-se em *província*, organizou-se em *nação*; e as outras províncias, copiando literalmente a planta de seu governo em virtude do princípio da igualdade aceito em tratados por Buenos Aires, deram à luz catorze governos argentinos de caráter nacional em razão do nível, qualidade e extensão de seus poderes”⁷⁹.

O que aqui foi expresso por Alberdi é a percepção da substância confederativa subjacente ao chamado “federalismo”: o processo de formação de conatos de Estados-nação nos contornos das chamadas províncias.

As demais províncias, continua o autor das *Bases...*, desenvolveram uma política similar. O Estatuto provisório constitucional de Entre Ríos, de 1822, e a constituição de Corrientes, de 1824, que considera imitações da Constituição de 1819, davam a essas províncias faculdades de nação. A legislação da província de Mendoza, antes de sua Constituição formal, também assumia atribuições nacionais⁸⁰.

De sua parte, num livro publicado em 1850, Sarmiento oferece-nos um notável testemunho desta situação política do Rio da Prata ao finalizar a primeira metade do século. Em *Argirópolis*, observamos que o autor do *Facundo* não enxerga melhor perspectiva que a de unir toda a região em uma confederação, perspectiva que mais tarde, uma vez alcançada a união federal de 1853, rechaçará vigorosamente. Porém, quando escreve *Argirópolis*, sua perspectiva não ia mais além da forma confederativa, pois propunha uma Confederação formada por cada província das que então integravam a Confederação Argentina, junto ao Uruguai e ao Paraguai, e cuja capital seria na ilha de Martín García. Trata-se de uma fórmula que consulta, afirmava,

(...) os interesses de cada uma das províncias que formam a Confederação Argentina, os da República do Uruguai e os do Paraguai, todas e cada uma interessadas em estabelecer um regramento para suas relações comerciais, navegação de seus rios e sua independência recíproca, sem sacrificar os interesses de todas as províncias pelo de uma delas, nem o de todos os Estados partícipes pelo de um só⁸¹.

⁷⁹ ALBERDI, Juan Bautista. *op. cit.*, p. 133, 137 e 138. Alberdi julga a partir desse critério a política de Buenos Aires logo da organização constitucional: “Antes eram suas leis avulsas de caráter constitucional as depositárias desses princípios de dissolução do governo nacional argentino; hoje, o é sua Constituição moderna de *Província-Estado*, na qual refundiu essas leis de desordem para levar adiante, como de há trinta anos, o sistema de estorvar e contrariar a instituição de um governo comum a todas as províncias, a fim de que não passem às mãos deste os poderes e rendas nacionais de que Buenos Aires desfrutou por abuso” (Ibidem. p. 150).

⁸⁰ ALBERDI, Juan Bautista. *op. cit.*, p. 186, 188, 190 e 191.

⁸¹ SARMIENTO, Domingo F. *Argirópolis [o la capital de los estados confederados del Río de la Plata]*. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1916, p. 75 e 69 (1. ed. de 1850).

Aparentemente, a partir da interpretação que então fazia da realidade platina, Sarmiento parecia resignar-se com o caminho confederativo como perspectiva imediata. Poucos anos depois, em 1853, em seus *Comentarios a la Constitución...*, obra que teve maior influência, afastará a possibilidade de interpretar a Constituição de 53 em termos confederativos, variante que repudia firmemente⁸².

Deste modo, o processo que se prolonga desde os começos do movimento de independência platina, em 1810, até a constituição de um Estado federal argentino, em 1853, verá a sucessão de duas “soberanias” distintas: a das cidades, primeiro; a das províncias, depois. Províncias que ao constituírem a Confederação de 1831, limitaram a delegação, transitória, de soberania à representação exterior pelo Governador de Buenos Aires.

O caráter soberano das cidades e, logo depois, das províncias teve expressão em um traço central da vida política do período, qual seja, o tipo de representação: em todas as reuniões para tentar organizar constitucionalmente um novo Estado, ou para regular assuntos diversos entre algumas das províncias platinas, os deputados das cidades ou das províncias tinham caráter de *apoderados*, à semelhança dos “procuradores” do Antigo Regime espanhol. Em que pese os intentos, desde cedo, para converter esses *apoderados* em “deputados da nação” – o primeiro deles registrado já na Assembleia do ano XIII –, o mandato imperativo prevaleceu nesse tipo de reuniões até 1852, quando a reunião dos governadores argentinos, cujas resoluções são conhecidas como Acordo de São Nicolau, desterrou definitivamente essa prática ao proscrevê-la para o Congresso constituinte em elaboração⁸³. Se os deputados das províncias deixaram de ser *apoderados* em algum momento, foi para converterem-se em “agentes diplomáticos”, como quando, na esteira do fracasso constitucional de 1826, as províncias se assumem como sujeitos de direito internacional.

A decisão de ajustar explicitamente suas relações ao direito internacional em nenhum lugar ganhou mais força do que na própria Buenos Aires, em cuja Junta de Representantes se sublinhou essa realidade por parte do membro da Comissão encarregada de examinar o Tratado de 1831 para sua ratificação: “(...) a comissão, ao considerar o presente tratado, não havia perdido de vista que os povos da República, em seu atual estado de independência

⁸² SARMIENTO, Domingo F. *op. cit.*, 1948, p. 55 et seq.

⁸³ A respeito desta questão fundamental, cf. nosso trabalho já citado: CHIARAMONTE, José Carlos. El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. In: CARMAGNANI, Marcello (Coord.). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. México: El Colegio de México; F.C.E., 1993.

recíproca, encontravam-se na situação de outras tantas nações igualmente independentes; e, portanto, lhes eram aplicáveis os princípios gerais do direito das nações”⁸⁴.

Um testemunho disso foi a decisão do governador bonaerense Viamonte, em 1834, de publicar uma recopilação de todos os tratados diplomáticos subscritos por Buenos Aires a partir de 1810, com outros Estados do Rio da Prata e também com os de outros países, claro testemunho do *status* que adjudicavam a si mesmas as denominadas províncias⁸⁵.

REFERÊNCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. *Derecho público provincial argentino*. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1917.

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*. México D. F.: Instituto Panamericano de Historia y Geografía, 1951.

ARTÍCULOS de confederación y perpetua unión entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Paraguay, Banda Oriental del Uruguay, Córdoba, Tucumán, etc. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo VI, Segunda Parte. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – UBA, 1937.

CANTER, Juan. Una interesante carta de Pueyrredón. *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas*, Buenos Aires, t. XVII, n. 58-60, 1934.

CARRILLO, Joaquín. *Jujuy, Provincia federal argentina*. Apuntes de su historia civil. Buenos Aires: Impr. del Mercurio, 1877.

CERVERA, Manuel M. *Historia de la ciudad y provincia de Santa Fe, 1573-1853*. Tomo II. Santa Fe: La Unión de Ramón Ibáñez, 1907.

CHIARAMONTE, José Carlos. Ciudad, provincia, nación: las formas de identidad colectiva en el Río de la Plata colonial. *Actas del III Congreso Argentino de Hispanistas “España en América y América en España”*. Tomo 1. Buenos Aires: Instituto de Filología Hispánica “Amado Alonso”, Facultad de Filosofía y Letras - U.B.A., 1993.

⁸⁴ Discurso do membro informante da Comissão encarregada de revisar o Tratado de 1831, Félix de Ugarteche, na Reunião secreta da Junta de Representantes da província de Buenos Aires apud RAVIGNANI, Emilio. (Org.). *Relaciones interprovinciales, La Liga del Litoral*. Documentos para la Historia Argentina. Tomo XVII. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1921, p. 74 et seq. (doc. n° 52). Sobre o carácter de negociações diplomáticas que as reuniões das províncias argentinas explicitamente assumiram e seu ajuste ao direito internacional, na sequência do fracasso do Congresso Constituinte de 1824-1827, também ver nosso trabalho “El federalismo argentino en la primera mitad del siglo” citado acima.

⁸⁵ REGISTRO Diplomático del Gobierno de Buenos-Aires. Buenos Aires: Imprenta del Estado, 1835. CHIARAMONTE, José Carlos. Los diplomáticos del Río de la Plata. *Ñ, Revista de Cultura*, 2 de maio de 2015.



_____. El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. In: CARMAGNANI, Marcello (Coord.). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. México: El Colegio de México; F.C.E., 1993.

_____. El mito de los orígenes en la historiografía latinoamericana. *Cuadernos del Instituto Ravignani*, Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, n. 2, 1991.

_____. *Formas de economía y sociedad en Iberoamérica*. México: Grijalbo, 1984.

_____. La antigua Constitución luego de las independencias, 1808-1852. *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, v. 50, n. 199, out.-dez. 2010.

_____. Legalidad constitucional o caudillismo: el problema del orden social en el surgimiento de los estados autónomos del Litoral argentino en la primera mitad del siglo XIX. *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, v. 26, n. 102, jul.-set. 1986.

_____. Los diplomáticos del Río de la Plata. *Ñ, Revista de Cultura*, 2 de maio de 2015.

_____. The “Ancient Constitution” after the Independences (1808-1852). *American Historical Review*, v. 90, n. 3, ago. 2010.

110

DEMICHELI, Alberto. *Formación constitucional rioplatense*. Tomo I. Montevideo: Depalma, 1955.

_____. *Formación constitucional rioplatense*. Tomo II. Montevideo: Depalma, 1955.

FERRÉ, Pedro. *Memoria del brigadier general Pedro Ferré*: octubre de 1821 a diciembre de 1842. Buenos Aires: Coni, 1921.

GACETA. Artigo “sobre federaciones”. 30/III/1815.

GAZETA. 25 de outubro de 1810.

GAZETA de Buenos-Ayres. 14 de fevereiro de 1811.

GOLDMAN, Noemí. Legalidad y legitimidad en el caudillismo. Juan Facundo Quiroga y La Rioja en el Interior rioplatense (1810-1835). *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, 3ª série, n. 7, 1993.

GÓMEZ, Hernán F. *Bases del Derecho Público correntino*. Corrientes: Impr. del Estado, 1915.

_____. *Historia de la Provincia de Corrientes*: desde el tratado del Cuadrilátero a Pago Largo. Corrientes: Impr. del Estado, 1929.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Derecho constitucional argentino: Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 1930.

_____. *Introducción al derecho público provincial*. Buenos Aires: Lajouane, 1913.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El Federalista*. México: F.C.E., 1974.

HISTORIA de la Nación Argentina. 3. ed. v. VII. Primera Sección. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, s.d.

LEVENE, Ricardo. *Las Provincias Unidas del Sud en 1811 (Consecuencias inmediatas de la Revolución de Mayo)*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1940.

_____. Los primeros documentos de nuestro federalismo político. *Humanidades*, t. XXIII, La Plata, 1933.

LEY Constitucional, sancionada por el Congreso para el gobierno de la Provincia de Corrientes. Seção II, Art. 11, *R.O.P.C.*, I.

LÓPEZ, Lucio V. *Curso de Derecho Constitucional: Extracto de las conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires*. v. I. Buenos Aires, 1891.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1985.

NICOLAU, Juan Carlos. *Correspondencia inédita entre Juan Manuel de Rosas y Manuel José García*. Tandil: Instituto de Estudios Histórico-Sociales; U.C.P.B.A., 1989.

NOVÍSIMA Recopilación de las Leyes de España (Libro VII, Título III, Ley I e Ley VII; Título IV, Ley I e Ley II). *Los códigos españoles concordados y anotados*. 2. ed. Tomo VIII. Madrid: A. de San Martín, 1872.

PADILLA, Alberto Gabriel. *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1921.

PETIT MUÑOZ, Eugenio. *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*. Primera Parte. Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay, Facultad de Humanidades y Ciencias, 1956.

RAMOS, Juan P. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo I. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1914.

_____. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo II. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916.

_____. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo III. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916.

RAVIGNANI, Emilio. “El Congreso nacional de 1823-1827, La Convención nacional de 1824-1829, Inconstitución y régimen de pactos”. *Historia de la Nación Argentina*. 3. ed. v. VII, Primera Sección. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, [s.d.].

_____. *Historia Constitucional de la República Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Peuser, 1927.

_____. *Un proyecto de Constitución relativo a la autonomía de la Provincia Oriental del Uruguay, 1813-1815*. Buenos Aires: Impr. de la Universidad de Buenos Aires, 1929.

RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – Universidad de Buenos Aires, 1937.

_____. *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo VI. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – Universidad de Buenos Aires, 1937.

_____. *Relaciones interprovinciales: La Liga Litoral (1829-1833)*. Documentos para la Historia Argentina. Tomo XVII. Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras – Instituto de Investigaciones Históricas, 1922.

RECOPIACIÓN de Leyes, Decretos y Acuerdos de la Provincia de Entre Ríos, desde 1821 a 1873. Tomo I – 1821 a 1824.

REGISTRO Diplomático del Gobierno de Buenos-Aires. Buenos Aires: Imprenta del Estado, 1835.

REGISTRO Oficial de la Provincia de Corrientes. Ley nº 1, 26/XI/1821. Tomo I, [s.d].

REGISTRO Oficial de la Provincia de Santa Fe. 1815 al año 1817. Tomo I. Santa Fe, 1888.

REGISTRO Oficial de la República Argentina. Tomo I, 1810 a 1821. Buenos Aires, 1879.

REGLAMENTO constitucional para la nueva provincia de Catamarca, dado por su asamblea de 11 de julio de 1823. In: RAMOS, Juan P. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo I. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1914.

REGLAMENTO para la organización política de la provincia de Santiago del Estero (...), 26 de julio de 1830. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Tomo VI. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – Universidad de Buenos Aires, 1937.

REGLAMENTO provisional de Gobierno para los Pueblos de Cuyo, 1821. In: RAVIGNANI, Emilio (Org.). *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo VI. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras – Universidad de Buenos Aires, 1937.

REGLAMENTO provisorio de la provincia de Córdoba para el régimen de las autoridades de ella, expedido el 30 de enero de 1821. In: RAMOS, Juan P. *El Derecho Público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913*. Tomo I. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1914.

SARMIENTO, Domingo F. *Argirópolis [o la capital de los estados confederados del Río de la Plata]*. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1916.

SARMIENTO, Domingo F. *Comentarios de la Constitución*. Buenos Aires: Luz del Día, 1948.

_____. *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*. Santiago de Chile: Imprenta de Julio Belín y Ca., septiembre de 1853.

SOSA, Ismael. *Historia constitucional del Tucumán*. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945.

SPOTA, Alberto Antonio. *Confederación y estado federal: Conceptos y esenciales disimilitudes*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

TEDESCHI DE BRUNET, Sonia. Los últimos años de una institución colonial: el Cabildo de Santa Fe y su relación con otros espacios político-institucionales entre 1819 y 1832. *Revista de la Junta Provincial de Estudios Históricos de Santa Fe*, n. LIX, 1993.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. México: F.C.E., 1957.

VANOSSI, Jorge R. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1987.

VANOSSI, Jorge R. La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina. *Revista Jurídica de San Isidro*, dez. 1976.

_____. *Situación actual del federalismo*. Buenos Aires: Depalma, 1964.

VERDÚ, Pablo Lucas. Confederación. In: MASCAREÑAS, Carlos E. (Coord.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. Barcelona: Francisco Seix, 1952.



A ANÁLISE RETÓRICA NA TEORIA DO DIREITO

THE RHETORICAL ANALYSIS IN LEGAL THEORY

Pedro Parini*

RESUMO: Este artigo tem por objetivo discutir as possibilidades de se empregar o esquema da retórica analítica ao estudo teórico do direito em seus diferentes níveis de discursividade e reflexividade. A abordagem retórico-analítica pressupõe três diferentes níveis de retoricidade da linguagem: o material, o prático e o analítico. Procuro estruturar a própria ideia de direito a partir deste ponto de vista retórico afim de esboçar uma teoria retórica do direito. Desse modo seria possível estabelecer três níveis para a retórica do direito: o nível mais básico da retórica material do próprio vocabulário empregado na confecção de textos normativos; o nível intermediário da retórica da dogmática jurídica; e, por fim, o nível mais elevado, do ponto de vista reflexivo da argumentação, da retórica analítica da teoria e da filosofia do direito. Se essa hipótese se confirma, será possível afirmar que o direito é um fenômeno essencialmente retórico, isto é, argumentativo e dependente dos discursos jurídicos em seus três diferentes níveis de retoricidade.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the possibilities of applying the analytical rhetorical scheme to the theoretical study of law in its different levels of discursivity and reflexivity. The analytical rhetorical approach presupposes three different levels of language's rhetoricity: the material one, the practical one and the analytical one. I try to structure the very idea of law from this analytical rhetorical point of view in order to outline a rhetorical theory of law. In this way, it would be possible to establish three levels for the rhetoric of law: the most basic level of material rhetoric of the very vocabulary employed in the making of normative texts; the intermediate level of the rhetoric of legal dogmatics; and, lastly, the highest level, from the point of view of argumentation, of the analytical rhetoric of both legal theory and legal philosophy. If this hypothesis is confirmed, it will be possible to sustain that law is an essentially rhetorical phenomenon, that is, argumentative and dependent on legal discourses in its three different levels of rhetoric.

PALAVRAS-CHAVE: Retórica Analítica. Retórica Judicial. Teoria do Direito.

KEYWORDS: Analytical Rhetoric. Judicial Rhetoric. Legal Theory.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os Três Planos da Retórica do Direito. 2 Os Pilares Teóricos para a Construção da Análise Retórica do Direito. 3 Desdobramentos da Análise Retórica do Direito e da Dogmática Jurídica. 3.1 O Esquema da Retórica Analítica Aplicado ao Direito. 3.2 A Análise Fonética do Direito. 3.3 A Análise Holotática ou Holística do Direito. 3.4 A Análise Semiótica do Direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O intuito deste estudo é promover o exame crítico, o desdobramento e a divulgação da retórica analítica proposta por Ottmar Ballweg, um dos poucos continuadores da tradição tópico-retórica iniciada por Theodor Viehweg na Escola de Mainz na Alemanha, além de propor o esquema da retórica analítica como método de investigação para a teoria do direito.

A tese de Ballweg a respeito da tripartição da retórica em três níveis distintos é tomada como pressuposto de desenvolvimento de uma retórica analítica, isto é, de um esquema interpretativo da própria retórica em sua imanência linguística e em suas estratégias de persuasão. Tradicionalmente, o que se entende por retórica é apenas o conjunto de técnicas voltadas à confecção de discursos persuasivos. Para esta visão do senso comum, a retórica não

* Pós-Doutor pela Università di Bologna. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto do Departamento de Teoria Geral do Direito e Direito Privado da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coordenador do grupo de pesquisa "Retórica, Hermenêutica e Direito".

passa do nível de um mero conjunto de regras técnicas voltadas estrategicamente aos efeitos da persuasão, e nunca a um nível científico – ou analítico – de observação ou teorização sobre a função social das técnicas de persuasão, as características dos discursos persuasivos e a própria ideia de persuasão. Sem falar no caráter antropológico da retórica.

A metodologia da retórica analítica, empregada aqui como recurso para a análise de fenômenos jurídicos, assume esse papel científico, crítico e reflexivamente distanciado das necessidades práticas de persuasão da dogmática jurídica. Nada obstante, a retórica analítica, pelo fato de ser auto-reflexiva, seria capaz de ser compreendida como uma forma de teoria, mais abstrata e teórica em seus propósitos, mas ainda assim retórica. Isto é, a retórica analítica, apesar de sua atitude teorética e descritivista se reconhece como produto de discursos, argumentos, relatos e narrativas que visam a transmitir o conhecimento e levar à ação por meio do convencimento e da persuasão. A diferença entre a retórica analítica da teoria do direito e a retórica prática da dogmática está no fato de que na retórica analítica a persuasão assume um caráter científico demonstrativo que não pode estar presente na atividade dogmática em razão das necessidades concretas de decisão e fundamentação jurídicas.

116

1 OS TRÊS PLANOS DA RETÓRICA DO DIREITO

O direito pode ser visto como um caso especial não só de arte ou técnica retórica, mas como sendo imanentemente retórico no que se refere a seu vocabulário próprio, seus discursos e também no que diz respeito a sua produção de conhecimento. Falamos em três dimensões da retórica jurídica, porque a própria retórica pode ser compreendida de três diferentes modos (NIETZSCHE, 1922, p. 291): retórica como *dýnamis* (δύναμις), como *téchne* (τέχνη) e como *epistéme* (ἐπιστήμη).

ARISTÓTELES (1996, p. 10 [I, 1355b]), explicitamente ambíguo – o que torna o trabalho moderno de tradução difícil e conseqüentemente variado – entende-a tanto como *téchne* quanto como *dýnamis*. Quando afirma que “*ésto dè he rhetorikè dýnamis perì hékaston tou theorêsai tò endechómenon pithanón*” (“*ἔστω δὴ ἡ ῥητορικὴ δύναμις περὶ ἕκαστον τοῦ θεωρῆσαι τὸ ἐνδεχόμενον πιθανόν*”), ou seja “a retórica é a arte [*téchne*] de descobrir

especulativamente o que em cada caso é próprio para persuadir”¹, ou “a retórica pode ser definida como faculdade [*dýnamis*] de descobrir o possível meio de persuasão em relação a qualquer objeto”², ou ainda “entendamos por retórica a capacidade [*dýnamis*] de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”³, define-a como *dýnamis*, mas ao mesmo tempo leva os tradutores modernos a empregarem indistintamente as expressões “arte”, “faculdade” ou “capacidade”. Talvez isso se deva ao fato de que, logo em seguida, já nas linhas subsequentes de seu texto, o próprio Aristóteles usa reiteradas vezes a expressão *téchne* para se referir à retórica ou simplesmente mencioná-la, conectando-a também à noção de *theoría* (*θεωρία*) e à ação de *theoréo* (*θεωπέω*).

Possivelmente foi em consideração a essa tripartição suscitada por Nietzsche nos seus estudos de retórica que Ottmar Ballweg tomou como pressuposto para sua teoria os três diferentes níveis de retórica: “material” como sendo, num primeiro nível, uma espécie de *dýnamis* típica e intrinsecamente humana; “prática” entendida como *téchne* e, no nível mais abstrato, a “analítica”, como *epistéme*.

Neste sentido oferecido por Ottmar BALLWEG (1989, p. 230), ao modo de Nietzsche, portanto, é possível empregar a palavra retórica de três diferentes formas, ou seja, material, prática e analítica.

Procuro aplicar como modelo metodológico essa tripartição analítica da retórica para compreender o próprio direito em três diferentes níveis: o da retórica material de seus conceitos e metáforas, o da retórica prática dos modelos da dogmática jurídica e o da sua própria retórica analítica em forma de narrativas da teoria e filosofia jurídicas. Isso significa dizer que o direito também tem, do ponto de vista retórico-analítico, três níveis distintos: em primeiro lugar, o nível mais basal de sua retórica material, que também pode ser chamada de “existencial” (ADEODATO, 2013, p. 12) que é o nível da linguagem objeto dos juristas empregada na redação de textos normativos que formam leis, códigos, decretos, resoluções, portarias, emendas à constituição, a própria constituição, decisões judiciais, súmulas dos tribunais, precedentes, acórdãos, contratos, petições, sentenças, despachos – em suma, qualquer documento jurídico dotado de autoridade. Em segundo lugar, pode-se falar de uma retórica prática da linguagem dogmática do direito como as estratégias de sistematização,

¹ Da tradução francesa de Médéric Dufour.

² Da tradução italiana de Marco Dorati.

³ Da tradução portuguesa de Manuel Alexandre Júnior.

interpretação e manipulação da linguagem material dos textos normativos. E em terceiro lugar, teríamos a retórica analítica da teoria e da filosofia do direito com sua linguagem reflexiva, crítica e questionadora em relação à natureza, às características e à pertinência de se empregar tal ou qual conceito e de manipulá-lo dogmaticamente de diferentes formas.

Dessa forma, assumindo a analogia dos três níveis da retórica com os três níveis retóricos da linguagem jurídica, tem-se, em primeiro lugar, no sentido material, a própria retórica como objeto da análise retórica. Nesse sentido a linguagem é retórica e o que se evidencia a partir dessa constatação é o caráter retórico de toda a linguagem humana. BALLWEG (1991b, p. 176) diz que “a linguagem mesma é retórica. Ela tem todos os meios retóricos a seu alcance, cada um com a função específica que lhe é atribuída nos sistemas linguísticos sociais”.

De fato, as retóricas materiais preenchem as funções básicas da vida ordinária como, por exemplo, funções de orientação, ordenação, regularidade, vinculação duradoura, posicionamento, relacionamento. Existe um processo de condensação da retórica material que, partindo da linguagem comum, resulta nas linguagens especializadas, como as linguagens de controle do direito, do dinheiro, do poder, do amor, dos mitos, das religiões. Cada sistema linguístico que forma cada um desses âmbitos específicos constitui um vocabulário filtrado da linguagem comum, isto é, da retórica material da linguagem ordinária. Assim, no caso da retórica material do direito, palavras como, por exemplo, justiça, igualdade, liberdade, dignidade, pena, retribuição, Estado, democracia, autoridade, respeito, boa-fé etc. que formam um vocabulário essencial a essa retórica material do direito, exercem funções específicas – que podem ser diferentes ou coincidentes – tanto no âmbito da linguagem comum quanto no âmbito das linguagens especializadas de controle, como é o caso da linguagem especializada do direito.

Essas funções, contudo, podem ser, segundo BALLWEG (1991b, p. 177), mais bem desempenhadas caso sejam mantidas latentes. Seria o caso das expressões por mim acima citadas e as que o próprio Ballweg oferece como exemplo. Ele afirma que quando se fala aparentemente em “verdade” está latente o sentido de “ordem”; ou quando uma teoria propõe-se a produzir “conhecimento”, o sentido latente seria o de “orientação”; ou quando se fala em “racionalidade” tem-se na verdade “regularidade”; para o grandioso verbo “ser” a ideia subjacente seria a de uma simples “vinculação duradoura”; a latência também está presente quando se fala em “direitos”, no lugar de “posicionamento”, ou de “responsabilidade”, no

lugar de “relacionamento”. Isso quer dizer que diversos vocábulos são explicitados com o objetivo de manter latentes significados diferentes que revelam sua verdadeira função de controle e predição. A retórica analítica seria em tese capaz de desentranhar esses significados da retórica material e essas funções latentes da retórica prática.

De acordo com Ballweg, portanto, o jurista quando recorre à palavra “verdade” quer significar outra coisa diferente da verdade que o próprio direito é incapaz de prover. A palavra “verdade” empregada pelo jurista quer dizer qualquer coisa, menos literalmente verdade. O mesmo acontece com “racionalidade”. Ballweg pensa ser mais honesto aos juristas valer-se da expressão “regularidade” (*Regelhaftigkeit*) ao invés de racionalidade. “Regularidade”, pois, seria mais justo ou oportuno, ou mesmo mais exato do que “racionalidade” quando empregada em discursos jurídicos de qualquer tipo. Em todo caso, de acordo com ele, falar em “regularidade” seria menos enganador ou desorientador (BALLWEG, 1989, p. 229).

Dessa forma, a esse artifício linguístico de usar uma palavra no lugar de outra – como, por exemplo, racionalidade no lugar de regularidade – que BALLWEG (1991b, p. 177) chama de “redenominação com significado existencial” eu chamo de ironia (existencial), por meio da qual, por exemplo, a vingança ao se tornar justiça, se legitima e garante assim sua credibilidade e sua confiança, sendo capaz de continuar a exercer suas funções, mesmo que de forma latente (PARINI, 2014). A vingança, apesar de repudiada em um contexto moderno, continua existindo, mesmo que não verbalizada ou explicitada, porque é redenominada como justiça. Enquanto vingança, num vocabulário originário da retórica material da linguagem comum, se torna historicamente ilegítima, irracional, desautorizada e pessoal, por meio de outra expressão, como justiça, ela se legitima, se racionaliza e é dotada da autoridade impessoal do direito e do Estado.

O segundo sentido para a palavra identifica a retórica como sendo uma doutrina orientada à efetividade ou à realização dos discursos persuasivos. Este é o sentido tradicional das retóricas práticas compromissadas com os objetivos de produção de efeitos retóricos de persuasão e submetidas aos constrangimentos dogmáticos da obrigatoriedade de fixar textos normativos, da obrigatoriedade de interpretar esses textos de acordo com certos cânones previamente estabelecidos, da obrigatoriedade de argumentar exclusivamente com base nesses textos interpretados, da obrigatoriedade de decidir e da obrigatoriedade de fundamentar (BALLWEG, 1991b, p. 179).

É nesse âmbito da retórica prática que se desenvolvem as técnicas para a manipulação efetiva da retórica material, incluindo o aprendizado que vem com a experiência, ou com a observação e as possíveis reflexões que têm a finalidade de fundamentar teoricamente a atividade prática organizando-a em um saber tecnológico. Nas palavras de BALLWEG (1991b, p. 178), “as retóricas práticas ensinam o emprego transcendente dos meios retóricos imanentes à linguagem, objetivando a transmissão das *dóxai* tal como estas são reunidas nas dogmáticas, na intenção de persuadir, convencer ou fazer crer”. Fazem parte da retórica prática disciplinas como a doutrina da tópica, o estudo da argumentação, as artes do estilo e das figuras de linguagem, assim como desenvolvimentos lógicos ligados ao entimema e ao paradigma (PARINI, 2015), além das técnicas de interpretação e da dogmática hermenêutica.

Assim, o jurista, perito em manipular a retórica material do direito, é capaz de jogar com palavras que, do ponto de vista semântico, tudo e nada significam. As técnicas de manipulação do vocabulário jurídico fazem parte das retóricas práticas da dogmática jurídica. De acordo com BALLWEG (1991b, p. 178), “essas retóricas práticas, formais, na medida em que procuram chamar atenção para a dependência da situação e para o auditório, deveriam, enquanto conhecem a ambigüidade da língua, garantir um trânsito efetivo e bem-sucedido no trato com as retóricas materiais”. Perceba-se que manipulação, ironicamente, não tem qualquer conotação pejorativa, mas é uma condição ou garantia de credibilidade dos discursos dos dogmáticos. O fato de os juristas dogmáticos serem capazes de dominar e manipular a vagueza e a ambigüidade do vocabulário jurídico é fundamental para que se aceite como certo ou verdadeiro o que eles afirmam e impõem como certo ou verdadeiro.

Por fim, o terceiro sentido é o de retórica como metarretórica (BALLWEG, 1989, p. 232), ou seja, como uma retórica analítica. Em sua função analítica a retórica não está submetida aos mesmos constrangimentos das retóricas material e prática, mas a outros inteiramente diferentes como

a limitação a enunciados formais; a consideração permanente de que tais enunciados podem vir a se tornar empíricos; a necessidade de sua complementação através de outros princípios analíticos; a possibilidade de controle das proposições teóricas e sua compatibilidade com outras teorias analíticas; o caráter parcial das análises e de seus resultados, assim como a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos (BALLWEG, 1991b, p. 179).

A retórica analítica, pois, tem como objetivo investigar – de forma não dogmática – a estrutura e o modo de funcionamento dos outros dois âmbitos de aplicação retóricos sem que haja qualquer espécie de compromisso com as estratégias de persuasão da retórica prática. A análise retórica tem o papel apenas descritivo e não prescritivo – por essa razão, não dogmático – de averiguar tanto o conteúdo das retóricas materiais, como as regras formais das retóricas práticas, isto é, dos aspectos internos à própria práxis dogmática prescritiva (BALLWEG, 1989, p. 232). Assim, a retórica analítica se funda em um ponto de vista externo-analítico que é capaz de perceber as relações entre sujeitos, objetos e sinais desde diferentes perspectivas (fronética, holística e semiótica). Externamente a retórica analítica visualiza as construções dos sistemas linguísticos sociais levando em consideração o seu caráter autorreferente e autopoietico (BALLWEG, 1991b, p. 180). O desenvolvimento de uma retórica analítica tem como objetivo, portanto, a elaboração de um “retículo” analítico capaz de decifrar o caráter retórico de sistemas linguísticos complexos como os da linguagem do direito, da economia, da moral, da política, da história, da sociedade, da arte, da filosofia, da religião e, num sentido geral, de todas as *humaniora* e da linguagem cotidiana, no sentido de uma linguagem impositiva, normativa ou prescritiva (BALLWEG, 1989, p. 231).

Em primeiro lugar, no âmbito da fronética, a análise retórica parte da compreensão de uma relação de interação linguisticamente imanente entre sujeitos ($S \rightarrow S$) a que Ballweg chama de agônica, para depois passar à análise retórica da relação entre sujeito e objeto ($S \rightarrow O$), denominada ergônica, até chegar à dimensão piteagórica da relação persuasiva do sujeito em relação à manipulação do sinal ($S \rightarrow Z$). Em segundo lugar, no âmbito da holística (ou holotática como Ballweg a chamou inicialmente), a retórica analítica se subdivide em ontotática destinada à análise retórica das ontologias que se fundam na interação entre objetos ($O \rightarrow O$), em axiotática, com o estudo das relações determinantes entre objeto e sinal ($O \rightarrow Z$) e em teleotática que estuda as relações finalísticas entre objeto e sujeito ($O \rightarrow S$). Por fim, a retórica analítica se completa com o já tradicional âmbito da semiótica composto de sintaxe ($Z \rightarrow Z$), semântica ($Z \rightarrow O$) e pragmática ($Z \rightarrow S$).

A necessidade de estabelecer esses diferentes âmbitos ou dimensões da análise retórica não implica que o objeto da retórica seja repartido ou desmembrado em vários objetos diferentes. Pelo contrário, BALLWEG (1989, p. 232) afirma que a subdivisão da retórica tem apenas um escopo puramente analítico e que o objeto da análise, a saber, o os sistemas linguísticos – embora desmembrado em razão da analiticidade do próprio procedimento –

deve ser compreendido como um “todo”, isto é, como um todo situativo no interior de um sistema linguístico social que se constitui em uma unidade multidimensional.

2 OS PILARES TEÓRICOS PARA A CONSTRUÇÃO DA ANÁLISE RETÓRICA DO DIREITO

Voltando aos pressupostos que sustentam a tripartição da retórica, para a confecção do esboço de uma retórica analítica, Ballweg parece se apoiar em dois grandes pilares da reflexão teórica: em primeiro lugar, o sistema filosófico de Aristóteles e, em segundo lugar, mas não de maneira menos importante, a retórica filosófica de Friedrich Nietzsche.

De acordo com a classificação do conhecimento fornecida por Aristóteles, que distingue pelo menos quatro formas do pensar humano: *póiesis*, *phrónesis*, *epistéme* e *sophía*, BALLWEG (1989, p. 229) procura estabelecer diferentes níveis também para o pensamento retórico. Esses três níveis vão desde uma perspectiva imanente da atividade irrefletida de uso da própria linguagem, passando pelo desenvolvimento tecnológico de estratégias de manipulação dessa linguagem, até o nível mais abstrato – e de certa forma transcendente – de análise e reflexão acerca dos outros dois níveis mais imanentes da retórica.

Ao mesmo tempo, contudo, em que recorre à diferenciação aristotélica, Ballweg não aponta exatamente a quais desses âmbitos correspondem os de sua tripartição da retórica. De qualquer modo, a retórica pode ser equiparada a todas essas formas de pensamento categorizadas na filosofia antiga, seja como *póiesis*, na produção efetiva de discursos persuasivos, ou como *phrónesis*, isto é, enquanto sabedoria prática ligada diretamente à experiência argumentativa a que nos submetemos cotidianamente, ou ainda como *epistéme* ou estudo analítico-científico do próprio caráter retórico de toda a linguagem. Como *sophía*, a retórica seria tomada num sentido filosófico, como a sabedoria capaz de determinar todo o pensar humano como o desenvolvimento comunicacional linguístico-dependente de toda formulação intelectual. Mas não podemos dizer que a este nível corresponde exatamente o que Ballweg denomina de retórica analítica. Especialmente diante de sua constante afirmação de que retórica não é filosofia (BALLWEG, 1982, p. 28) e tampouco deseja sê-lo (BALLWEG, 1989, 230), mesmo que a construção filosófica seja sempre acompanhada da desconstrução retórica (BALLWEG, 1989, 229).

De qualquer forma, é provavelmente no sentido prático e no analítico que BALLWEG (1989, p. 229) afirma que “retórica é uma das mais antigas formas de esclarecimento”⁴. Apesar de não ser objetivo da retórica a defesa de qualquer tipo de ideologia iluminista do esclarecimento, o próprio esclarecimento não pode ser considerado um privilégio da filosofia (BALLWEG, 1989, p. 230). De fato, descobrir como dominar o discurso e os modos de persuasão (e, além disso, ser capaz de refletir sobre a que se deve a própria persuasão) é o ponto mais original de tomada de consciência sobre as formas de existência tipicamente humanas relacionadas à manipulação da linguagem, ou seja, da retórica material, dos conceitos e metáforas que formam o nosso mundo real, ou seja, é uma forma de esclarecimento.

Ballweg ainda se inspira em Nietzsche quando este afirma que “a própria linguagem é retórica, pois ela quer transmitir apenas uma *dóxa* e não uma *epistéme*”⁵ (NIETZSCHE, 1922, p. 298). Essa afirmação talvez seja justamente o pressuposto ou ponto de partida filosófico para o estabelecimento de uma teoria analítica da retórica. Segundo o próprio BALLWEG (1989, p. 230), é nessa afirmação que se encontram sinteticamente os três distintos sentidos ou modos de emprego da palavra retórica. “A própria linguagem é retórica” se refere à linguagem objeto da retórica material, isto é, da linguagem que empregamos em nossa comunicação. O sentido de retórica prática está no fato de que aprender e ensinar a usar essa retórica material de maneira efetiva e eficiente dependem do estabelecimento de doutrinas retóricas orientadas para a prática. E o sentido de retórica analítica está pressuposto na própria afirmação, no sentido de que é possível assumir, como fez Nietzsche, um ponto de vista externo metalinguístico e analítico a respeito da própria retórica, tanto no nível material da própria linguagem humana, quanto no prático das doutrinas retóricas (BALLWEG, 1989, p. 231).

BALLWEG (1989, p. 232) estabelece que o objetivo da retórica analítica não é o de prescrever como a retórica deve funcionar, seja nos níveis material ou prático, mas de descrever, a partir de uma *intentio zetetica*, o seu modo próprio de operar. Ou seja, a retórica analítica não dita regras para a manipulação retórica da linguagem, mas ao contrário, procura descrever o que são essas regras e quais os seus fundamentos. A própria *intentio dogmatica* de estabelecer regras técnicas que devem ser observadas na construção discursiva é também um

⁴ „Rhetorik ist eine der ältesten Formen der Aufklärung”.

⁵ „Die Sprache selbst ist Rhetorik, denn sie will nur eine *dóxa*, keine *epistéme* übertragen”.

objeto da análise retórica. Mas, da mesma forma, a retórica analítica não prescreve como deve ser essa dogmática ou esse conjunto de regras técnicas.

Assim, pois, a retórica analítica tem como objeto de investigação tudo o que faz parte do sistema linguístico, ou seja, os seus símbolos e as suas respectivas relações. Nesse aspecto a retórica analítica se aproxima da semiótica e com ela divide as mesmas dificuldades (LAUNHARDT, 2005, p. 154). Assim a retórica, da mesma forma que a semiótica, reconhece sua imanência sistêmica em relação à própria linguagem, dado que também se define simbolicamente, assim como os utentes de uma língua, em um mesmo plano (BALLWEG, 1989, p. 233). Isso quer dizer que um ponto de vista realmente externo, isto é, situado fora dos sistemas linguísticos e simbólicos é apenas uma forma retórica de lidar com o problema. Não há como deixar de fazer retórica mesmo que seja para analisar a retórica. Nada mais irônico para a retórica analítica do que a frase “isso não passa de retórica”, como se a afirmação, ela própria, não constituísse uma retórica e também fosse constituída por uma retórica.

124

3 DESDOBRAMENTOS DA ANÁLISE RETÓRICA DO DIREITO E DA DOGMÁTICA JURÍDICA

3.1 O Esquema da Retórica Analítica Aplicado ao Direito

Pretendo relacionar a tripartição da retórica a uma possível tripartição tópica do direito, isto é, uma tripartição que leva em consideração os diferentes “lugares” ou níveis de reflexividade discursiva do direito. A noção de direito é provavelmente tão vaga e ambígua quanto a noção de retórica. Como visto, da mesma forma que retórica pode significar ao menos três coisas distintas (retórica material, prática e analítica), direito pode ser entendido de três diferentes maneiras: direito como técnica, direito como tecnologia e direito como teoria.

O ponto de partida ou de inspiração para essa tripartição do direito em diferentes níveis é a definição de dogmática jurídica proposta por Tercio FERRAZ JR. (1980). Além disso, a proposta de tripartição da retórica como método, metodologia e metódica (ADEODATO, 2013) pode ser considerada uma analogia semelhante a que apresento. Os desdobramentos, contudo, dessa visão são de minha responsabilidade.

O direito como técnica seria o próprio direito positivo. No caso da modernidade, o direito dogmático positivo vigente em uma determinada sociedade situada no tempo e no espaço. O conjunto de normas de um espaço territorial geopoliticamente determinado representado pelo modelo do ordenamento jurídico hierarquicamente estruturado é o que se pode chamar de direito como técnica de solução de determinados tipos de conflitos e de neutralização de formas específicas de dissenso.

O direito como tecnologia se refere à dogmática jurídica. As técnicas de produção de normas e decisões, de inferências e interpretações do direito já possuem um grau de reflexividade que não se vislumbra no plano do direito como técnica, isto é, como sistema de normas positivadas. Assim, há uma “transformação do raciocínio dogmático em teoria dogmática” (FERRAZ Jr., 1980, p. 62). Isso significa dizer que a tecnologia enquanto estudo da técnica assume um relativo senso crítico-reflexivo em seus discursos.

Assim, o pensamento tecnológico não chega a ser um sistema normativo, embora esconda alguma coisa de prescritivo. Ele não se opõe à ciência, mas a prolonga, realizando operações transformadoras consistentes na relevância atribuída a certas conclusões das teorias científicas para a solução de problemas práticos (FERRAZ Jr., 1980, p. 90).

O direito como teoria assumiria um grau ainda maior de reflexividade em relação à dogmática enquanto tecnologia em virtude de seu necessário distanciamento crítico em relação ao direito positivo e, em certa medida, também à dogmática. A teoria do direito poderia ser entendida, pois, como “teoria da teoria”, ou “observação da observação”, ou ainda “reflexividade discursiva do reflexo discursivo dogmático do próprio ordenamento jurídico”. Levando em consideração a tripartição proposta por ADEODATO (2013), pode-se dizer que a teoria do direito ou a ciência do direito não dogmática está no nível de uma metódica.

A atitude metódica é analítica, que não é mais dogmática. A retórica tem três níveis, mas a dogmática só tem dois porque, no terceiro nível, ela já se transforma em algo mais próximo do que se pode denominar uma ciência sobre o direito. Isso porque é descritiva e assume uma pretensão de neutralidade, exatamente por não ser normativa. Seu objeto material são os outros dois níveis retóricos, o material e o estratégico, assim como, sobretudo, as relações entre eles (ADEODATO, 2013, p. 17).

Assim, neste último plano analítico, podemos subdividir a teoria do direito de acordo com o esquema de análise retórica proposto por Ballweg. Dessa forma, teríamos uma teoria retórico-analítica do próprio direito. Isto é, a própria reflexão teórica do direito seria retórica em sua forma de operar enquanto análise de técnicas e tecnologias de persuasão e

neutralização do dissenso. A teoria retórica do direito seria, assim, formada por análises discursivas da retórica material e da retórica prática do direito.

Esquema da retórica analítica

<p>Fronética:</p> <p>Agôntica (S → S)</p> <p>Ergôntica (S → O)</p> <p>Pitanêutica (S → Z)</p>	<p>Holística:</p> <p>Ontotática (O → O)</p> <p>Axiotática (O → Z)</p> <p>Teleotática (O → S)</p>	<p>Semiótica:</p> <p>Sintaxe (Z → Z)</p> <p>Semântica (Z → O)</p> <p>Pragmática (Z → S)</p>
--	---	--

3.2 A Análise Fronética do Direito

Na primeira parte da fronética, a agôntica, estudam-se as relações entre os sujeitos (S → S) que são responsáveis pela construção linguística do mundo que é reconhecido como sendo o mundo (real, imaginário, ideal, irreal, simbólico, empírico, cultural etc.). Nesta dimensão da fronética, observa-se a maneira de agir e os padrões pelos quais os sujeitos se inter-relacionam (ADEODATO, 2009, p. 42).

No âmbito da teoria geral do direito e da filosofia do direito, a análise agôntica da fronética corresponde às teses sobre status jurídico e papel social, sobre reconhecimento, integração, coordenação e subordinação, cooperação e conflito, isto é, sobre as posições que ocupam os sujeitos dentro desses vários mundos a que chamamos real, ideal, imaginário etc. que são formados pelas inúmeras retóricas materiais de diferentes âmbitos (do direito, da religião, da economia, da ciência, da política, da história etc.). Assim, determina-se de antemão nas teorias jurídicas quem pode e quem não pode figurar como sujeito de direitos e de deveres, quem deve ou não deve ter considerada a sua personalidade jurídica, as relações de igualdade e desigualdade, de coordenação e subordinação, de autoridade, de competência, de responsabilidade, de bilateralidade atributiva, de entrelaçamento, dentre várias outras referentes à luta pelo reconhecimento de cada um no interior de uma comunidade. Esse embate entre diferentes sujeitos na conformação do que concebemos como mundo é aludido na própria expressão *agón* (ἀγών), de onde vem o termo *Agontik* escolhido por BALLWEG (1989, p. 245; 1991a, p. 48; 1991b, p. 180), que representa uma assembleia, uma arena, um lugar de encontro, de combate ou o próprio combate, concurso ou disputa, trabalho, esforço e

também ação judicial, e de onde derivam outros termos gregos como *agonia* (ἀγωνία)⁶, *agoníao* (ἀγωνιάω)⁷, *agonízomai* (ἀγωνίζομαι)⁸, *agónisis* (ἀγώνισις)⁹, *agónisma* (ἀγώνισμα)¹⁰, *agonismós* (ἀγωνισμός)¹¹, *agonistés* (ἀγωνιστής)¹² todos relativos à ideia de competição, combate, disputa e contenda, inclusive no sentido especificamente jurídico. A escolha da expressão *Agontik* e não *Agonistik*, isto é, agôntica ao invés de agonística que vem de *agonistés*, pode revelar um caráter mais amplo do que a simples noção de rival, de mero combatente, ou mesmo de advogado, e se referir também a situações públicas de cooperação, de coordenação. Se na agonística está escancarada a noção de combate, de vitória e de vencedor, na agôntica pode-se incluir também a discussão comum num ambiente em que os debatedores cooperam para um mesmo fim e em que a disputa não tem necessariamente um vencedor e um perdedor. De qualquer forma, ambos os termos estão ligados à noção de luta ou disputa que parece ser essencial à própria ideia de direito, ou seja, de conflito de interesses, de violência e de coercitividade.

Em um segundo âmbito da fronética, a ergôntica, examinam-se as relações entre sujeito e objeto (S → O). As teorias jurídicas que pertencem a esse âmbito estudam as relações jurídicas, os contratos, as obrigações e as próprias noções de direito e de dever que se relacionam com os sujeitos, ou seja, tudo aquilo que é considerado objeto em relação a um sujeito. Nesse âmbito é que surgem, por exemplo, as diferentes teses sobre se a relação jurídica que envolve direitos reais se dá entre dois sujeitos, sendo um deles o sujeito passivo universal, ou se a relação é entre o sujeito e a coisa. Mais abstratamente ainda discute-se o que pode vir a ser objeto de um direito, isto é, o que pode ser objeto em relação a determinado sujeito e o que é o objeto do próprio direito compreendido objetivamente como norma ou ordenamento. *Ergontik* (BALLWEG, 1989, p. 186; 1991a, p. 48; 1991b, p. 180), provavelmente vem de *érgon* (ἔργον) que significa fato, realidade, trabalho, o próprio produto do trabalho, mas também coisa, matéria, pedaço, circunstância. Adeodato estende o significado até a noção de “efetividade”, ou “realidade”, ou ainda “realidade efetivada”, em alemão *Wirklichkeit*. É justamente nesse âmbito que os sujeitos determinam o que é o “mundo

⁶ Luta, esforço, argumentação, discussão; medo, agonia.

⁷ Rivalizar, competir, irritar-se, ser assediado.

⁸ Lutar, contender, seguir com uma ação judicial, falar publicamente, esforçar-se para fazer algo.

⁹ Combate.

¹⁰ Torneio; ação judicial; prêmio; coisa esplendorosa; bravura.

¹¹ Discussão, competição.

¹² Competidor, rival, campeão; advogado, defensor.

real” do direito, quais são as “coisas” do direito, aquilo que pode ser reificado pelo direito como algo material ou substancialmente válido. É assim que se passa de estratos mais concretos como, por exemplo, a posse efetiva e direta de uma coisa móvel a estratos mais abstratos como o direito de propriedade intelectual sobre uma ideia, um som, um desenho, um texto, ou mesmo a noção dogmática de direito subjetivo.

No que se refere à relação ergôntica na teoria do direito deve-se considerar que não se pode separar o autor de sua obra: “o que um homem é se estende a suas obras” (JHERING, 1974, p. 133). Há uma profunda ironia em tentar separar as duas coisas quando se trata de “ciência jurídica”. A pessoa do cientista, do ponto de vista epistemológico, em tese, não teria importância, pois o que é relevante são suas hipóteses, provas e conclusões. Da mesma forma acontece com a própria dogmática jurídica que despersonaliza (despessoaliza, des-subjetiviza) o intimamente pessoal e subjetivo que existe em uma decisão judicial, em um ato administrativo, ou na criação de uma lei. O que importa para a dogmática em sua mímica epistemológica não é a pessoa física do juiz, ou do legislador, ou do agente da administração pública. É como se toda criação e aplicação do direito fossem independentes de um sujeito e de todas as circunstâncias que envolvem e determinam sua existência. Melhor seria não levar em consideração o sujeito, o indivíduo, ou o conjunto de indivíduos que têm interesses concretos, cujas escolhas são determinadas em razão de sua ideologia e visão de mundo, e ficar com o dado objetivo: a norma, a lei, o ordenamento jurídico. No lugar do juiz (indivíduo), tem-se o juiz (órgão do judiciário). Essa forma objetivadora do pensamento jurídico é altamente sofisticada e depende também, claramente, de uma retórica da objetivação.

Muito dificilmente as supostas análises objetivas da filosofia e da teoria do direito estão desvinculadas de uma ideologia particular ou de uma visão de mundo própria do jurista filósofo ou teórico. É o que se vê, por exemplo, no caso em que juízes, mesmo quando não estejam desempenhando a sua função institucional, mas estejam atuando exclusivamente naquele momento como pesquisadores ou cientistas do direito, não conseguem se despir completamente do seu papel, ou fazer uma análise neutra, imparcial ou objetiva da “realidade” do direito.

Por último, ainda na fronética, a pitanêutica estuda as relações entre sujeito e sinal (S → Z) referente às prescrições dos sinais que se deve utilizar nos vários domínios específicos de um sistema linguístico. Assim, no direito, em cada âmbito da dogmática jurídica há uma

maneira determinada como sendo certa ou legítima para se referir a um sentido específico. As teorias jurídicas se perdem entre descrições e prescrições sobre o sentido de cada conceito e o seu respectivo sinal. O trabalho de dogmatização do direito depende dessas discussões teóricas e do sucesso das argumentações acerca deste ou daquele nome que deve ser empregado para denotar este ou aquele sentido. Assim, emoção¹³ e paixão¹⁴ significam coisas diferentes para os juristas da dogmática penal, assim como roubo, furto e apropriação indébita; da mesma forma prescrição e decadência se referem a objetos completamente diferentes na dogmática privatista e se transformam na teoria do direito tributário, na dogmática processual penal etc. A *Pithaneutik* de BALLWEG (1989, p. 246; 1991a, p. 48; 1991b, p. 180) está relacionada possivelmente ao significado de *pithanós* (*πιθανός*), isto é, persuasão, persuasivo, vencedor, plausível, credível, provável e ainda obediente e verdadeiro.

3.3 A Análise Holotática ou Holística do Direito

A universalização dos significados estabelecidos pelos sujeitos em suas interações comunicacionais e a legitimação dessa universalização com base em algum fundamento (histórico, mítico, científico, religioso, filosófico, antropológico, natural), juntamente com o processo de reificação que essa universalização proporciona leva a outra parte da retórica analítica, a holística (BALLWEG, 1991a, p. 48), ou holotática (BALLWEG, 1989, p. 247) que é composta da ontotática, axiotática e teleotática. Na interpretação da teoria retórica de Ballweg feita por João Maurício ADEODATO (2009, p. 41), “a análise retórica holotática visa pôr a descoberto, desconstruir os sistemas linguísticos holísticos das ontologias tradicionais, mostrando que também são retóricos os ‘objetos’ e ‘valores’ alegadamente extralinguísticos, a ‘natureza’, o ‘conceito’, a ‘síntese’”. De acordo com a terminologia adotada por Adeodato, os “objetos” dos quais falamos incessantemente e a que se refere a retórica analítica de Ballweg nas diversas relações com sujeitos e sinais são “relatos (temporariamente) vencedores”.

A ontotática procura compreender as formas de ontologização dos significados, isto é, das retóricas materiais que constituem o que concebemos por mundo e tudo aquilo que o

¹³ Da expressão “violenta emoção” contida no Art. 65, III, c; no Art. 121, § 1º; e também no Art. 129, § 4º do Código Penal.

¹⁴ Do Art. 173 do Código Penal.

integra. Esse processo de ontologização dos significados em um ser determina a relação entre objetos ($O \rightarrow O$). Agora não se está mais no âmbito de domínio dos sujeitos sobre os objetos, mas dos próprios objetos em relação a outros objetos em uma realidade aparentemente independente de qualquer sujeito e objetiva em si mesma. É o que ADEODATO (2009, p. 41) chama de “ontologismo” ou “objetivação retórica totalizadora dirigida ao próprio objeto”. É assim que se permite à teoria e à filosofia do direito falar de um direito sem autoria, como um direito natural racional, ou de regras em si mesmas racionais, por exemplo, ou ainda de uma norma fundamental que não é posta por ato de vontade algum e fundamenta todo o ordenamento jurídico, ou de uma vontade despsicologizada da própria norma jurídica, ou de alguma ideia jurídica que existe em si mesma e vale de per si etc. A expressão *Ontotatik* de BALLWEG (1989, p. 244; 1991a, p. 48; 1991b, p. 181) está relacionada à ideia filosófica da realidade ou atualidade – *óntos* (*ὄντως*) – do ente, isto é, do *tò on* (*τὸ ὄν*).

Essa relação objetual se reforça na relação axiotática, isto é, a relação de um objeto com um sinal ($O \rightarrow Z$) que determina o valor do próprio sinal. O que significa dizer que, nesse âmbito, o objeto exerce uma relação de domínio sobre o sinal. Na axiotática, portanto, o sinal assume uma função secundária em relação ao objeto, como se houvesse uma dependência do nome em relação ao ser da coisa. É o que se pode denominar “objetivismo linguístico” (ADEODATO, 2009, p. 41). É nesse âmbito que as teorias se perdem em suas classificações, categorizações e taxonomias. *Axiotatik*, como escolhido por BALLWEG (1989, p. 244; 1991a, p. 48; 1991b, p. 181), se refere a *áxios* (*ἄξιος*) que quer dizer valioso, equivalente, precioso, conveniente, meritório, certo ou próprio. Daí o nome certo, o conceito justo, representarem algo tão valioso para algumas formas de pensar o direito que acreditam ser a compreensão do jurídico apenas uma consequência de sua definição. No fundo, a retórica analítica, justamente por ser analítica, compartilha de algum modo essa forma de pensamento.

Por fim, ainda faz parte da holotática, a teleotática que analisa as relações entre objeto e sujeito ($O \rightarrow S$). Na teleotática essas relações são, assim como na axiotática, também valorativamente determinantes ou normativas, nas quais há agora um domínio dos objetos não mais sobre os sinais, mas sobre os sujeitos. Aqui o ser objetual das coisas determina a posição dos sujeitos. Há, na teleotática, portanto, também uma “objetivação retórica totalizadora dirigida ao sujeito” a que se pode chamar de “subjetivismo” (ADEODATO, 2009, p. 41). O indivíduo deixa de ser único em sua individualidade subjetiva para assumir posições

objetivadas na figura do réu, do contratante, do apelante, da autoridade competente. Prevalcem nessas situações as características objetivas em detrimento das subjetivas, isto é, não interessa o homem, mas a sua qualidade de réu, de juiz, de testemunha, de recorrente, de defensor etc.

3.4 A Análise Semiótica do Direito

O terceiro subgrupo da retórica analítica é formado pelo esquema já tradicional da semiótica, estabelecido por Charles William Morris, composto por sintaxe, semântica e pragmática.

Na sintaxe, segundo BALLWEG (1991b, p. 181), para que se possa permanecer com exclusividade no plano das relações entre signos ($Z \rightarrow Z$), deve-se pressupor necessariamente a univocidade da língua, ou melhor, “a crença na univocidade da língua”. No direito, as relações de sintaxe interessariam às discussões analíticas da lógica jurídica a respeito dos problemas das lacunas normativas e das antinomias. Esses problemas só têm sentido no âmbito da sintaxe em que prepondera a crença na univocidade dos conceitos jurídicos empregados na elaboração de textos normativos. Os problemas sintáticos são problemas lógicos de conexões entre as proposições normativas.

Quando se ultrapassam os limites das conexões sintáticas e procura-se definir a relação entre sinal e objeto ($Z \rightarrow O$) passa-se ao plano da semântica no qual interessa definir que objeto é denotado por determinado sinal. É nesse âmbito que se discute qual o alcance e o limite de um conceito como, por exemplo, o conceito de propriedade e, em que medida ele se diferencia dos conceitos de posse, uso, gozo, usufruto etc.; ou, em outro exemplo, se energia elétrica pode ser considerada coisa do ponto de vista da dogmática jurídica civil, penal, administrativa etc.

Por último, na pragmática, estudam-se as relações entre sinal e sujeito ($Z \rightarrow S$), isto é, as questões relativas ao uso da língua. Segundo BALLWEG (1991b, p. 181), “excursões na dimensão pragmática $Z \rightarrow S$ proibir-se-iam por si mesmas; por isto, quando acontecem, quase nunca são tematizadas, ainda que se tenha de reconhecer a intervenção manipuladora que se desenrola na dimensão $S \rightarrow Z$ e que lhe é própria”. Deve-se notar que há uma diferença na relação de implicação entre sujeito e sinal, e entre sinal e sujeito. O que Ballweg não diz explicitamente, mas provavelmente faz subentender é que no plano pragmático da sintaxe, o

sujeito termina ficando em segundo plano em relação ao sinal, o que não acontece no âmbito especialmente retórico da fonética, no qual o próprio sinal pode ser suprimido, mesmo que apenas momentaneamente, na análise das relações entre sujeitos da agônica (S → S). Como afirma João Maurício ADEODATO (2009, p. 41):

A análise retórica fonética ou prudencial tenta ir adiante, na medida em que não mais enfatiza o signo, como a semiótica, mas sim os próprios participantes que se utilizam da comunicação, os utentes. Ela constitui a atitude retórica propriamente dita, é a atitude tomada pelo retórico analítico, pois lhe dá uma perspectiva além da material, na qual todos estão imersos, e da prática, que é dominada pelo técnico, pelo especialista.

Adeodato prefere a expressão “utente” ao invés de “sujeito”, provavelmente assumindo uma perspectiva precipuamente pragmática em que o “uso” se destaca dentre outras funções da língua. Prefiro manter a terminologia adotada originalmente por Ballweg que, apesar de mais tradicional, saturada, hipertrofiada e impregnada de preconceitos de diferentes sistemas filosóficos, ainda é mais abrangente e supera a própria ideia de pragmática ou do uso da linguagem. Se falo em “utente”, destaco o caráter pragmático do sujeito, ou faço da retórica um ramo da semiótica, isto é, da pragmática. Já se falo em sujeito, de forma mais abrangente, faço da pragmática uma espécie subordinada do gênero retórica e não mais exclusivo da semiótica.

A transposição do esquema da retórica analítica para a teoria do direito não é proposta por Ballweg. Procuro de qualquer forma me manter fiel aos seus propósitos, apenas ampliando a análise de forma a compreender as diversas retóricas da teoria jurídica no que se refere às construções que determinam relações entre sujeitos, objetos e sinais.

CONCLUSÃO

A partir de uma analogia entre os três níveis da retórica e os três níveis do direito, procurei esboçar uma teoria retórica do direito. O esquema da retórica analítica foi empregado como modelo de compreensão da própria atividade teórica de reflexão sobre o direito.

Dessa forma, poderíamos falar em três níveis distintos do direito: o nível técnico de sua retórica material, o nível tecnológico de sua retórica prática e o nível teórico de sua retórica analítica.

A proposta de análise retórica é, pois, a de investigar o direito a partir de seus discursos, vocabulários e narrativas, colocando, assim, a linguagem no centro das atenções. São as “palavrinhas” que interessam antes de tudo a uma teoria retórica. Sempre ligadas, claro, à necessidade de persuasão de cada situação retórica específica.

Uma teoria retórica do direito propõe, portanto, um exame do discurso jurídico não como mero acessório da atividade de reflexão sobre o direito, mas como principal ingrediente da própria noção de direito. A ideia é que os elementos que constituem a retórica do direito possam ser investigados analiticamente por meio da fonética, da holotática e da semiótica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Retórica analítica como metódica jurídica. *Argumenta*, n. 18, p. 11-29, Jacarezinho: UENP, 2013.

ARISTÓTELES. *Retorica*. Tradução de Marco Dorati. Milano: Mondadori, 1996.

BALLWEG, Ottmar. Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung. In: ALEXY, R; DREIER, R; NEUMANN, U. (Hrsg.). *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Beiheft 44. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991a, p. 45-54.

_____. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: SCHANZE; KOPPERSCHMIDT (Hrsg.). *Rhetorik und Philosophie*. München: Wilhelm Fink Verlag, 1989, p. 229-247.

_____. Phronetik, Semiotik und Rhetorik. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). *Rhetorische Rechtstheorie*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1982, p. 27-71.

_____. Retórica analítica e direito. Tradução de J. M. Adeodato. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, p. 175-184.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

JHERING, Rudolf von. *Bromas y veras en la jurisprudencia*. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas. Tradução de T. A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America: Buenos Aires, 1974.

LAUNHARDT, Agnes. *Topik und rhetorische Rechtstheorie*. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs [Dissertation zur Erlangung des

Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf].
Düsseldorf, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Rhetorik. Darstellung der antiken Rhetorik; Vorlesung
Sommer 1874, dreistündig. *Gesammelte Werke*. Band 5. München: Musarion Verlag, 1922.

PARINI, Pedro. Ironia e metáfora na filosofia do direito. In: NÓBREGA, F. F. B.;
MARINHO, C.; BASTOS Jr., R. C. (Orgs.). *Pragmatismo jurídico*. Fundamentos e métodos
de uma doutrina interdisciplinar. Recife: UFPE, 2014, p. 621-652.

_____. *Retórica como método no direito*. O entimema e o paradigma como bases de uma
retórica judicial analítica. João Pessoa: EDUFPB, 2015.

Submissão: 19/04/2017
Aceito para Publicação: 03/08/2017



O PAPEL ATUAL DAS ESCOLAS DE DIREITO ANTE AS MUDANÇAS SOCIAIS E AS EXIGÊNCIAS JURÍDICAS DO MUNDO PÓS-MODERNO

THE CURRENT ROLE OF THE LAW SCHOOLS IN FRONT OF SOCIAL CHANGES AND THE LEGAL REQUIREMENTS OF THE POSTMODERN WORLD

Marcus Geandré Nakano Ramiro*

Suelyn Moraes Giordani**

RESUMO: Este artigo apresenta uma breve análise sobre a educação jurídica no Brasil, destacando as deficiências de suas Escolas de Direito ante as grandes mudanças sociais e as exigências jurídicas atuais. Demonstra ainda a necessidade do desenvolvimento conjunto dos enfoques zetético e dogmático do fenômeno jurídico como caminho para a compreensão do bem comum e consequente colaboração na consolidação do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Jurídica. Cursos de Direito. Exigências Jurídicas Atuais. Enfoque Zetético.

ABSTRACT: This article presents a brief analysis on legal education in Brazil, highlighting the deficiencies of its Law Schools in the face of major social changes and current legal requirements. It also demonstrates the need to jointly develop the zetetic and dogmatic approaches to the juridical phenomenon as a way to understand the common good and consequent collaboration in the consolidation of the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Legal Education. Law Courses. Current Legal Requirements. Zetetic Approach.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As Deficiências Atuais das Escolas de Direito Brasileiras. 2 As Mudanças Sociais e as Exigências Jurídicas Atuais. 3 O Enfoque Zetético e Dogmático do Fenômeno Jurídico. 4 A Busca pelo Bem Comum como um dos Pressupostos à Consolidação do Estado Democrático de Direito. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo, na complexidade de suas relações humanas e rápidas transformações, tem reduzido as várias discussões em torno do fenômeno social, a um mero tecnicismo jurídico, desvinculado – muitas vezes – da necessária construção e desenvolvimento de um pensamento crítico e reflexivo, essencial para a consecução de seus objetivos primários.

Neste prisma, os profissionais do Direito, sobretudo os advogados, que nos termos da Constituição Federal de 1988 são classificados como “indispensáveis à administração da justiça”, acabam se mostrando incapazes de transformar essa realidade e colaborar para uma melhora nas relações sociais e consequente consolidação da democracia.

* Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor e Coordenador do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), campus Maringá. Conselheiro e Presidente da Comissão de Educação Jurídica da Subseção Maringá da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PR).

** Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

Dentro dos motivos que poderiam justificar tal postura, percebe-se que a forte carga dogmática da ordem jurídica, que implica num sistema unitário e hierárquico de normas, infelizmente possui a preferência quando se trata de exames e concursos para as carreiras ligadas ao mundo do Direito, em detrimento das discussões sobre o verdadeiro foco do fenômeno social – o ser humano.

Dentro dessa perspectiva, a educação jurídica contemporânea vivencia as mais variadas adversidades, relacionadas, por exemplo, à qualidade do ensino, ao aumento exagerado do número de instituições que ofertam cursos jurídicos, somados a um estudo que se mostra predominantemente técnico e que se preocupa, na maioria das vezes, apenas em preparar o estudante para atuar de acordo com as necessidades imediatas do mercado de trabalho, esquecendo-se da dialética essencial entre a academia e a sociedade, fundamental para uma melhor compreensão das demandas sociais.

Diante deste cenário desfavorável e considerando as relações dialéticas descritas acima, percebe-se a necessidade de que o estudo jurídico se dê sob dimensões mais amplas, correlacionando-o com as diversas áreas do saber, de forma a dar condições ao estudante de identificar as causas, as raízes das demandas à sua frente e não apenas saber realizar a subsunção primária que adeque o fato à norma ou se emudecer diante de novas leis que não reflitam a realidade ou façam a diferença na vida dos indivíduos.

Assim, propõe-se uma breve reflexão sobre as deficiências atuais da educação jurídica, com a intenção de demonstrar a importância de se ter cursos de Direito que desenvolvam de forma concomitante o enfoque zetético e dogmático em suas matrizes curriculares, para que, o estudante, tendo acesso ao acervo da humanidade, consiga posteriormente, se sobrepor às problemáticas enfrentadas pela profissão e ajudar efetivamente na construção de uma sociedade pugne pela igualdade e justiça, conforme almejado pela Constituição Federal.

1 AS DEFICIÊNCIAS ATUAIS DAS ESCOLAS DE DIREITO BRASILEIRAS

Diante da história cultural, política e econômica do Brasil é fácil constatar que as dificuldades vividas pelo ensino jurídico no país advêm de longa data, quando desde a colonização (ou desde a ocupação) realizada pelos europeus, o ensino como um todo, foi voltado tão somente aos interesses da metrópole.

Já nos primeiros momentos da vinda dos europeus para o Brasil, o conhecimento não era algo prioritário e o povo era privado das descobertas científicas que estavam acontecendo em outros países. Ademais, com a Reforma Pombalina, que em Portugal fora realizada com o objetivo de uma reconstrução cultural, o Brasil ficou diante de uma supressão do sistema educacional vigente, não havendo nenhuma reforma cultural, tampouco educacional à época. A parcela mais pobre da população, composta por colonos, escravos africanos e índios, acabou por ficar à deriva, entregues à própria sorte.¹

Como colônia portuguesa, a preocupação dos governantes da época se limitava à defesa do território e à exploração das terras e dos recursos naturais, o que fez com que os cursos universitários fossem criados de forma tardia no país. Além disso, importante salientar que esta conjuntura foi também influenciada pelo fato de que os doutores das diversas áreas do conhecimento, vindos das universidades europeias, se mostravam suficientes para suprir as demandas brasileiras.²

No entanto, após a vinda da família real para o Brasil e diante da necessidade de adequar o país à realidade da corte portuguesa, o governo foi compelido a criar cursos superiores na antiga colônia. Ocorre, entretanto, que a qualidade educacional desses novos cursos se mostrava extremamente baixa se comparada às universidades já existentes. Sob este aspecto Bove afirma que:

[...] foi compelido que fossem criados cursos superiores com pouco critério educacional para atender os anseios imediatos dos filhos da aristocracia colonial dominante. Com isso, o sistema de ensino superior sofreu, já de início, de forma significativa, a interferência marcante dessas faculdades, pouco universitárias mas, na essência, com notada coloração política governante da época.³

A criação de cursos jurídicos, desta forma, ao invés de propiciar a formação de cidadãos preparados para a solução de conflitos, prestou-se apenas à ocupação de cargos públicos dentro da estrutura estatal, característica que, há de se convir, permanece até os dias de hoje. Wolkmer afirma que os poucos bacharéis que se destacavam como advogados,

¹ XAVIER, Maria Elizabete S. P.; RIBEIRO, Maria Luísa Santos; NORONHA, Olinda Maria. *História da educação: a escola no Brasil*. São Paulo: FTD, 1994, p. 52.

² BOVE, Luiz Antonio. Uma Visão Histórica do Ensino Jurídico no Brasil. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 115-138, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/Metodista-SP/RCD/v03n03/v03n03a06.pdf>> Acesso em: 20 maio 2016, p. 118.

³ BOVE, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 120.

juristas ou políticos, decorriam de pessoas autodidatas, em razão da distância existente entre docente e discente.⁴

Conforme se pode verificar das matrizes curriculares iniciais, o estilo de ensinar no período imperial era jusnaturalista e eclesiástico e não se primava pelo desenvolvimento do senso crítico, posto que as preocupações se voltavam à sustentação do Estado e à formação de agentes que pudessem ocupar os diversos cargos criados nesta nova estrutura.⁵

Os cursos jurídicos criados se destinavam, portanto, a formação de uma “elite burocrática” que era preparada não para o exercício da advocacia ou para a discussão de demandas sociais, mas para a ocupação dos cargos públicos.⁶

O cenário aparentemente começa a ser alterado a partir da Proclamação da República, onde é possível verificar pequenas mudanças sendo realizadas no que diz respeito aos currículos dos cursos jurídicos, com a inserção de disciplinas que trabalhavam o senso crítico do estudante, como a substituição de cadeiras de direito eclesiástico e de direito natural, por filosofia do direito.⁷

Consoante versa Reale Júnior, a partir da década de 1930, buscou-se uma qualificação maior por parte dos docentes da área, com a realização de concursos para a obtenção de grau de doutor. Todavia, esta qualificação se mostrou limitada a poucas Faculdades, diante do crescimento de instituições privadas que ofertavam o curso, sem possuírem corpo docente e materiais capazes de formar indivíduos com visão crítica.⁸ Nesta esteira preleciona Sant’Anna:

A realidade tem mostrado que boa parte dos bacharéis recém-formados não iniciam-se na profissão. A maioria tem em mente tentar um concurso público, já que a profissão dá essa amplitude. Pode-se tentar carreira na Advocacia da União, bem como no Ministério Público, Defensoria Pública, Judicatura, Procuradoria, na esfera policial e uma série de outras opções. Essa amplitude faz o curso ser muito heterogêneo, já que a maioria do corpo discente não tem o compromisso de questionar qual é o papel crítico do profissional do Direito na sociedade. Aceita-se

⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 8. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 491.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2011, p. 211.

⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Criação e Degenerescência do Ensino Jurídico. *Revista USP*, São Paulo, n. 100, p. 87-96, 2013-2014. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/76171>>. Acesso em: 20 maio 2016, p. 90.

⁷ BRASIL. Decreto nº 1232 H, de 2 de janeiro de 1891. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/LeisOcerizadas/1891dgp-jan.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *op. cit.*, p. 93.

tudo o que os velhos mestres mandam sendo uma infinidade de Leis, Códigos, Tratados e Decretos que muitas vezes pouco ou nada tem a ver com a realidade social que é mostrada na prática do cotidiano da profissão.⁹

Sant'Anna afirma ainda que os cursos começaram a proliferar para as capitais dos Estados e posteriormente foram sendo criados nos grandes centros urbanos. Diante desta proliferação, o pensamento que era ligado à retórica, ao positivismo e ao aspecto formal “foi se desenvolvendo de forma pouco didática através de décadas, já que a figura do mestre encarnava a figura do próprio saber, que não poderia ser objeto de questionamento”.¹⁰

Iniciou-se no ano de 1950 o mesmo movimento ocorrido outrora, qual seja, o da reformulação do sistema de ensino superior o que culminou dez anos depois, aos 20 de dezembro de 1961, com a promulgação da Lei n. 4.024, tida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).¹¹

De modo diverso da reforma ocorrida nos anos 30, a LDB se preocupou em regulamentar as formas de expansão do ensino superior, criando “três órgãos que poderiam decidir acerca da criação de novos cursos: as universidades que gozavam de autonomia; os Conselhos Estaduais de Educação e o Conselho Federal de Educação”.¹²

Segundo Bastos, a referida lei foi o documento referência do período da modernidade, sendo a primeira normativa a definir os princípios educacionais básicos, as competências de cada setor, bem como quais autoridades estariam destinadas a colocá-la em prática.¹³

Em abril de 1963, por sua vez, promulga-se a Lei n. 4.215¹⁴, que reforma o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, institui o Exame da Ordem, bem como regulamenta a profissão de advogado e o estágio profissional. Alguns anos mais tarde, em 11 de novembro de 1968 institui-se a reforma universitária através da Lei n. 5.540¹⁵.

Segundo versava o art. 53 da referida lei, o Exame da Ordem era obrigatório somente para os candidatos que não tivessem feito estágio profissional ou não tivessem comprovado de forma satisfatória o seu exercício e resultado. Além disso, a prova era feita perante uma

⁹ SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Crítica e reflexão sobre o ensino jurídico no Brasil — considerações acerca do papel do advogado nas transformações sociais dentro de uma visão histórica e política. *Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990, p. 402.

¹⁰ SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. *op. cit.*, p. 404-405.

¹¹ SAMPAIO, Helena. *O ensino superior no Brasil: o setor privado*. São Paulo: Hucitec, 2000, p. 54-55.

¹² SAMPAIO, Helena. *op. cit.*, p. 55.

¹³ BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 227.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968. Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5540.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

comissão composta de três advogados inscritos há mais de cinco anos, nomeados pelo Presidente da Seção, sendo dispensados do Exame os Magistrados, os membros do Ministério Público e os Professores das Faculdades de Direito oficialmente reconhecidas, que tivessem exercido as respectivas funções por mais de dois anos.

Venâncio Filho afirma que:

Deste período até 1972 não houve muitas mudanças qualitativas e nem estruturais nos currículos de Direito. As reformas existentes foram no sentido de dar um caráter mais profissionalizante ao curso, permanecendo a rigidez curricular, o baixo nível de qualidade, conteúdo desvinculado da realidade social e as tradicionais aulas por conferência.¹⁶

O marco de referência se dá, no entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde se estabeleceu em seu artigo 127 que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

De forma complementar a Lei de Diretrizes de Bases, agora na Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em seu artigo 52 dispunha que “as universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano”:

As indicações da Constituição Federal e da LDB [Lei n. 9.394/1996] propõem marcos normativos abertos, aptos para a adaptação do ensino jurídico às exigências da sociedade. Esta sintonia legislativa deve ser operada por meio de normativa complementar, a cargo do Ministério da Educação-MEC, a quem cabe implementar as políticas tendentes à consecução dos parâmetros indicados na Constituição e na LDB.¹⁷

No que diz respeito ao ensino jurídico, a Carta Magna de 1988 fortaleceu o papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que passou a ter um papel mais ostensivo, o que influenciou a promulgação do novo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil em 1994 (Lei n. 8.906/94¹⁸).

O novo currículo para o ensino jurídico brasileiro se deu, por sua vez, no decorrer do mesmo ano, através da Portaria MEC n. 1.886, ficando estruturado da seguinte maneira:

¹⁶ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 332.

¹⁷ BEZERRA, Francisco Otávio de Miranda. *Ensino Jurídico numa perspectiva cidadã: interação social e políticas públicas*. 2006. 236 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Estadual do Ceará, 2006, p. 72-73.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

Inciso I, do artigo 6º: Fundamentais: Introdução ao Direito; Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional); Sociologia (geral e jurídica); Economia e; Ciência Política (com Teoria do Estado); Inciso II, do artigo 6º: Profissionalizantes: Direito Constitucional; Direito Civil; Direito Administrativo; Direito Tributário; Direito Penal; Direito Processual Civil; Direito Processual Penal; Direito do Trabalho; Direito Comercial e; Direito Internacional.

Conforme observa Bastos, a portaria procurou superar as críticas referentes ao ensino jurídico desqualificado, deixando visível “a relevância de conhecimento interdisciplinar e da formação prática, coordenada entre os estudos práticos internos e as exigências da OAB, abrindo o curso de Direito para novas conexões institucionais de intercâmbio”.¹⁹

Caminhando para um currículo que apresenta uma tentativa de se adequar as demandas sociais existentes no país, em setembro de 2004, instituiu-se as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de Direito, através da Resolução n. 9 do CNE/CES, que se encontra vigente até hoje.²⁰

Neste sentido, verifica-se a preocupação com a integração entre os saberes na referida resolução, tendo em vista o estabelecimento do eixo de formação fundamental (artigo 5º, inciso I), onde são estipuladas disciplinas que se relacionem com outras áreas do saber; do eixo de formação profissional (artigo 5º, inciso II), onde deverão ser abarcadas disciplinas de cunho dogmático, incluindo-se estudos que acompanham as mudanças sociais e a evolução do Direito, bem como do eixo da formação prática (artigo 5º, inciso III), onde se objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos dos outros dois eixos.

Desta feita, atualmente os cursos jurídicos brasileiros devem possuir em seus currículos disciplinas que abrangem conteúdos essenciais de Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia (eixo fundamental), Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual (eixo profissionalizante) e; Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares (eixo prático).

Entretanto, não obstante as diretrizes acima e suas intenções integrativas, o resultado prático de tudo isso não tem saído como o esperado. O número exagerado de cursos de Direito

¹⁹ BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 233-328.

²⁰ BRASIL. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Brasília, 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 22 maio 2016.

no país (existem cadastrados junto ao Ministério da Educação 1260 instituições com ensino jurídico²¹), a falta de comprometimento educacional de diversas instituições (muitas vezes mais interessadas nas possibilidades mercantis e lucrativas dos cursos), aliada a uma fiscalização deficitária por parte dos órgãos competentes têm gerado resultados nefastos no mundo jurídico, tanto na inserção dos bacharéis no mercado de trabalho quanto em seu papel de artífices das mudanças sociais.

Estes fatos refletem inclusive no Exame da Ordem. Segundo dados publicados pela Fundação Getúlio Vargas Projetos em parceria com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, das últimas dezesseis edições do Exame da Ordem Unificado aplicadas no país, obteve-se 1,91 milhão de inscrições, 639 mil participantes com CPFs diferentes e apenas 360 mil aprovados na segunda fase.²²

Fala-se, então, em uma crise do ensino jurídico – e consequentemente da advocacia – que, segundo Aguiar, decorre, dentre outros, de problemas conceituais, que se desdobram em epistêmicos, antropológicos e educacionais, posto que o conteúdo transmitido não se coaduna com a realidade científica e social da época, o indivíduo é visto como algo abstrato, normativo e isolado da historicidade, o que reflete em estudos baseados em uma antropologia morta, com inúmeras instituições capazes de formar somente técnicos manipuladores de conteúdos normativos postos.²³

De modo convergente é o pensamento de Lôbo, que afirma ser o exegetismo a característica mais evidente do estado de “desqualificação e distanciamento científico” que os cursos jurídicos chegaram:

O exegetismo, nos cursos jurídicos, é o símbolo maior do estado de desqualificação e distanciamento científico a que chegaram. Deixar-se de ensinar o direito para ensinar (e mal) a lei, através de comentários que tocam as raízes da evidência ou fazendo uso freqüente [*sic*] de argumento de autoridade. Desenvolve-se, pela inércia, um tipo pobre de raciocínio jurídico, delimitado pelo legalismo positivista, que marcará \ o desempenho profissional dos futuros advogado, magistrado ou promotor de justiça, os quais não terão pejo de afirmar-se “escravos da lei”. Assiste-se a um tácito pacto de omissões: de um lado, o professor dá pouco e cobra pouco e, de

²¹ INSTITUIÇÕES de Educação Superior e Cursos Cadastrados. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

²² EXAME de Ordem em números. v. III. Disponível em: <<http://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/exame-de-ordem-em-numeros-vol3>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²³ AGUIAR, Roberto Alberto Ramos de. A Crise da Advocacia no Brasil. *Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990, p. 447.

outro, o aluno recebe menos e é menos exigido, porque seu objetivo não é aprender, mas obter o diploma.²⁴

Soma-se à ocorrência de um ensino jurídico incapaz de formar profissionais com pensamento crítico, o fato de que, o Direito, como técnica de controle, vem sendo diariamente desprestigiado pela sociedade. A atuação ética tem sido substituída por formas mais eficientes e rápidas de se promover o que se parece ser o bem comum, ou seja, é possível que se atue fora do Direito e, somente diante de um conflito, utilize-se o julgamento dos tribunais.²⁵

Segundo Dantas, isso advém da perda de confiança no Direito, como técnica de controle social:

Todas essas atitudes procedem de uma perda crescente de confiança no Direito, como técnica de controle social. Ora, essa perda de confiança envolve, em suas últimas conseqüências [*sic*], a contestação, ainda que no terreno intelectual, da supremacia da ordem jurídica, e a determinação dos fins da atividade social através de critérios estritamente pragmáticos ou políticos emancipados de toda sujeição ao Direito. Considerada no campo histórico da civilização ocidental, a que pertence, ela subverte as aspirações permanentes de nossa cultura, e marca, melhor do que qualquer outra, a sua reorientação no sentido da destruição.²⁶

144

Vale ressaltar que, em razão da predominância de disciplinas dogmáticas no curso, acaba-se por instrumentalizar o próprio cientista jurídico, chamado de operador do direito, como se fosse um profissional técnico, “cujo acesso ao Direito se faz somente pelo manejo de ferramentas – regras de interpretação – sem as quais não tem como realizar seu trabalho, que desempenha depois de aceitar os pontos de partida (dogmas) estabelecidos pela escola jurídica”²⁷.

É sob este aspecto que se identifica a necessidade de um saber integral, com a aplicação de disciplinas dogmáticas que se relacionem de modo interdependente com outras áreas do conhecimento, tal qual é proposto na Resolução n. 9 do CNE/CES²⁸. Isso porque,

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Ensino jurídico: ensino jurídico na atualidade brasileira. *Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990, p. 379.

²⁵ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 9-37; DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. *Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito*, v.3, 2009, p. 15-16.

²⁶ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. *Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito*, v.3, 2009, p. 15-16.

²⁷ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

²⁸ BRASIL. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Brasília, 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 22 maio 2016.

ainda que haja uma preocupação de que o estudante deve ter acesso total ao acervo da humanidade, muitas instituições ainda o transmitem de forma fragmentada.

Neste sentido, a revisão dos paradigmas jurídicos que tratam da sociedade se mostra imprescindível diante do ritmo frenético que caracteriza a sociedade pós-moderna e isto somente é possível através do conhecimento da filosofia, da ciência política, da sociologia, dentre outras, sob pena de se formarem profissionais que são meros reprodutores burocráticos das interpretações das normas jurídicas existentes.²⁹

2 AS MUDANÇAS SOCIAIS E AS EXIGÊNCIAS JURÍDICAS ATUAIS

Partindo-se da premissa que a ciência do Direito decorre de operações valorativas ou axiológicas é possível verificar que a ideia de Direito, a metodologia e a forma como ele ocorre, são totalmente condicionados pela sociedade. Sendo uma realidade histórico-cultural, os princípios, a moral e todos os acontecimentos que moldam a vida em comunidade, influenciam as normas que são criadas pelos legisladores.

Em que pese claramente encerrar esse conteúdo axiológico, o Direito, principalmente no período moderno, era abordado de uma forma a ocultar os seus aspectos valorativos, tendo em vista a prevalência do normativismo e do positivismo, onde a maneira de se conhecer o fenômeno jurídico se dava aplicando de forma asséptica a norma ao fato ocorrido em sociedade.³⁰

Construído sobre princípios filosóficos modernistas, o Direito da idade moderna apresentava um caráter universal na solução dos conflitos, com predominância na razão. A lei, portanto, era votada em nome de todos e deveria ser aplicada de forma igualitária, posto que supostamente representava uma garantia suprema contra o arbítrio de determinados grupos sociais, econômicos ou políticos.³¹

Ocorre que, em verdade, tinha-se um Direito estatal, centralizado e previsível, onde a força e a coação utilizada pelo Estado constringia ou induzia à obediência de condutas a

²⁹ AGUIAR, Roberto Alberto Ramos de. *op. cit.*, p. 449.

³⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15-16.

³¹ ARNAUD, André Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 246.

serviço das instituições em geral, estruturando-se em um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal.³²

Um exemplo claro da ocorrência destas características na sociedade em geral, foi a forma de manutenção do poder nos estados modernos. Tendo a força e a violência como elementos secundários – posto que a manipulação do pensamento dos indivíduos e a mobilização espiritual eram os principais modos de coerção – subordinou-se quase totalmente a moralidade à política. Toda conduta “condensou-se, institucionalizou-se e fundiu-se com os poderes legais do estado político. Expropriou-se a capacidade moral, e tudo o que resistisse à estatização era perseguido com todo o rigor da Lei”.³³

Devido a estas características, o Direito funcionava ao contrário do almejado, pois se mostrava como uma legalização de interesses de grupos determinados, o que caracterizava, em verdade, uma desigualdade, onde a classe dirigente estabelecia suas aspirações, objetivos e valores sob as classes populares e menos favorecidas.³⁴

Nesta esteira, afirma Lopes:

A matéria que domina a jurisprudência [meados de 1870], como não poderia deixar de ser, é o assunto das classes possuidoras: heranças, compras e vendas de terras, forma de tratamento de escravos, negócios societários e circulação de mercadorias e títulos. [...] Outras questões frequentes diziam respeito a falências e concordatas e a substituição de sócios seja por herdeiros, seja por outros sócios.³⁵

Assim, as demandas jurídicas se limitavam a solucionar conflitos relacionados exclusivamente à vida privada, consubstanciados principalmente no direito de propriedade, das sucessões e das obrigações, em razão da influência sofrida pelo direito romano e germânico.³⁶

No que diz respeito a tal influência, desde a antiguidade as populações da Grécia e Roma reconheceram e praticaram a propriedade privada, ainda que baseadas em princípios diferentes dos aplicados posteriormente. Do direito à propriedade, inclusive, decorreu o direito das sucessões, surgido também entre os antigos. Conforme dispõe Coulanges, “o direito da propriedade, tendo-se estabelecido para a perpetuação de um culto hereditário, não

³² WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2015, p. 42.

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 195.

³⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15-16.

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2011, p. 311-312.

³⁶ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143.

podia desaparecer ao longo da existência de um indivíduo” o que ensejou o surgimento da herança e, por consequência, o direito de sucessão.³⁷

Da mesma forma, o direito moderno regulava, no que diz respeito ao direito da propriedade, institutos como o das servidões, o do poder marital, o das sucessões, o da comunhão entre marido e mulher. No âmbito do direito das coisas, abordavam-se, a título de exemplo, aspectos relacionados à proteção possessória dos direitos pessoais e no direito das obrigações, aos direitos e deveres advindos de negócios jurídicos firmados entre as partes.³⁸

Sobre estas características elucida Wolkmer:

O primeiro grande instituto da juridicidade moderna é o direito de propriedade, simbolizando uma forma de poder qualificado como absoluto, exclusivo e perpétuo. [...] O contrato é outro símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura sócio-econômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um “instrumento de auto-regulamentação dos interesses dos particulares”, que não deixa de ocultar a desigualdade real.³⁹

Tomando por base os institutos citados é possível perceber que, em que pese o equívoco em utilizar-se tão somente do normativismo positivista à resolução de conflitos, a complexidade das demandas jurídicas travadas no período moderno não ensejava uma valoração constante dos aspectos antropológicos, econômicos, sociológicos, políticos, éticos e históricos da sociedade, bastando para tanto, uma mera adequação do fato à norma.⁴⁰

No entanto, o rápido desenvolvimento das sociedades, assinalado pelos avanços econômicos, sociais e tecnológicos, evidenciaram que a simples adequação jurídica do fato ocorrido na sociedade não era suficiente à resolução de demandas, que se mostravam cada vez mais complexas:

Os dilemas de uma sociedade em intenso processo de modificação, onde o novo é sempre substituído pelo mais novo, onde o velho é aquilo que há pouco era recente, são inúmeros. Paranoias coletivas, comportamentos standardizados, desejos homogeneizados, excesso de informação moral desenraizada e desconexa, pluralismo de tendências éticas mal definidas, reações éticas inexplicáveis, cisão com a tradição, negação ostensiva do passado, perda de registros éticos e referências dogmáticas, desorientação moral, perda da noção da origem do mal moral, aceitação de tudo indiferença para com o outro, permissividade, contestação frenética de toda autoridade, difusão de cultos de duvidável credibilidade, de seitas apocalípticas, de

³⁷ FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*: estudo sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e da Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 49-58.

³⁸ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *op.cit.*, 2004, p. 146.

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43-44.

⁴⁰ ARNAUD, André Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, p. 245.

grupos fanáticos, de religiões oportunistas, carência de divisas entre valores, entre o certo e o errado, são apenas alguns dos dilemas sentidos e vividos por cada indivíduo pós-moderno.⁴¹

Soma-se a isso as consequências advindas da Segunda Guerra Mundial, uma vez que diante da flagrante hostilidade para com os povos, da intolerância, da perseguição, da repressão e de demonstrações de clausura moral, emergiram-se direitos difusos, coletivos e sociais, com características eminentes de direito público, contrapondo-se diretamente com o direito privado aplicado até então.⁴²

Demais disso, ressalta-se que, os poderes coercitivos do estado moderno acarretaram uma original característica da idade pós-moderna: “que o estado não mais tem capacidade, necessidade nem vontade de liderança espiritual (incluindo isso a moral). O estado ‘deixa correr’, de propósito ou por omissão, os poderes contraestruturais da socialidade”. Tal fato se dá, em parte, pela experiência tida com os estados totalitários, onde a moral e o estado político se confundiam.⁴³

A problemática do mundo pós-moderno atinge, portanto, o pensamento e as práticas morais em todos os aspectos da sociedade, transformando, além de tudo, as relações mais íntimas dos indivíduos. Privilegia-se a heterogeneidade e o pluralismo, como modos de libertação da cultura e da totalidade, apostando na fragmentação de sistemas, na indeterminação, na descontinuidade e na alteridade dos indivíduos, o que caracteriza a opção pela contingência. A indeterminação se torna a definição e o modo de liberdade, todavia, esta definição não é de todo fornecida, mas apenas sugerida pelo pós-modernismo, tendo em vista que tentar definir tal característica, seria voltar-se para o universal.⁴⁴

Vê-se, assim, que tanto no plano histórico quanto no social, o direito enfrentou uma revisão e uma transformação de seus institutos, projetando-se em uma dimensão pública e transindividual, até mesmo no âmbito do direito privado, visto que este vem apresentando uma intensa interdisciplinaridade com o direito público.

Lôbo afirma que, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da Constituição Federal de 1988 referir-se a direitos individuais e coletivos, tidos como direitos subjetivos,

⁴¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81-82.

⁴² BITTAR, Eduardo C. B. *op. cit.*, p. 85.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997, p. 195.

⁴⁴ CHAUI, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 505.

oponíveis a cada um, a todos e até mesmo ao Estado, operaram-se grandes transformações na ordem jurídica atual:

Grandes transformações estão sendo provocadas, por exemplo, pelos direitos do consumidor e do meio ambiente, que afetam a classificação de tradicionais ramos do direito. A sociedade, antes concebida como a soma dos indivíduos, é hoje de massas ou massificada. O mercado competitivo foi superado pelo mercado oligopolizado ou monopolizado. O direito vê-se diante do imenso desafio da concentração de capital, da intervenção e planejamento estatal, da urbanização prevalente, da criminalidade organizada, da emergência de corpos intermédios que tangenciam o monopólio legislativo do Estado.⁴⁵

A Carta Magna, notavelmente democrática, despertou a cidadania da população, fazendo com que o Poder Judiciário se tornasse cada vez mais acionado, exigindo-se dos Magistrados um raciocínio mais integrado. Por sua vez, a advocacia, elevada a um múnus social, tornou-se indispensável à realização da justiça, nos termos do artigo 133.⁴⁶

Assim como versa Machado, o perfil da advocacia contemporânea, tida como uma profissão liberal por excelência, experimenta transformações perceptíveis tanto legalmente quanto no campo socioeconômico, político e cultural. Além de se ter hoje advogados públicos, que possuem uma dimensão social, o profissional da advocacia realiza atividades que vão muito além das tradicionais, como, por exemplo, a atuação como árbitro, a intermediação de negócios imobiliários e a realização de serviços jurídicos para os necessitados e para os movimentos sociais.⁴⁷

Neste prisma, nota-se, também, a transformação jurídica ocorrida nas instituições estatais, como o Ministério Público, pois constitucionalmente falando, o *parquet* que, historicamente esteve ligado aos interesses ora do rei, ora da administração, ganhou novas atribuições, como a proteção dos interesses difusos, além do seu papel como fiscal da lei.⁴⁸

É possível identificar, assim, incontáveis mudanças neste sentido, que vão desde princípios e fundamentos dispostos na Constituição Federal de 1988 até reivindicações travadas por organismos da sociedade civil, como sindicatos, associações ou organizações não governamentais.⁴⁹

Sob este aspecto, Santos declara que as investigações realizadas sobre o pluralismo jurídico chamam a atenção “para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *op. cit.*, p. 380.

⁴⁶ OAB. Conselho Federal. *Ensino jurídico – OAB. Balanço de uma experiência*. Brasília: OAB, 2000, p. 15.

⁴⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121-123.

⁴⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *op. cit.*, p. 113-125.

⁴⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *op. cit.*, p. 132.

urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais. Trata-se de formas de direito infra-estatal [*sic*], informal não oficial e mais ou menos costumeiro”.⁵⁰

Tem-se à frente, portanto, o que alguns nomeiam novos direitos e a complexidade destes exige uma profunda reflexão interdisciplinar, no sentido de compreender que o fenômeno jurídico possui vínculos entre os mais variados âmbitos da sociedade, como o da ética, o da política, o da economia, o da história:

[...] não há mais a juridicidade isolada, no mundo onde a informação é o poder e a interdisciplinaridade é uma necessidade. As normas jurídicas, em si mesmas consideradas, são vazias. É a sua interpretação ou sua derrogação por nova norma, que tem vida, e essa vida é dada por fatores transjurídicos de natureza social, política, econômica e cultural. Logo, se o advogado não conhecer da filosofia, da ciência política, da sociologia, dentre outras ciências, corre o risco de se tomar um reprodutor burocrático menor das interpretações dominantes relativas às normas jurídicas. Em suma há necessidade de um processo de revisão dos paradigmas que possibilite ao advogado tratar da sociedade, do estado e da democracia com outras lentes, sob pena de ser atropelado pelo ritmo frenético que caracteriza a sociedade pós-moderna.⁵¹

150

Tal interdisciplinaridade é claramente visível quando se analisa os casos complexos que o Supremo Tribunal Federal vem julgando, como por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o RE 201.819-9, que aborda a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e a limitação que estas possuem frente a um direito que prima pela função social da propriedade ou a (in)constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, objeto da ADI 3510 e a ADPF 54, que trouxe a possibilidade da interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos.

São inúmeras as decisões que se mostram totalmente diferentes das de outrora e as mudanças que vêm ocorrendo são nítidas, no sentido de que há uma profunda interação existente entre os diversos saberes sendo necessário, portanto, conhecê-los, para que seja possível julgar as demandas se pautando no bem comum da sociedade.

Todas essas demandas jurídicas abarcam situações complexas e profundas que alteram os conceitos de direito público e privado, de instituições familiares e da inviolabilidade e

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. apud OAB. Conselho Federal. Ensino jurídico – OAB. Balanço de uma experiência. Brasília: OAB, 2000, p. 53.

⁵¹ AGUIAR, Roberto Alberto Ramos de. *op. cit.*, p. 449.

irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, institutos estes que no decorrer da história do direito não existiam ou até mesmo se mantinham inalterados.

Assim, é possível evidenciar que em um mundo pós-moderno, diante desta nova postura adotada pelos tribunais, para que o estudante de Direito consiga buscar a solução de uma determinada demanda, se mostra imprescindível uma postura diferenciada, tendo em vista que a adequação do caso concreto à norma não é suficiente por si só à resolução das demandas jurídicas que se apresentam hodiernamente.

3 O ENFOQUE ZETÉTICO E DOGMÁTICO DO FENÔMENO JURÍDICO

O Direito pode ser classificado como uma ciência humana, que se destina à investigação da relação entre os indivíduos e suas ações. Para compreendê-las e explicá-las, se faz necessário tomar por base uma aceção valorativa.⁵² Montoro afirma se tratar de uma ciência normativa ética, humana ou moral, posto que “sua finalidade específica é ordenar a conduta social dos homens, para que cada um (indivíduo ou sociedade) tenha o que lhe é “devido” (dever-ser).⁵³

O fato de o objeto de estudo ser o indivíduo e suas ações, torna o Direito peculiar às outras ciências, tendo em vista que a perquirição da norma jurídica não é suficiente à compreensão de tal, tornando necessário, além da investigação das causas da criação da norma e da sua adequação ao meio social, a análise dos fatos sociais e de seus aspectos sociológicos, econômicos, culturais, bem como dos valores éticos e morais relacionados a eles:

[...] tendo em vista as peculiaridades do objeto da Ciência do Direito, percebe-se que ela não tem de dar conta apenas das normas jurídicas e sua aplicação ou não, mas também tem de lidar com fatos sociais, aspectos sociológicos, econômicos, culturais e até climáticos, com diferenças regionais e territoriais, bem como com valores éticos e morais. Deve, ainda, investigar as causas de elaboração das normas jurídicas, em especial as leis, bem como sua adequação ao meio social. Todas essas normas e valores devem respeitar o homem em sua dignidade de ser humano, no meio social e na natureza em que vive. A Ciência do Direito em sua aceção mais ampla é uma ciência ética por excelência.⁵⁴

⁵² NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

⁵³ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins, 1974, p. 95-96.

⁵⁴ NUNES, Rizzatto. *op.cit.*, p. 51.

O estudo destes aspectos, por sua vez, pode se dar sob diferentes ângulos, uma vez que “o direito pode ser objeto de teorias básicas e intencionalmente informativas, mas também de teorias ostensivamente diretivas”. Valendo-se da distinção utilizada por Ferraz Júnior, a análise pode se dar assim, através de um enfoque zetético ou de um dogmático. Os dois enfoques possuem características que os diferenciam de forma contundente, no entanto, em uma investigação sempre existirão os dois, podendo prevalecer ora o enfoque zetético, ora o dogmático.⁵⁵

Etimologicamente, a palavra zetética (*zetein*) significa perquirir e dogmática (*dokein*), possui o significado de ensinar, doutrinar. Assim sendo, a primeira revela um estudo baseado na dissolução de opiniões e fundamentos, colocando todo conceito e pressuposto em dúvida, possuindo uma função especulativa e infinita. Já a segunda, releva a opinião, partindo de pressupostos que, em um primeiro momento, são tidos como inatacáveis e insubstituíveis, “por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação”.⁵⁶

Tem-se assim que, a zetética parte de evidências e a dogmática, de dogmas. Para que a investigação ocorra, ambas devem pôr alguma coisa à dúvida; desta forma, enquanto a zetética deixa de questionar enunciados por admiti-los como verificáveis e comprováveis, a dogmática deixa de questionar as premissas, pois as considera estabelecidas como inquestionáveis.⁵⁷

Assim, a zetética jurídica se dá, quando o fenômeno jurídico é estudado através de disciplinas como Sociologia, Antropologia, Psicologia, História, Filosofia, Ciência Política, entre outras:

Nessa perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. Ou seja, pode encaminhar sua investigação para os fatores reais do poder que regem uma comunidade, para as bases econômicas e sua repercussão na vida sociopolítica, para um levantamento dos valores que informam a ordem constitucional, para uma crítica ideológica, sem preocupar-se em criar condições para a decisão constitucional dos conflitos máximos da comunidade.⁵⁸

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60-61.

⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.*, p. 21.

Em contrapartida, são tidas como disciplinas dogmáticas, o Direito Civil, Comercial, Constitucional, Processual, Penal, Tributário, Administrativo, entre outras. Isto se dá, em virtude da dogmática jurídica se concentrar em “esforços de generalização e sistematização sobre o que poderíamos chamar o *direito positivo nacional e histórico*, isto é, as regras emanadas do poder competente, em espaço e tempo determinados”.⁵⁹

Neste sentido Nunes afirma que “bom cientista dogmático é aquele que incorporou os valores prévios e os modelos preexistentes, e é bom cumpridor das regras, que ele maneja com vistas a orientar a ação dos outros”.⁶⁰ Investigar o fenômeno jurídico pelo enfoque dogmático, portanto, é estar limitado, de uma certa forma, à exploração dos comportamentos juridicamente possíveis em uma determinada demanda.

Altamente influenciado pelo positivismo jurídico, o enfoque dogmático foi e ainda é predominante nas diversas Instituições de Ensino. Conforme vastamente abordado no decorrer deste trabalho, o estudo do Direito ainda é identificado como um tipo de estudo formalista e fechado, que se destina, na maioria das vezes, a atender somente as necessidades imediatas do juiz, do advogado, do promotor.

Tal característica, decorre em grande parte do método de ensino e por consequência das disciplinas que foram e são estudadas nas escolas. A instrumentalização do ensino jurídico brasileiro é muito claro quando se analisa as matrizes curriculares que existiram desde a criação dos cursos jurídicos. Somente após a criação da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (promulgada em 1961) é que a matriz curricular base do curso começa a possuir traços de um ensino jurídico mais zetético.⁶¹

No entanto, a efetiva obrigatoriedade de disciplinas com enfoque zetético se deu apenas em 1994, através da Portaria n. 1.886 instituída pelo Ministério da Educação e do Desporto, que trouxe como disciplinas fundamentais a Filosofia, Sociologia, Economia e Ciência Política.⁶²

É nítido, portanto, que a busca por um saber mais analítico ainda é muito recente na história brasileira. Apesar do pensamento crítico contemporâneo extrapolar os limites da lei e

⁵⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*: para os cursos de introdução à ciência do direito. Belo Horizonte: Vega, 1972, p. 119-143.

⁶⁰ NUNES, Rizzatto. *op.cit.*, p. 60.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Brasília, 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4024.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

⁶² BRASIL. Portaria Ministerial nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100108-03.pdf>. Acesso em 03 abr. 2017.

influir no campo social e valorativo, por ser influenciado pelo próprio meio social e pela linguagem utilizada ser antes política, do que científica, ainda há um amplo controle social:

Se instrumentaliza o próprio cientista jurídico, que passa a ser um técnico cujo acesso ao Direito se faz somente pelo manejo de ferramentas – regras de interpretação – sem as quais não tem como realizar seu trabalho, que desempenha depois de aceitar os pontos de partida (dogmas) estabelecido pela escola jurídica.⁶³

Ocorre que, tomando por base a Teoria Tridimensional do Direito, que concebe o Direito como sendo uma estrutura composta por “um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de Justiça)”⁶⁴, o enfoque dogmático não pode ser o único utilizado para estudar o conjunto global da ciência do direito.

Filiando-se ao entendimento de Azevedo, o conhecimento da regra positivada, da sua hierarquização, dos conceitos fundamentais e dos princípios norteadores, são de suma importância, posto que não é possível solucionar um problema jurídico sem o adequado conhecimento destes institutos. No entanto, “o reconhecimento de sua relevância não importa em subscrever a orientação positivista que lhe é normalmente assinalada, de graves consequências sobre a concepção do direito e sérias projeções sociais”⁶⁵

Isto porque, se o trabalho da dogmática jurídica se afastar da realidade social, operar-se-á uma verdadeira manipulação ideológica:

Efetivamente, não pode o trabalho da Dogmática Jurídica ou Ciência Jurídica Positiva ser desligado da sociedade, a menos que, em nome de uma pretensa cientificidade, se aceite que deva girar sobre seu próprio eixo, afastando-se, dessa forma, da realidade mesma em função de que precisamente existe e se deve realizar. Assim se procedendo, embora se diga que se age em nome da “cientificidade” da Ciência do Direito, opera-se a sua manipulação ideológica.⁶⁶

Diz-se ideológica porque os indivíduos, sem se darem conta ou sem terem consciência, julgam-se desenvolvendo um pensamento fundado em si mesmo, quando em verdade são totalmente influenciados pelos fatos sociais/econômicos, que ocorrem. Em decorrência disso, esquecem-se dos conflitos humanos que originam o fenômeno jurídico, o que se mostra

⁶³ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

⁶⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ensino Jurídico: o ensino jurídico e a índole da investigação*. *op. cit.*, p. 385.

⁶⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco. *op. cit.*, p. 386.

totalmente desarmônico com a ideia de uma investigação jurídica que deve ser voltada para o campo social.⁶⁷

Neste sentido, há que se ter acesso a uma formação intelectual que ultrapasse a fronteira da técnica e valha-se verdadeiramente do conhecimento científico e filosófico para uma melhor compreensão do mundo a sua volta.

Assim, as instituições de ensino contemporâneas devem proporcionar ao estudante de Direito uma formação dogmática, mas também zetética visto que, diante da complexidade das demandas jurídicas existentes e para que seja possível abordar e enquadrar um fato social a este sistema é imperativo compreendê-lo a partir de seus aspectos antropológicos, econômicos, sociológicos, políticos, filosóficos, éticos, históricos sem os quais o sistema ficará afastado de um de seus pilares essenciais, qual seja, o valor.

4 A BUSCA PELO BEM COMUM COMO UM DOS PRESSUSPOSTOS À CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

155

Considerando o conceito de Estado trazido por Dallari, que aborda-o como “uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território”, é possível identificar que em sua noção há a importante característica de se buscar o bem comum do povo.⁶⁸

Esta característica, tida como o objetivo almejado pela sociedade, esteve presente desde os tempos remotos na história da humanidade e pode ser entendida, segundo Cathrein, como “o complexo das condições requeridas para que todos os homens, individualmente ou em grupos sociais, possam, na medida do possível, atingir livremente e pela própria atividade a sua felicidade terrena”.⁶⁹

Contemporaneamente, a forma de governo que mais tende a se aproximar desta busca pelo bem comum é a democracia. Isto porque, a democracia além de ser uma ordem constitucional que se fundamenta sob a garantia dos direitos fundamentais, “é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do

⁶⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco. *op. cit.*, p. 386.

⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

⁶⁹ CATHREIN, Victor. apud MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.

povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo”.⁷⁰

No entanto, para que esta definição seja consolidada, vários aspectos devem ser considerados dentro da sociedade, como a possibilidade de que um número considerado de cidadãos possa participar das tomadas de decisões, além de que, os responsáveis pela representatividade dos demais, tenham garantidos a liberdade de opinião, de reunião, de expressão, entre outros direitos.⁷¹

Baseando-se na premissa de que somente a partir de um estado liberal a democracia poderia ocorrer, necessário se faz mencionar que, em que pese a noção de bem comum contida nesta forma de governo, durante o desenvolvimento das sociedades, o conceito da democracia foi se distanciando daquele disposto anteriormente.

Nos dizeres de Bobbio, pode-se citar seis aspectos das promessas feitas pela democracia que não foram cumpridas: a) o nascimento de uma sociedade pluralista; b) a representação dos interesses sobrepujando a representação política; c) a persistência das oligarquias; d) a limitação do exercício do poder democrático; e) a não eliminação do poder invisível e; f) a ausência da educação para a cidadania.⁷²

A contradição da noção moderna sobre o conceito de democracia, apresentada sob estes aspectos, demonstra que o estado atual está ausente de um dos elementos principais à sua formação, qual seja, a sua finalidade, tida como o bem comum. Está-se diante, portanto, de Estados que legalmente se dizem democráticos, mas que na realidade, estão distantes de uma real democracia.

Assim como trazido anteriormente, o fenômeno jurídico é consequência dos fatos ocorridos em comunidade e da forma como estes são valorados, nos termos da teoria de Reale. Sendo assim, conforme destaca Almeida, não valorando os fatos de uma forma adequada, o ordenamento jurídico também será afetado:

Os valores habitam o mundo da cultura e esse é o mundo no qual o homem e a mulher estão inseridos. Consequentemente, o ato de escolha do valor mais elevado, motivador da ação e da consumação da liberdade, é diretamente influenciado pela cultura que o circunda.⁷³

⁷⁰ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 299.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 20.

⁷² BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 22-33.

⁷³ ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 43.

A divergência que ocorre entre o disposto na teoria e o ocorrido na prática, portanto, leva indubitavelmente a criação de normas que independem ou possuem o conteúdo axiológico corrompido. Exemplos claros se dão, quando se analisa o universo de regramentos impondo a realização de condutas esdrúxulas ou dispendo sobre detalhes da convivência em sociedade, que se mostrariam totalmente desnecessários em um estado democrático de direito pleno.

Isso se dá, no entanto, porque o direito pressuposto, tido como o produto histórico-cultural que condiciona a formulação do direito posto, não é explorado da maneira correta, no sentido da existência de leis que são retrato daquilo que é verdadeiramente necessário para a evolução da sociedade.

Para que o direito possa ser efetivado na realidade e conseqüentemente o bem comum seja alcançado, consoante afirma Grau, ele deve ser tido como algo que vai além de uma ciência normativa e se encontra como uma “instância da realidade”:

[...] a doutrina real do direito não designa, para mim, senão isso, um modo de pensar o direito —, o que me parece suficiente a justificá-lo, dizia, é o fato de que a sua compreensão plena (do direito) transcende a análise exclusivamente da norma. Não se trata apenas de afirmar que o direito é norma, decisão e ordenamento e estrutura, mas, sobretudo — repito —, que o direito é instância da realidade. E que o direito é apreendido do exterior: é uma criação do homem, não redutível às categorias e modelos rígidos da lógica formal. (...) após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas inter-relações, compreendi a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição — isto é, como de fato ocorre na realidade concreta.⁷⁴

Diante de uma democracia que se mostra patológica, a reconstrução e a retomada do que se entende por bem comum/valor social, elemento que fundamenta o estado e, por consequência, o direito, se mostra imprescindível. Todavia, estes ideais somente serão alcançados quando se partir da premissa de que a ética (como ciência que possui seus fundamentos sob o bem comum) precede a ideia de Estado e Direito.

Nesta esteira, preceitua Nalini que o universo que fundamenta e está relacionado a todos os outros conhecimentos, corresponde à ética, que engloba e abrange o direito. A ética, assim, condiciona à formulação do direito posto. Desta forma, para que o Estado Democrático de Direito pleno seja alcançado, há a necessidade de que as normas sejam baseadas em preceitos éticos:

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36-44.

A melhor compreensão, em termos éticos, é pregar e reconhecer que não há direito aético ou antiético. Todas as regras jurídicas, explícitas ou implícitas e em todas as suas categorias, devem um tributo à moral. Seria um contra-senso e uma deterioração dos costumes admitir-se normatividade contrária à ética. Além da legalidade, reclama-se legitimidade ao sistema. E legitimidade é ideia bastante vinculada à fisionomia ética do ordenamento.⁷⁵

A ideia de que o Estado, assim como o Direito está contido no campo da ética, se mostram um dos pressupostos para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, as discussões do mundo jurídico devem se fundamentar sob aspectos sociológicos e filosóficos, de modo que os estudantes “pensem” o fenômeno cultural e não simplesmente aceitem a vontade de minorias dominadoras que impõe o seu modo de – muitas vezes – apenas garantir o poder, sem a preocupação real com a vida da sociedade.

Para que isso seja possível, é importante que se tenha ainda, uma busca diuturna e um aprofundamento no conhecimento do “acervo da humanidade”, entendido como o repositório de todos os fatos históricos, culturas, conhecimentos, teorias que a humanidade adquiriu ao longo do tempo:

A humanidade possui um acervo que merece ser protegido e cultivado. Chama-se de acervo ético da humanidade o conjunto de todas as ações, tendências, ideologias, posturas, decisões, experiências compartilhadas, normas internacionais, conquistas políticas, lições éticas, preceitos morais, máximas religiosas, ditos célebres, hábitos populares, sabedorias consagradas que, por seu valor e sua singularidade, servem de referência e espelho para as demais gerações. Patrimônio imaterial de inestimável valor, trata-se de uma somatória histórica de louváveis aspectos do comportamento humano que são capazes de dignificar a pessoa humana, oriundos de todas as civilizações e de todas as culturas.⁷⁶

Tendo acesso a este acervo de forma irrestrita, se estará dando ao estudante de Direito condições de interpretá-lo e conhecê-lo, obtendo, assim, os pressupostos necessários para que o direito posto se relacione diretamente com o direito pressuposto.

Isto porque, o intelecto é um elemento essencial para que sejam feitas boas escolhas, pois é através dele que serão realizadas ponderações e análises, deliberando corretamente. As reflexões que o indivíduo realiza são diretamente influenciadas pelo conhecimento, e, julgar tendo por base o senso comum, pode se tornar um problema, pois ausente o intelecto,

⁷⁵ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124-125.

⁷⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78-89.

facilmente se julgará errado, considerando fatos e atos de forma viciada, o que comprometerá na maneira como se percebe a ética e se age na sociedade.⁷⁷

Vê-se, assim, a importância de uma boa competência técnica no âmbito do Direito, no entanto, utilizando-se somente dela, os valores ficarão neutros, o que ensejará em julgamentos que submetem somente aos desígnios da lei.⁷⁸

Sob este aspecto há, portanto, uma necessidade de que o “acervo” seja buscado de forma ininterrupta, para que a excelência seja alcançada:

Não se pode deixar de ressaltar ainda que quanto mais se visitar este acervo, quanto mais compreendê-lo, maiores serão as possibilidades para que a excelência venha a acontecer. Não se poderia afirmar que todas as demandas da vida seriam resolvidas com este encadeamento de ações, mas notadamente, quanto mais visitas forem feitas ao acervo, tendo em vista os demais precedentes a este encontro, maior facilidade se terá para responder às crescentes demandas advindas de um ambiente social cada vez mais complexo.⁷⁹

O profissional deve estar sempre imerso no universo cultural onde se desenvolve o fenômeno jurídico por ele estudado. Imerso no sentido de ter a visão do todo, buscar e entender as origens do problema e não uma visão restrita que busca a solução imediata, sem se preocupar com as circunstâncias que lhe deram causa.

Neste sentido a busca por um conhecimento integrado, que desenvolva as variadas competências do indivíduo, faz com que os diferentes conflitos ocorridos na sociedade não sejam analisados somente sob um aspecto tecnicista, mas sim, a partir de um senso crítico que tem por fim o bem comum da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir de que são muitos os aspectos que influenciaram e influenciam de modo direto na problemática existente na educação jurídica atual, desde questões realmente de ordem educacional até aquelas de cunho político e ideológico.

⁷⁷ CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 100 et. seq.

⁷⁸ CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *op. cit.*, p. 6.

⁷⁹ RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. *O dever-ser decorrente do medo da sanção: um diálogo entre a efetividade do direito, a formação da consciência moral e as cantigas infantis brasileiras*. 2016. 95 f. (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. p. 32. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18865/2/Marcus%20Geandr%C3%A9%20Nakano%20Ramiro.pdf>> Acesso em 01 março 2017.

Fica claro que as características atuais dos cursos de Direito do país são em grande parte consequência de uma trajetória focada mais diretamente no suprimento das necessidades burocráticas imediatas do Estado, fazendo com que, desde a criação dos cursos jurídicos até pouco tempo atrás (e em alguns casos, até hoje), o desenvolvimento do senso crítico não seja tido como algo relevante.

Essa preocupação com o desenvolvimento dos conhecimentos humanísticos só ficou mais evidente no país a partir da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (promulgada em 1961) e da Portaria n. 1.886 de dezembro de 1994, onde finalmente se preconizou uma perspectiva mais humanista ao curso de Direito, estabelecendo como disciplinas fundamentais aquelas que possuíam um cunho zetético, como Filosofia Geral e Jurídica, Ética Geral e Profissional, Sociologia Geral e Jurídica, Economia e Ciência Política.

Ocorre que, a inserção destas disciplinas na realidade do estudante de Direito ainda permanece muito superficial visto que, além de existirem muitas dificuldades no sentido de se compreender a importância de uma análise filosófica ou sociológica do fenômeno jurídico, seus temas geralmente não são tratados de forma isolada, fazendo com que ainda se tenha o Direito onde a o caráter técnico predomina sobre o científico.

Não bastasse todos esses problemas, a sociedade contemporânea trouxe ainda a fragmentação de todos os ideais até então como inalteráveis, tornando as relações humanas mais frágeis, egoístas, temporárias e abstratas, o que levou à existência de uma Ciência do Direito ainda mais carente de uma visão global e humana, com demandas jurídicas intrincadas e insolúveis, consoante se observa dos embates hodiernos, travados no Poder Judiciário, mormente, na Corte Suprema.

Neste sentido, percebe-se que os pressupostos para a consolidação do Estado Democrático de Direito, sob esta perspectiva tão necessária, parecem estar em segundo plano e, de consequência, os estudantes se deparam muitas vezes com barreiras que aparentam ser intransponíveis ante os conhecimentos limitados que possuem, tendo em vista que a valorização, como um dos elementos imprescindíveis para a vinculação das demandas do dia-a-dia à norma, se mostra frágil, despreparada e não prioritária.

Faz-se então necessária, a compreensão crítica dos fatos, a proposta de novas soluções, o protagonismo do profissional do Direito em sua indispensabilidade à administração da justiça, como desejou o legislador constitucional, de modo que aquele que opta por estudar

esta ciência, por se enveredar por essas sendas, deve assumir o papel de um agente propulsor da consolidação do Estado Democrático do Direito.

E neste itinerário, dar ao estudante a possibilidade de conhecer irrestritamente o acervo da humanidade apresenta-se como elemento fundamental, sendo a existência de disciplinas zetéticas nos cursos jurídicos um dos pressupostos para que isso aconteça, quando por meio delas o estudante terá acesso a este acervo e poderá compreender que o Direito é uma ciência imersa em um mundo cultural que vai além, portanto, de um mero estudo técnico de normas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Alberto Ramos de. *A Crise da Advocacia no Brasil. Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ARNAUD, André Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ensino Jurídico: o ensino jurídico e a índole da investigação. Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990.

BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997.

BEZERRA, Francisco Otávio de Miranda. *Ensino Jurídico numa perspectiva cidadã: interação social e políticas públicas*. 2006. 236 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Estadual do Ceará, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOVE, Luiz Antonio. *Uma Visão Histórica do Ensino Jurídico no Brasil. Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 115-138, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/Methodista-SP/RCD/v03n03/v03n03a06.pdf>> Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968. Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5540.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Decreto nº 1232 H, de 2 de janeiro de 1891. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/LeisOceriza das/1891dgp-jan.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Brasília, 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4024.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Portaria Ministerial nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100108-03.pdf>. Acesso em 03 abr. 2017.

_____. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Brasília, 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 22 maio 2016.

CATHREIN, Victor. apud MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

CHAUÍ, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

_____. *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. *Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito*, v.3, 2009.

EXAME de Ordem em números. v. III. Disponível em: <<http://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/exame-de-ordem-em-numeros-vol3>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e da Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

INSTITUIÇÕES de Educação Superior e Cursos Cadastrados. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Ensino jurídico: ensino jurídico na atualidade brasileira. Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito: para os cursos de introdução à ciência do direito*. Belo Horizonte: Vega, 1972.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins, 1974.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OAB. Conselho Federal. *Ensino jurídico – OAB. Balanço de uma experiência*. Brasília: OAB, 2000.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. *O dever-ser decorrente do medo da sanção: um diálogo entre a efetividade do direito, a formação da consciência moral e as cantigas infantis brasileiras*. 2016. 95 f. (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18865/2/Marcus%20Geandr%C3%A9%20Nakanon%20Ramiro.pdf>> Acesso em 01.03.2017.



REALE JÚNIOR, Miguel. Criação e Degenerescência do Ensino Jurídico. *Revista USP*, São Paulo, n. 100, p. 87-96, 2013-2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/76171>>. Acesso em: 20 maio 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SAMPAIO, Helena. *O ensino superior no Brasil: o setor privado*. São Paulo: Hucitec, 2000.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Crítica e reflexão sobre o ensino jurídico no Brasil — considerações acerca do papel do advogado nas transformações sociais dentro de uma visão histórica e política. *Anais da Conferência Nacional da Oab*, 13, Belo Horizonte. Brasília: OAB, 1990.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 8. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

XAVIER, Maria Elizabete S. P.; RIBEIRO, Maria Luísa Santos; NORONHA, Olinda Maria. *História da educação: a escola no Brasil*. São Paulo: FTD, 1994.

164

Submissão: 27/04/2017

Aceito para Publicação: 03/08/2017



A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA - APRESENTADA NO EXEMPLO DO CONTROLE DE NORMAS*

BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION – PRESENTED IN THE EXAMPLE OF JUDICIAL REVIEW

Luís Afonso Heck**

RESUMO: O artigo procura apresentar a estrutura da jurisdição constitucional com base no controle de normas. Para isso, expõe comparativamente aspectos da estrutura do controle normativo brasileiro e alemão, a cada vez, com observações. Segue-se a essa exposição, na consideração final, uma proposta de *lege ferenda* para o controle normativo brasileiro atual.

ABSTRACT: *The article endeavors to present the structure of constitutional adjudication with a basis on judicial review. For that end, it expounds comparatively aspects of the structure of Brazilian and German judicial review, in each case, with observations. Following this exposition, in a final consideration, is a de lege ferenda proposal for the current Brazilian judicial review.*

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Controle de Normas. Direito Comparado.

KEYWORDS: Constitutional Adjudication. Judicial Review. Comparative Law.

SUMÁRIO: Nota Prévia. 1 O Supremo Tribunal Federal. 1.1 Número, Eleição e Nomeação dos Juízes no Supremo Tribunal Federal. 1.2 Competência. 2 Controle de Normas. 2.1 Controle de Normas Concentrado. 2.1.1 Objeto. 2.1.2 Algumas Questões. 2.1.3 Autorizados à Propositura. 2.1.4 Monopólio do Exame e da Rejeição de Normas. 2.1.5 Aspectos da Comparação de Direito. 2.2 Controle de Normas Difuso. 3.2.1 Autorizados à Propositura. 3.2.2 Monopólio do Exame e da Rejeição de Normas. 2.2.3 Aspectos da Comparação de Direito. 3 Vinculação da Decisão. 3.1 No Controle de Normas Concentrado. 3.2 No controle de Normas Difuso. 4 Nulidade ou Nulificabilidade. Considerações Finais. Referências.

166

NOTA PRÉVIA

Em 5 de outubro de 1988 a Constituição Federal brasileira (CF) entrou em vigor. Segundo o texto da constituição, o Brasil é, assim como exprime a Lei Fundamental da Alemanha (LF)¹, uma república federal, artigo 1². Ela compõe-se da união indissolúvel de estados, municípios e do Distrito Federal (Brasília). O Brasil é, como a Alemanha³, um Estado de Direito Democrático, artigo 1⁰ da Constituição Federal⁴.

* Este texto se trata de uma formulação ampliada da exposição que o autor fez em dezembro de 2012 na Universidade de Konstanz (Alemanha). O autor agradece a Hartmut Maurer pelo convite, a Martin Ibler por indicações e aos alunos pelo estímulo das perguntas.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹ ALEMANHA. Lei Fundamental, de 08 de maio de 1949. Artigo 20 I.

² BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Título: “Constituição da República Federal do Brasil”. Artigo 1: “A República Federal brasileira (...)”.

³ ALEMANHA. Lei Fundamental, de 08 de maio de 1949. Artigo 20 I.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. No artigo 1 está: “(...) Estado Democrático de Direito”. A formulação não é feliz, pois um Estado de Direito pode ser democrático ou não e um Estado Democrático implica o Estado de Direito.

Os estados no Brasil têm, como o Distrito Federal também, uma jurisdição própria, comparar artigo 92 VII, CF. Esse artigo também faz referência aos territórios. Atualmente eles não mais existem, pois os artigos 14, 15 (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) cortaram eles. Eles podem, porém, por estrutura nova territorial, novamente ser reestabelecidos, artigo 12, CF (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Aqui deve ser perseguida a estrutura da jurisdição constitucional no exemplo do controle de normas. Para isso, será, em primeiro lugar, apresentado o Supremo Tribunal Federal. Depois, será exposto o controle de normas com uma visão de conjunto da comparação de direito. E, por fim, seguem algumas observações com uma proposta para a formação futura do controle de normas no Brasil.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal está na ponta da estrutura judicial-constitucional. Ele deve, com apoio na classificação do controle de normas por Maurer, ser posto sob o controle de normas integrado⁵. Os juízes do Supremo Tribunal Federal não precisam ser juízes profissionais. Eles também não são eleitos pelo Congresso Nacional, mas pelo Presidente Federal, embora o início da proposição do parágrafo único do artigo 1, CF, diga a mesma coisa como a primeira proposição do artigo 20 II, da LF: “Todo o poder estatal provém do povo.” Para o Supremo Tribunal Federal também não vale a “regra-quinto”⁶.

A ele cabe hoje, sem dúvida, um papel importante na vida constitucional brasileira, mas esse papel e, mais além, sua consideração dependem da fundamentação de suas decisões, assim como da força de convencimento de seus argumentos. Aqui se mostra não só a importância fundamental de formação e pré-compreensão no sentido gadameriano⁷, mas

⁵ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional. In: MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 246, número de margem 73.

⁶ A chamada “regra-quinto” indica que 1/5 dos lugares dos tribunais regionais federais, dos tribunais de justiça dos estados, do Distrito Federal e dos territórios serão ocupados por membros do Ministério Público e advogados (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 94). Tenta-se, com isso, deixar-se fazer valer, sobretudo, a experiência nesses âmbitos no tribunal. Isso deve, assim, contribuir para uma visão melhor e mais completa e para a compreensão do conflito jurídico. Isso tem, então também, seu efeito na sentença do tribunal.

⁷ Para isso, GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode I*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. Auflage. Tübingen: Mohr, 1990, S. 15 ff., 270 ff. Naturalmente, a questão da formação vale não somente para os juízes, mas para todos os juristas, melhor ainda, para todos os cidadãos. Aqui pode ficar em aberto até que ponto o fato, que no Brasil a maioria dos professores de direito são advogados, isto é, são ativos em um escritório, repercute no conhecimento do direito e, assim, na jurisprudência dos tribunais. Deixa-se, contudo,

também a conexão interna entre elas. Uma formação que visa à pré-compreensão da estrutura de uma ordem jurídica representa o adestramento que, outra vez, é pressuposto para uma fundamentação juridicamente correta. Não somente uma compensação entre teoria e prática, mas também uma união real entre doutrina e investigação nas faculdades de direito seria oportuna.

No seguinte devem ser apresentadas (comparando direito) a configuração e competência do Supremo Tribunal Federal.

1.1 Número, Eleição e Nomeação dos Juízes no Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal determina não somente o número dos juízes para o Supremo Tribunal Federal, mas também a eleição⁸ e a nomeação. Ele é ocupado por onze juízes (denominados ministros). Eles são escolhidos dentre os cidadãos, têm de ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade, ter um saber jurídico amplo e uma reputação excelente (artigo 101, CF). Eles são nomeados pelo Presidente Federal depois da aprovação da seleção pelo Senado Federal. A aprovação requer a maioria absoluta (artigo 101, CF). A aprovação pelo Senado Federal realiza-se por votação secreta. Um interrogatório público precede à aprovação (artigo 52 III a, CF). O interrogatório é comparável com o procedimento usual nos Estados Unidos para a nomeação dos juízes na Suprema Corte.

168

1.2 Competência

As competências do Supremo Tribunal Federal estão determinadas no artigo 102, CF. Segundo o artigo 102, CF, cabe ao Supremo Tribunal Federal fundamentalmente a guarda ou salvaguarda da Constituição. Nesse sentido, devem, no que segue, interessar somente as competências com vista ao controle de normas.

2 CONTROLE DE NORMAS

Deixam distinguir-se dois tipos de controle de normas no direito constitucional brasileiro. O concentrado e o difuso. A Constituição Federal de 1988 dilatou a configuração

dizer uma coisa: com isso, trata-se, em grande parte, não de um saber cultivado institucionalmente, mas antes, de um saber individual, prático.

⁸ A competência para essa eleição não é legalmente determinada.

do controle de normas concentrado e, precisamente, relacionado ao número dos autorizados à propositura e ao da promoção.

Ao lado do controle de normas concentrado pode colocar-se o abstrato e o principal. E ao lado do controle de normas difuso deixam fixar-se o concreto e o incidental. Eles deixam, portanto, combinar-se⁹. Ambos os controles de normas, concentrado e difuso, devem, contudo, ser delimitados dos outros pela característica da competência, isto é, no controle de normas concentrado um tribunal tem o poder para o exame e rejeição da norma jurídica a ser controlada e no controle de normas difuso esse poder é confiado ao juiz.¹⁰ As exposições seguintes devem, com isso, comprovar que o emprego desse par conceitual está justificado, pois ele mostra-se mais idôneo não só para apresentar a estrutura do controle de normas brasileiro, mas também para tratar objetivamente as questões principais do controle de normas brasileiro atual.

2.1 Controle de Normas Concentrado

Ele está, por um lado, normalizado no artigo 102 I a, CF. Esse descansa sobre a Lei de Modificação da Constituição número 3, de 17 de março de 1993. A esse seguiu a Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula o controle de normas concentrado¹¹. Outras

⁹ Ver para isso, MAURER, Hartmut. *op. cit.*, p. 246, número de margem 74.

¹⁰ Aqui é importante acentuar duas questões. A primeira diz respeito aos passos que compõem a competência do exame e a da rejeição. Eles podem ser assim apresentados:

passo 1: existência de dúvida;

passo 2: eliminação da dúvida pela autoridade competente;

passo 3: confronto entre a norma inferior e superior;

passo 4: comprovação da compatibilidade ou incompatibilidade entre elas;

passo 5: declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Os passos 1-4 compreendem a competência para o exame. O passo 5, a competência para a rejeição.

A segunda refere-se à terminologia. Para o sistema *concentrado* é remetido à Áustria, porque ambas essas competências estão situadas em uma *única* instância, no tribunal constitucional. Para o sistema *difuso* é indicado os Estados Unidos da América, porque essas competências estão nas mãos de juízes de instâncias *diferentes*.

¹¹ De outra forma como na Alemanha, onde existe uma lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, não existe no Brasil uma lei sobre o Supremo Tribunal Federal. Existe somente o regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Isso é um defeito, pois o regimento interno é, de outra forma como uma lei sobre o tribunal, que foi criada pelo dador de leis, determinado pelo tribunal mesmo. Disso resulta o perigo que o tribunal pode dar-se mais poderes que a Constituição compete dar. A história da súmula vinculante e do efeito transcendental da decisão do Supremo Tribunal Federal, em virtude do artigo 97, da Constituição Federal, é um exemplo para isso. A súmula vinculante baseia-se em decisões repetidas sobre assuntos da Constituição. Ela compõe-se de uma proposição, que é formulada disso. Ela tem efeito vinculante para todos os outros órgãos do poder judicial e para a administração pública no plano federal, estadual e municipal (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 103-A, introduzida pela Lei de Modificação da Constituição número 45, de 8 de dezembro de 2004). Ela deve servir à reconciliação dos juízes e à “pacificação” da jurisprudência.

regulações contém o artigo 102 § 1, CF, que também foi introduzido pela Lei de Modificação da Constituição número 3, de 17 de março de 1993. A esse seguiu a Lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que normalizou esse parágrafo. Ele está, por outro lado, fixado também no artigo 102 § 2, CF, que foi introduzido pela Lei de Modificação da Constituição número 45, de 8 de dezembro de 2004. Ademais, o artigo 103, CF, que foi modificado pela Lei de Modificação da Constituição número 45, de 8 de dezembro de 2004, contém regulações para o controle de normas concentrado.

O controle de normas concentrado pode no Supremo Tribunal Federal ser promovido:

- pela ação direta de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo federal¹² ou ato normativo estadual (artigo 102 I a, CF);
- pela ação direta de constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo federal (artigo 102 I a, CF);
- pela afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental (artigo 102 § 1, CF);
- pela afirmação da omissão de uma medida que concede eficácia a uma norma constitucional (artigo 103 § 2, CF);
- por representação do Procurador-Geral da República (a chamada representação interventiva) (artigo 36 III, CF).

170

2.1.1 Objeto

Objeto da ação direta de inconstitucionalidade podem ser: leis federais e atos normativos federais, leis estaduais e atos normativos estaduais, leis e atos normativos do distrito federal, regulamentos legislativos e decisões no plano federal, estadual e do Distrito Federal.

Objeto da ação direta de constitucionalidade podem ser: leis federais e atos normativos federais, regulamentos legislativos federais e decisões federais.

Ela foi introduzida sob a Constituição Federal de 1946 por modificação do regimento interno de então do supremo tribunal federal. Ela deveria servir à unificação da jurisprudência. Ela não era formalmente vinculativa, porém, deveria realmente, segundo o sentido, ser materialmente, pois ela não mais podia ser interpretada. O efeito transcendental deve, como efeito vinculativo, valer no controle de normas difuso. Transcendental quer dizer: vale também para todos os outros casos futuros; comparar BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 197917 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82959.

¹² Sob ato normativo deve ser entendido cada prescrição jurídica que hierarquicamente está sob a lei.

A afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental pode ter como objeto: atos do poder público, leis ou atos normativos da federação, dos estados ou dos municípios, antes e depois do direito constitucional federal.

A afirmação da omissão de uma medida, que concede eficácia a uma norma constitucional, pode ter como objeto uma omissão do dador de leis ou do executivo.

Objeto da representação do Procurador-Geral da República é o asseguramento da observância dos princípios constitucionais fixados no artigo 34 VII, CF.

2.1.2 Algumas questões

(a) A ação direta de constitucionalidade mostra juridicamente um problema difícil: ela viola o favor legis. É malgrado político-juridicamente quando o cidadão, pelo voto, dá ao Congresso Nacional a confiança e legitima ele, com isso, politicamente e, então, o resultado da atividade legislativa, isto é, a lei formal, abstratamente pode ser posto em dúvida por alguns autorizados à propositura nem sequer eleitos (Procurador-Geral da República, artigo 103 VI, CF, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, artigo 103 VII, CF, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Aqui o Supremo Tribunal Federal intervém muito amplamente no âmbito do dador de leis. Pois pela ação direta de constitucionalidade a realização da Constituição pelo dador de leis é apresentada como violação da Constituição. Pensa-se agora ainda no executivo, que também pela eleição dos cidadãos é politicamente legitimado e com o veto pode proteger a Constituição (artigo 84 V, CF) ao ele recusar com o veto o projeto de lei violador da Constituição, então a ação direta de constitucionalidade intervém também na função, jurídico-constitucionalmente determinada, do executivo. Mais além, a ação direta de constitucionalidade retira a competência do exame de normas do juiz particular no controle de normas difuso com aprovação duvidosa do Supremo Tribunal Federal¹³. Não por último, a ação direta de constitucionalidade impede a comprovação judicial do aspecto dinâmico da lacuna normativa mencionado pelo Tribunal Constitucional Federal¹⁴.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 220, p. 206.

¹⁴ Ver para isso, HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p 209.

Tudo isso poderia ser evitado por um controle de normas preventivo, pois a lei poderia então, antes de ela ser publicada, pelo Supremo Tribunal Federal ser revisada em sua constitucionalidade.

(b) O não-cumprimento de uma prescrição fundamental apresenta a questão, do que então se trata quando se fala de “prescrição fundamental”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vacila. Na RTJ 199 (878) o tribunal é da opinião que “é muito difícil indicar a priori as prescrições fundamentais da constituição que são capazes de uma violação tão grave que ela fundamenta um procedimento e um juízo com a afirmação do não-cumprimento”. Então, o tribunal, na página 880, designa a divisão de poderes, a forma federativa de Estado e os direitos e garantias fundamentais como prescrições fundamentais (com indicação bibliográfica). Na RTJ 206 (969 e seguintes) o tribunal entende a autonomia municipal como prescrição fundamental. E na RTJ 213 (21 e seguintes) a liberdade de imprensa, em união com os direitos e garantias fundamentais, designada como prescrição fundamental.

Na literatura também não se está de acordo sobre isso. Existe até uma certa confusão. Isso mostra, por exemplo, o livro “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei número 9.882/99”, que não só procede de vários autores, mas também trata tematicamente a prescrição fundamental¹⁵.

O cidadão, que é titular dos direitos fundamentais, não tem um acesso jurídico-constitucional¹⁶ ao Supremo Tribunal Federal para fazer valer em sentido amplo seus direitos

¹⁵ TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. Assim, na página 17 (A. de Moraes. Direitos e garantias fundamentais da Constituição, fundamentos e objetivos fundamentais da república), página 49 e seguintes (A. R. Tavares. Valores constitucionais, preceitos como conjunto de princípios e regras), página 78 e seguintes (C. S. R. Bastos. Valores constitucionais básicos), página 91 e seguintes (D. Sarmento. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas do artigo 60, § 4, CF, princípios fundamentais da república, artigo 1-5, CF), página 128 e seguintes (G. F. Mendes Direitos e garantias individuais, artigo 5, CF, princípios protegidos pela cláusula pétrea, artigo 60, § 4, CF, princípios sensíveis do artigo 34, CF), página 211 e seguintes (W. C. Rothenburg. Fundamentos, artigo 1, CF, objetivos, artigo 3, CF, princípios retores das relações internacionais, artigo 4, CF).

¹⁶ No Brasil não existe recurso constitucional. No artigo 5, da Constituição Federal, sob o título “Direitos e garantias fundamentais” estão previstos os seguintes expedientes jurídicos: habeas corpus (LXVIII), mandado de segurança (LXIX), mandado de injunção (LXXI) e habeas data (LXXII). O habeas corpus protege a liberdade de locomoção (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5 LXVIII e BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 647), o mandado de segurança, direitos que são indiscutíveis, isto é, a forma documental, como prova, tem de valer definitivamente (aqui pode ser mencionado o processo de documentos), e não protegidos por habeas corpus ou habeas data (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5 LXIX e BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Artigo 1º). O mandado de injunção protege o exercício de direitos

fundamentais perante a violação pelo poder público, isto é, poder legislativo, executivo e judicial. De outra forma sucede com o recurso constitucional alemão, que abarca o poder público em sentido amplo (§ 90 I, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A Lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, deu, sem dúvida, no artigo 2 II para “cada pessoa violada ou ameaçada por atos do poder público” a autorização à demanda para a afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental. Mas não diretamente no Supremo Tribunal Federal, mas somente por representação pode a pessoa afetada apresentar a solicitação para a promoção da afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental ao Procurador-Geral da República. Este decide então sobre a promoção da demanda (artigo 2 § 1, Lei número 9.882¹⁷). Contra o artigo 2 II, da Lei número 9.882, foi promovido um veto do executivo¹⁸. Isso permite identificar a prescrição fundamental com direitos fundamentais e garantias de direitos fundamentais.

constitucionais e de liberdade e os privilégios que são inerentes à nacionalidade, soberania (popular) e direitos do cidadão, quando para isso falta a norma regularizadora (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5 LXXI) e o habeas data, o conhecimento e correção de bancos de dados públicos ou acessíveis publicamente (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5 LXXII, CF, e BRASIL. Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997. Artigo 7 I-III).

O Supremo Tribunal Federal pode, com estes expedientes jurídicos, como primeira instância ser chamado:

a) com o habeas corpus: à medida que o afetado é o Presidente da República, o Vice-Presidente, um membro do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, um ministro de Estado, um comandante das Forças Armadas, um membro de um tribunal superior, do Tribunal de Contas da União e o dirigente de uma representação no estrangeiro contínua da República do Brasil (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102 I d);

à medida que o prejudicador é um tribunal superior ou à medida que o prejudicador ou afetado é uma autoridade ou funcionário, cujos atos estão sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trata de um crime que está sujeito à jurisdição do Supremo Tribunal Federal como única instância (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102 I i);

b) com o mandado de segurança: contra atos do Presidente da República, da mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102 I d);

c) com o mandado de injunção: à medida que a norma regularizadora cabe ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, à mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Tribunal de Contas da União, a um dos tribunais superiores ou ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102 I q);

d) com o habeas data: contra atos do Presidente da República, da mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102 I d).

Ele pode, a seguir, também como tribunal de revisão de última instância ser chamado para as solicitações de habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção e de habeas data recusadas (BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102 II a).

¹⁷ A posição do Procurador-Geral da República assemelha-se ao advogado da Constituição de Kelsen. Ver KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *VVDStRL*, n. 5, 1929, S. 75.

¹⁸ O veto apresenta os autorizados à propositura, que estão previstos no artigo 103 I-IX, da Constituição Federal, como representantes dos cidadãos. Primeiro, eles não são isso juridicamente, segundo, isso é uma ideia falsa, pois do Estado de Direito faz parte também a independência jurídico-procedimental do cidadão. Essa tutela soa a paternalismo.

O artigo 4 § 1, da Lei número 9.882, indica ainda que a afirmação do não-cumprimento da prescrição fundamental não será admitida se existe um outro meio eficaz para a eliminação da violação. Isso assemelha-se à subsidiariedade do recurso constitucional, como ela foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁹.

2.1.3 Autorizados à Propositura

A ação direta de inconstitucionalidade, assim como a ação direta de constitucionalidade podem, segundo o artigo 103 alíneas I-IX, CF, artigo 2 alíneas I-IX, artigo 13 alíneas I-IX²⁰, Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999, ser promovidas pelo

- Presidente da República (I)
- mesa do Senado Federal (II)
- mesa da Câmara dos Deputados (III)
- mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal (IV)
- Governador de estado ou do Distrito Federal (V)
- Procurador-Geral da República (VI)
- Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (VII)
- partido político com representação no Congresso Nacional (VIII)
- confederação sindical ou entidade de classe²¹ de âmbito nacional (IX).

Os autorizados à propositura, determinados nas alíneas I-IX, CF, também podem apresentar uma solicitação com a afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental.

¹⁹ Ver HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurídico-constitucional alemã. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 124, out./dez., 1994, p. 124 et seq. Com o veto ao artigo 2 II, Lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, o sentido dessa instância-subsidiariedade foi, contudo, perdido. Aquilo que depois do veto restou mostra-se como uma seleção da via jurídica. O Supremo Tribunal Federal fala, apesar disso, ainda de subsidiariedade. Considerado com isso é agora uma via jurídica-subsidiariedade para o Supremo Tribunal Federal. Comparar BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 194, 2, p. 393; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 199, 3, p. 888 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 207, 3, p. 1283; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 210, 3, p. 1049; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 211, p. 11; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 213, p.20; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 215, p. 31; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 216, p.52; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 218, p.11.

²⁰ O artigo 13, da Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999, previu originalmente somente os autorizados à propositura mencionados no artigo 103 I, II, III e VI, da Constituição Federal. A Lei de Modificação da Constituição número 45, de 8 de dezembro de 2004, equiparou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade referente aos autorizados à propositura.

²¹ Grêmios profissionais de profissões acadêmicas e técnicas.

Além disso, na ação de inconstitucionalidade deve o Procurador-Geral da República ser ouvido previamente (artigo 103 § 1, CF) e quando o Supremo Tribunal Federal aprecia em tese a inconstitucionalidade de uma norma legal ou de um ato normativo, então o Advogado-Geral da União é citado para defender o texto ou ato impugnado (artigo 103 § 3, CF).

2.1.4 Monopólio do Exame e da Rejeição de Normas

No controle de normas concentrado o Supremo Tribunal Federal tem o monopólio do exame e da rejeição de normas (artigo 102 § 2, CF; artigo 1, da Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999).

2.1.5 Aspectos da Comparação de Direito

Perante o direito constitucional alemão pode comprovar-se o seguinte:

- (a) a ação direta de inconstitucionalidade corresponde ao controle de normas abstrato (artigo 93 I número 2, LF, § 13 número 6, §§ 76 e seguintes, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)²²;
- (b) a autorização à propositura do § 76, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, cobre-se somente com o número I e IV do artigo 103, CF. Deve ser notado que os outros autorizados à propositura assim possuem apenas uma autorização à propositura do tipo *actio popularis*, que se encontra no artigo 5 LXXIII, CF, como direito fundamental²³. Segundo esse direito fundamental todo cidadão tem o poder para o emprego da ação popular com o objetivo de anulação de atuações para o dano do patrimônio público ou do patrimônio de corporações com participação estatal, da moral na administração, do meio ambiente e da herança histórica e cultural;

²² A Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, assim como o título IX da Lei Fundamental, a Lei do Tribunal Constitucional Federal e a letra D, da Lei Constitucional Federal austríaca, foram traduzidas para o português. Vide HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Vide Também HECK, Luís Afonso. *op. cit.*, 2012, p. 265 et seq.

²³ Ver veto do artigo 2 II, da Lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999; semelhante BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 215, p. 450. Dito de outro modo: no âmbito dos outros autorizados pode existir somente um interesse cívico. O interesse unido a um cargo obtido pelo voto popular, como é o caso no § 76, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, portanto, não tem lugar. O sentido dessa união pode ser visto justamente no impulso inicial, até funcional, no plano da divisão de poderes (ou melhor, das funções), para a propositura. Também isso fala contra determinada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ver, para ela, infra, nota de rodapé 31).

- (c) o monopólio do exame e da rejeição de normas do artigo 102 § 2, CF, corresponde ao do Tribunal Constitucional Federal, § 78, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal;
- (d) falta uma regulação correspondente ao § 79, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. O Supremo Tribunal Federal tenta vencer essa falta com a apresentação de Ipsen ao ele, por exemplo, trabalhar com a validade fática e normativa²⁴;
- (e) somente o Procurador-Geral da República (artigo 103 § 1, CF) e o Advogado-Geral da União (artigo 103 § 3, CF) podem manifestar-se na ação de inconstitucionalidade; não podem isso, em compensação, a Câmara dos Deputados, Senado Federal, Governo Federal, assembleias e governos estaduais (comparar, em contrapartida, § 77, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). O autor do ato impugnado não entra em jogo. Com isso o Supremo Tribunal Federal também não pode obter a visão de conjunto necessária sobre a situação fática e sua apreciação certamente não vai ao encontro do ajuste à coisa;
- (f) a ação direta de constitucionalidade não existe no direito constitucional federal alemão;
- (g) também a afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental não se encontra no direito constitucional federal alemão;
- (h) por fim, a afirmação da omissão também não está prevista no direito constitucional federal alemão. Ela pode, porém, pelo § 49 3, § 64 1 e § 92, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ser feita valer²⁵.

²⁴ Em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 190, 1, p. 222, o livro “Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt” (1980) é expressamente citado e remetido à página 157, onde se trata de validade fática e normativa e da correlação entre ambas. Também em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 193, 3, p. 875 et seq., onde é indicada a página 266 e seguintes. Lá se fala da eliminação e conclusão de situações jurídicas inconstitucionais no plano da norma. O plano dos atos particulares e as formas de preclusão, que em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 193, 3, p. 875, também segundo Ipsen são mencionados, não se encontram, contudo, nele. Segundo Mendes, as fórmulas de preclusão do sistema jurídico brasileiro são usadas baseando-se em Zagrebelsky (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 192 e a nota de rodapé na página 21). Isso é algo desconcertante, pois o escrito em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 193, 3, p. 875 et seq., 866, é do próprio Mendes. Crítico perante a ideia de Ipsen: HECKMANN, Dirk. *Geltungskraft von Rechtsnormen*. Tübingen: Mohr, 1997, S. 44 ff., 249 ff., 777 ff. Comparar com HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53 e et seq.; HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade*. Direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 15 et seq.

²⁵ Ver para isso, HECK, Luís Afonso. *op. cit.*, 1994, p. 120 et seq., 123; HECK, Luís Afonso. *op. cit.*, 2012, p. 141 et seq.

2.2 Controle de Normas Difuso

Também em um controle de normas difuso, no qual, por motivo de um processo judicial de outro modo, também a inconstitucionalidade de uma lei é afirmada, pode o Supremo Tribunal Federal ser chamado pelo recurso extraordinário. Segundo o artigo 102 III, CF, decide o supremo tribunal federal em assuntos, que foram decididos em única ou última instância, quando a decisão:

- contradiz uma prescrição da Constituição;
- declara a inconstitucionalidade de uma lei federal ou tratado;
- aprecia uma lei ou ato do governo legal como válido, que são impugnados perante a Constituição;
- aprecia uma lei local como válida, que é impugnada perante a lei federal.

Quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva, qualifica a lei de inconstitucional, completamente ou em parte, então o Senado Federal é competente para a suspensão da efetivação (artigo 52 X, CF). O Senado Federal, que se compõe de representantes dos estados e do Distrito Federal (artigo 46, CF), não revoga a lei. Essa competência não pode ao Senado Federal, porém, simplesmente ser negada com a referência à mutação constitucional²⁶. Ao o Supremo Tribunal Federal fazer isso²⁷, ele não guarda a

177

²⁶ Mendes apoia-se em uma manifestação de Bittencourt, que foi feita na época da Constituição Federal de 1946, cujo artigo 64 era semelhante ao artigo 52 X, CF 1988 (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 145 et seq.), para mostrar a mutação constitucional (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 179, jul./set. 2008, p. 257 et seq.). Essa manifestação indica que a decisão do Senado Federal serve somente à dação de conhecimento, não é necessária, porém, para a extensão pessoal do efeito vinculativo. Ele mistura, com isso, o efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal (nulidade, ex tunc) com o efeito vinculativo dessa decisão (inter partes), ao ele reconhecer o efeito erga omnes. O efeito erga omnes não se deixa, contudo, derivar da nulidade. Em conformidade com isso, Mendes diz, apesar disso, que a decisão do Senado Federal não é mais uma substancial (isto é, nenhuma anulação), mas somente uma formal (isto é, somente uma dação de conhecimento). Com isso, ele quer ver a mutação constitucional certificada (página 264, 269, 275). Dá na vista ainda que Mendes reduz a mutação constitucional em geral aos “fundamentos pragmáticos” do Supremo Tribunal Federal (página 274, 266), o que, por um lado, significa uma omissão legal e, por outro, mostra um conhecimento defeituoso da comparação de direito. Em geral, deixam, com isso, reconhecer-se antes estruturas que faltam. Não por último, na base desse modo de ver de Bittencourt e de Mendes está antes uma nulidade a priori, não uma nulidade jurídico-positiva, que pressupõe o direito natural. Para o direito natural, ver KELSEN, Hans. O fundamento da doutrina do direito natural. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51 et seq.; KELSEN, Hans. *Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca*. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25 et seq..

Constituição, mas viola ela. Pois, segundo o artigo 52 X, CF, o Senado Federal tem a competência “exclusiva” para a interrupção, completa e em parte, da efetivação de leis que em virtude de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal foram qualificadas de inconstitucionais.

O recurso extraordinário serve à proteção objetiva da Constituição e das leis federais. Assim, ele serve também aos direitos subjetivos que com isso, cada vez, estão unidos.

2.2.1 Autorizados à Propositura

O recurso extraordinário é um meio de impugnação. Ele pode ser feito valer pelos participantes no procedimento respectivo (procedimento civil, penal, trabalhista, eleitoral). As particularidades estão reguladas nas leis (jurídico-ordinárias) respectivas.

2.2.2 Monopólio do exame e da rejeição de normas

No controle de normas difuso o Supremo Tribunal Federal não tem nem a competência de exame nem a competência de rejeição. Ambas estão nas mãos dos juízes federais. Nisso deve ser acentuado que a competência de rejeição não diz respeito à lei, mas ao efeito da decisão no caso particular. Assim, um juiz federal pode aceitar a objeção de inconstitucionalidade contra a lei X, o outro, não. Disso resultam um estilhaçamento constitucional e insegurança jurídica, a impossibilidade de produzir a unidade da Constituição e, assim, sua normatividade e o passar por alto do dador de leis pelo juiz particular²⁸, pois para a parte processual a rejeição do efeito da lei no caso particular significa praticamente a rejeição da lei.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 200, 2, p. 839 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 206, 2, p. 780 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 1, p. 170 et seq.; comparar com BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 2, p. 549; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 209, 3, p. 1266; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 217, p. 165; ver também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 205, 2, p. 930.

²⁸Para isso, HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 800, jul. 2002, p. 61, nota de rodapé 5.

2.2.3 Aspectos da Comparação de Direito

Toma-se em consideração de novo o direito constitucional federal alemão, pode, então, ser comprovado:

- (a) no Brasil não existe a apresentação judicial (§ 80, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal);
- (b) o Supremo Tribunal Federal não tem o monopólio da rejeição como o Tribunal Constitucional Federal;
- (c) esse faltar do monopólio da rejeição toma do Supremo Tribunal Federal, entre outras coisas, a possibilidade de desenvolvimento vinculativo conveniente dos princípios constitucionais, isto é, do princípio do Estado de Direito, do Estado Social, Democrático e do Estado Federal, assim como o Tribunal Constitucional Federal fez isso²⁹;
- (d) assim como o Tribunal Constitucional Federal guarda a Constituição pelo controle de normas concreto³⁰, assim também o Supremo Tribunal Federal guarda a Constituição no controle de normas difuso; em ambos os casos é um controle incidental. Com isso é malograda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à medida que ela dá ao controle de normas concentrado a preferência perante o difuso³¹;
- (e) ao direito constitucional brasileiro a ideia da separação dos poderes no sentido de uma separação dos órgãos constitucionais³² é alheia³³;
- (f) no recurso extraordinário o demandante da apelação tem de apresentar a repercussão geral das questões jurídico-constitucionais que serão discutidas no caso (artigo 102 § 3, CF)³⁴. Na Alemanha isso é a tarefa dos tribunais (§ 13 número 11, Lei sobre o Tribunal Constitucional

²⁹ Para isso, HECK, Luís Afonso. *op. cit.*, 2012, p. 165 et seq.

³⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 498, número de margem 686.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 210, 1, p. 50 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 218, p. 168 et seq.

³² Ver MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*. 6. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010, S. 208, Rn. 12; 359, Rn. 1 ff.; 473, Rn. 1; 513, Rn. 1; 591, Rn. 1; 610, Rn. 1.

³³ Esse modo de ver falta. Com isso, o sentido organizatório da divisão de poderes também não existe. Ela é, antes, suposta quanto ao conteúdo, isto é, cada poder age para si, não com os outros.

³⁴ Ver para isso, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 202, 1, p. 396; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 205, 1, p. 60 e 468; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 206, 2, p. 922; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 206, 3, p. 1148; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 207, 1, p. 405; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 207, 3, p. 1245; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 1, p. 372; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 2, p. 859 e 871; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 209, 1, p. 430; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 209, 3, p. 1100; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 212, p. 600; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 220, p. 589, 602 e 606.

Federal). Seja notado ao lado que a repercussão geral brasileira quase somente é de utilidade para os grandes escritórios. Nisso, poderia o artigo 5 XXXV, CF, que estabelece o acesso à justiça³⁵, estar violado. O artigo 5 XXXV, CF, determina que por lei nenhuma violação ou perigo ao direito deve ser excluído da revisão pelo poder jurisdicional.

3 VINCULAÇÃO DA DECISÃO

Para a vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal deve no controle de normas ser diferenciado. Isso resulta do fato que o tribunal não possui o monopólio da rejeição.

3.1 No Controle de Normas Concentrado

Aqui as decisões do Supremo Tribunal Federal têm efeito vinculativo. Uma vez, *intra omnes* (contra todos) e, outra vez, *erga omnes* (contra os órgãos do poder judicial e da administração pública direta e indireta³⁶, na federação, estados e no plano do município) (artigo 102 § 2, CF; artigo 28, parágrafo único, Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999). A decisão da afirmação do não-cumprimento de uma prescrição fundamental (artigo 102 § 1, CF) vincula também a todos, inclusive todos os órgãos do poder público (artigo 10 § 3, Lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999). Na perspectiva da comparação de direito, isto corresponde ao § 312 II, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e aquilo ao § 31 I, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

Não é visível por que a decisão judicial sobre a prescrição fundamental vincula o dador de leis e a sobre constitucionalidade, inconstitucionalidade e omissão não. Contrapõe-se isso à chamada mutação constitucional, então isso é ainda mais desconcertante, pois, por um lado, o Supremo Tribunal Federal quer intervir nas competências do dador de leis e, por outro, deixar livre legislativamente do efeito vinculativo das normas constitucionais. Cabe ao dador de leis ocupar-se com isso de novo para obter uma solução jurídico-constitucionalmente conveniente.

³⁵ Algo semelhante está previsto em ALEMANHA. Lei Fundamental, de 08 de maio de 1949. Artigo 19 IV.

³⁶ Essa terminologia remonta ao descrito em BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Artigos 4 I e 4 II com Artigo 5 I-IV.

Ainda deve ser mencionado que na comprovação da inconstitucionalidade da omissão é dado conhecimento ao poder competente para tomar as medidas necessárias. Está a omissão em um órgão da administração, então ele tem de tomar essas em trinta dias (artigo 103 § 2, CF).

Com a representação pode o Procurador-Geral da República provocar uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Caso a infração contra princípios constitucionais seja certificada na decisão, então serve essa decisão como fundamento de uma intervenção da federação no estado afetado ou no Distrito Federal afetado (artigo 36 III, CF).

3.2 No controle de Normas Difuso

Se o Supremo Tribunal Federal, por uma decisão definitiva, qualifica a lei de inconstitucional³⁷, então isso vale somente inter partes, isto é, somente para as partes processuais. Somente depois da suspensão da efetivação dessa lei ou de uma parte dessa lei pelo Senado Federal³⁸ cabe a essa efeito erga omnes. Isso depreende-se do artigo 52 X, CF, acima citado. Se se olha mais rigorosamente, então o juiz federal particular faz exatamente aquilo que o Senado Federal faz: ele também suspende a efetivação da lei, embora os manuais, um pouco desconcertante, falem da declaração de inconstitucionalidade da lei.

181

4 NULIDADE OU NULIFICABILIDADE³⁹

Pela Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999, artigo 27, e Lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, artigo 11, foi introduzida a nulificabilidade⁴⁰, posteriormente também pela Lei número 11.417, de 19 de dezembro de 2006, artigo 3 XI § 4. Nulificabilidade significa que a decisão do tribunal é constitutiva e, em regra, atua ex nunc. Ela distingue-se da nulidade pelo fato de a decisão do tribunal sobre a nulidade ser declaratória e atuar sempre ex tunc. A nulificação vale, assim, no âmbito do controle de normas concentrado. O Supremo Tribunal Federal tentou aplicar ela também no controle de normas difuso, onde vale a

³⁷ O dispositivo da decisão do tribunal deixa apresentar-se assim: “(...) qualifica a lei (uma determinada parte da lei) de inconstitucional”.

³⁸ As decisões do Senado Federal, que efetuam isso, encontram-se em PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade*. Direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 255 et seq.

³⁹ Pormenorizado para isso, HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁰ Para isso, KELSEN, Hans. *op. cit.*, 1929, S. 43 ff.

nulidade, e apoia-se no Corpus Juris Secundum e na nulificabilidade no sentido de Kelsen⁴¹. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal retoma essas ideias de novo e apoia-se agora no sistema de controle de normas dos Estados Unidos da América⁴² e fala de modulação da decisão⁴³. Nessa época, a teoria da nulificabilidade, isto é, a teoria da não-retroatividade, segundo a qual a decisão da Suprema Corte atua ex nunc ou é prospectiva, já estava abandonada nos Estados Unidos da América⁴⁴. A diferença entre nulidade e nulificabilidade parece não ser clara ao Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

Como Piñeiro⁴⁶ com razão acentua, trata-se nos Estados Unidos da América, primeiro, não da modulação do efeito da inconstitucionalidade, mas da fixação do precedente ao caso concreto, assim como, segundo, da relação Constituição-caso do precedente. Mais além, poderia, em virtude do artigo 27 (Lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999) cada juiz federal fazer a chamada modulação. Não existe fundamento jurídico para limitar ela ao Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode, segundo o apresentado, de lege ferenda, ser proposto que deveria ser aceito um modelo conjugado. E isso seria um controle de normas abstrato e concreto com apoio na situação jurídica na Alemanha. Sob conjugado eu entendo aqui a união do controle de normas concentrado e difuso neste sentido, que ao Supremo Tribunal Federal seja confiado o monopólio de rejeição. Uma tal união iria então parecer-se ao controle de normas alemão. As vantagens são que, com isso, por um lado, deixa-se o controle de exame nos juízes e, assim, não se passa por alto da tradição constitucional brasileira do controle de normas difuso; por

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 82, 3, p. 795. Isso foi no ano de 1977, sob a validade da Constituição Federal de 1969.

⁴² Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 197, 2, p. 708 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 200, 2, p. 843 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 1, p. 175.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 201, 2, p. 765; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 203, 3, p. 1237 et seq., p. 1334 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 217, p. 545 et seq. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 205, 2, p. 901. Na base da modulação-(decisão) está a nulificabilidade, isto é, a decisão do poder judicial tem caráter constitutivo e pode atuar ex tunc ou ex nunc.

⁴⁴ Para isso, STEPHENS, Pamela J. *A nova doutrina da retroatividade. Igualdade, confiança e stare decisis*. Tradução de Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Revisão de tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

⁴⁵ Comparar BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 205, 2, p. 905; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 2216, p. 522 et seq.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 217, p. 53 et seq., 60 e 238 et seq..

⁴⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *op. cit.*, p. 229.

⁴⁷ Comparar com PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *op. cit.*, p. 232.



outro, que a concentração da rejeição de normas no Supremo Tribunal Federal irá trazer consigo uma “arrumação jurídico-procedimental”; e, por último, ambos irão exigir também uma tomada de posição para com a proteção jurídico-procedimental subjetiva dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal por um recurso jurídico idôneo. Isso também vai ao encontro do Supremo Tribunal Federal, pois quando ele é da opinião que o dever de cada tribunal constitucional é o asseguramento da eficácia dos direitos fundamentais e da ordem constitucional como um todo e acredita que isso é o seu papel principal como guarda da Constituição⁴⁸, então ele tem de, para isso, também ser dotado com os meios de procedimento idôneos por lei.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental, de 08 de maio de 1949.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82959.

_____. Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997.

_____. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 197917.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 82, 3.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 190, 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 193, 3.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 194, 2.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 215, p. 451.



- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 197, 2.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 199, 3.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 200, 2.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 201, 2.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 202, 1.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 203, 3.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 205, 1.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 205, 2.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 206, 2.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 206, 3.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 207, 1.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 207, 3.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 1.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 208, 2.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 209, 1.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 209, 3.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 210, 1.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 210, 3.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 211.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 212.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 213.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 215.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 216.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 217.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 218.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 220.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 2216.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode 1*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. Auflage. Tübingen: Mohr, 1990.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 800, jul. 2002.

_____. O recurso constitucional na sistemática jurídico-constitucional alemã. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 124, out./dez., 1994.

_____. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

_____. Prefácio. In: PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade*. Direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

HECKMANN, Dirk. *Geltungskraft von Rechtsnormen*. Tübingen: Mohr, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O fundamento da doutrina do direito natural. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *VVDStRL*, n. 5, 1929.

MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional. In: MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



_____. *Staatsrecht I*. 6. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 179, jul./set. 2008.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade*. Direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

STEPHENS, Pamela J. *A nova doutrina da retroatividade*. Igualdade, confiança e stare decisis. Tradução de Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Revisão de tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

186

Submissão: 08/04/2017
Aceito para Publicação: 13/07/2017



OS DIREITOS HUMANOS E O ART. 4º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: A SUA NATUREZA E EFETIVIDADE

HUMAN RIGHTS AND ART. 4, II, OF THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION: ITS NATURE AND EFFECTIVENESS

Guilherme Camargo Massau*

RESUMO: O texto tem como finalidade abordar a natureza e a efetividade do Art. 4º, II, da CF. Tal temática ainda se constitui em uma “lacuna” no direito constitucional brasileiro, devido à escassez de análises, de debates e de reflexões sobre os princípios que regem as relações internacionais. Para além da determinação do significado de cada princípio, é importante abordar a função normativa do Art. 4º da CF. Para tal, delimitou-se a análise ao inciso II (prevalência dos direitos humanos), justamente, para se trabalhar o espectro do referido artigo. Porém, os direitos humanos serão situados no devido lugar constitucional, já que se desdobram, internamente, em direitos fundamentais. O texto teve por base a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

ABSTRACT: This paper aims to address the nature and effectiveness of Art. 4, II, of the Federal Constitution of Brazil. Such issue still constitutes a "gap" in Brazilian constitutional law due to the scarcity of analyzes, debates and reflections on the principles that govern international relations. It is important to address the normative function of Art. 4 of the Federal Constitution beyond the determination of the meaning of each principle. For such, the analysis was restricted to item II (human rights prevalence), so that the spectrum of the aforesaid article could be exploited. However, human rights must be focused from the proper constitutional standpoint, since they internally branch off into fundamental rights. The study was based on bibliographical research and the deductive method was used.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo das Relações Internacionais. Eficácia Normativa. Princípios Constitucionais.

KEYWORDS: Constitutionalism of International Relations. Normative Effectiveness. Constitutional Principles.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Extensão do Conteúdo: Direitos Fundamentais versus Direitos Humanos. 1.1 Direitos Humanos vs. Direitos Fundamentais. 1.2 Direitos Humanos e sua Validade Interna. 1.3 Direitos Humanos em termos Externos. 2 Tópica do Art. 4º, II, da CF. 2.1 Eficácia Normativa. 2.2 Efetividade Normativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema que se apresenta para análise localiza-se na esfera do direito constitucional, embora a norma discipline as relações internacionais do Estado brasileiro. O Art. 4º da Constituição Federal (CF) é um dos pontos de abertura do sistema interno pátrio ao externo internacional. Contudo, o foco é a concretização da norma constitucional contida no Art. 4º, II, da CF. Trata-se da irradiação normativa de dentro do espaço constitucional para o internacional, principalmente no que se refere aos órgãos ou às instituições competentes relativamente às relações internacionais.

* Pós-Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), Rio Grande do Sul.

Está-se diante de uma lacuna da doutrina constitucional, na medida em que é um artigo pouco explorado pela análise doutrinária. É preciso fortalecer a concepção da sua natureza e eficácia, pois o mesmo possui características peculiares no sistema constitucional brasileiro. Buscar-se-á enfrentar a dimensão que lhe corresponde: a relação entre os sistemas interno e externo, ou seja, o direito pátrio e o direito internacional. O Art. 4º, II, da CF é peça normativa do sistema interno, porém irradia – em termos de manifestação do Estado brasileiro no cenário internacional – efeitos externos.

Ao levar em consideração a normatividade do Art. 4º, II, da CF, ou seja, a regência da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, o Estado brasileiro deve assumir postura adequada à incidência do respectivo princípio. Dessa forma, inicialmente, cabe distinguir direitos fundamentais e direitos humanos. Isso para que se possa ter a noção de como se projetam os valores equivalentes existentes entre essas duas dimensões. A primeira incide em termos de jurisdição interna, a segunda está voltada ao direito internacional.

Tal distinção redundante na *tópica* do Art. 4º, II, da CF. Isso pelo fato de que a incidência do *suporte fático* está voltada para a jurisdição brasileira que atua no plano internacional, como corolário reverbera seus efeitos internacionalmente. Por isso, torna-se necessário estabelecer a natureza e a eficácia das normas contidas no Art. 4º, II, da CF. Está-se perante questões de aplicabilidade e de realização da norma. Questões, no mundo dos fatos, complexas, por envolverem relações diplomáticas entre Estados e organizações independentes e soberanas. E que, por conseguinte, exigem do Estado brasileiro a máxima atenção e preparo para agir em conformidade com o direito internacional e o direito constitucional. Não se deve perder no horizonte que a Constituição também irradia sua normatividade aos órgãos competentes de atuarem nas relações internacionais. Eles possuem discricionariedade limitada e, por isso, estão sob a jurisdição do ordenamento jurídico brasileiro.

189

1 EXTENSÃO DO CONTEÚDO: DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* DIREITOS HUMANOS

É preciso destacar a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Isso pelo fato de o *suporte fático* do Art. 4º, II, da CF estabelecer a regência da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Estado brasileiro. Os direitos fundamentais constituem parte nuclear da Lei Fundamental brasileira. Como consequência, não existe

dissonância normativo-valorativa entre a dimensão exterior e interior. O Estado brasileiro, por meio de sua Constituição, defende, em essência, os mesmos valores nessas duas dimensões. Dessa forma, pode-se estabelecer que os direitos humanos do Art. 4º, II, da CF compõem a *Menschenbild* (BRUGGER, 2009, p. 118-122), tanto dos valores brasileiros – em uma perspectiva de tradição – quanto dos valores da comunidade internacional, quando se está perante as relações internacionais. A Magna Carta de 1215 é uma Constituição que se expressa numa ordem histórico-concreta da vida (HESSE, 1993, p. 299), e isso envolve, incontornavelmente, influências da esfera internacional.

Muitos dos direitos humanos e fundamentais que se conhecem atualmente foram forjados por um longo processo histórico. Eles são conceitos semelhantes, mas não idênticos (MANSSSEN, 2000, p. 1 e 5). Não surgiram espontaneamente na maioria dos tratados ou constituições. Foram galgando espaço no centro do ordenamento conforme o processo histórico-dialético forçava rupturas com o estabelecido e criava o novo, em prol do *ser humano*. Conforme o ser humano se situava no mundo e no universo, os direitos humanos e fundamentais, também, assumiam outras formas e se dimensionavam de outros modos (COMPARATO, 2001, p. 47-65).

Em termos gerais e sem perder a linha histórica, os direitos voltados à natureza humana – diga-se, os atuais direitos fundamentais – surgem em dois movimentos revolucionários. A Revolução Norte-Americana e a Revolução Francesa marcaram a *era dos direitos* fundamentais e, por conseguinte, humanos. A primeira, com a Declaração de 1776 de Virgínia, registrou o nascimento desses direitos, de forma que outros Estados norte-americanos seguiram o exemplo. A segunda, com a *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 difundiu – em termos de universalidade – os valores ligados aos seres humanos e protegidos pelo Direito (COMPARATO, 2001, p. 47-48; PERIOTH; SCHLINK, 2005, p. 6-7; SARLET, 2015, 43-44)¹. Nesse momento, inaugurou-se a perspectiva da substituição dos súditos pelos cidadãos, estabelecendo as condições para os regimes democráticos e restringindo a *raison-d'État* (LAFER, 1999, p. 145-146).

¹ Comparato atribui a esses dois fatos históricos o nascimento e a difusão dos direitos humanos. Concorde-se com o autor, porém, aqui no texto, como se verá em termos de definição e de didática – naquilo que se deseja explicitar –, por se tratarem realidades ligadas a Estados soberanos e textos constituintes e não à comunidade internacional, atribuem-se – para efeitos argumentativos – declarações voltadas aos direitos fundamentais. Contudo, essas realidades têm contribuído para a formatação dos direitos humanos, principalmente a Declaração francesa pensada na qualidade de universal.

Os direitos humanos, dessa maneira, ganham de forma decisiva projeção e força internacional após os massacres e atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas de 1948 é o grande exemplo, além de outros pactos, tratados e declarações. A partir desse marco existiram movimentos de internalização dos direitos humanos, por meio da acolhida pelas constituições dos Estados (membros da comunidade internacional). Esse reconhecimento oficial pela autoridade política competente estabelece maior segurança às relações sociais e jurídicas (COMPARATO, 2001, p. 54-56; ANDRADE, 1987, p. 16-17; LAFER, 2015, p. 5; SILVA, 2011, p. 19; PIOVESAN, 2013, p. 156)².

1.1 Direitos Humanos vs. Direitos Fundamentais

Para fins de delimitação teórica, essas duas perspectivas históricas lançam luz à diferença importante entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os últimos são aqueles reconhecidos pelas autoridades constituídas no Estado ao editar normas internas. Por isso, são direitos reconhecidos como positivados nas constituições; portanto, são direitos subjetivos públicos e de aplicabilidade imediata (MANSSEN, 2000, p. 5; SARLET, 2015, p. 29). Os direitos fundamentais possuem, em sua origem, uma função de proteção do indivíduo contra o Estado (ENDERS, 2009, p. 96). Os direitos humanos possuem âmbito de vigência espacial distinto, estão vinculados ao plano internacional e, de certa forma, estão direcionados aos Estados³ e são criados e ratificados pela conjunção de vontades ou de interesses dos mesmos (COMPARATO, 2001, p. 56-57). Sua posição jurídica é de reconhecimento do *ser humano* como tal em caráter internacional, sem o pressuposto de vinculação a um Estado (SARLET,

² Nota-se como é complexa a relação internacional em termos de efetividade das normas oriundas do plano internacional. Cita-se o caso do complexo penitenciário de Curado, em que o Estado brasileiro foi acusado de violação de direitos humanos em relação aos encarcerados. A resolução de 22 de maio de 2014, *e.g.*, demonstra a atuação da Corte Interamericana. Vide MASSAÚ, 2016, p. 156-159.

³ Embora se defenda que a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha força vinculativa (*jus cogens*) no que se refere ao seu conteúdo, alegando-se valor de costume internacional ou de princípios gerais de direito comum às nações civilizadas, é notório que o alcance dos direitos previstos na Declaração dependerá da previsão constitucional ou legal interna do Estado, isto é, da condição de direitos fundamentais. Existem correntes que defendem o contrário, ou seja, conseguem visualizar direito subjetivo originado da Declaração. Contudo, a Declaração vincula os Estados. É obrigação do Estado, diante dos outros, observá-la. No último sentido, ANDRADE, 1987, p. 20; LAFER, 2015, p. 37-38. Deseja-se e busca-se uma abordagem jurídica que ofereça sustentação ao direito subjetivo internacional dos indivíduos, porém essa dimensão ainda está distante da realidade, pois não existe órgão jurisdicional internacional em que os indivíduos, isoladamente, possam acionar seus respectivos Estados. Contudo, algumas iniciativas regionais se apresentam como modelo a ser universalizado.

2015, p. 29 e 31; PIOVESAN, 2013, p. 157) – cidadania. Possuem caráter mais generalista do que os direitos fundamentais, que assumem uma forma mais específica, justamente para que se tornem aplicáveis no âmbito interno dos Estados. Em termos diretos e em resumo, os direitos humanos são transformados em direitos fundamentais ao serem positivados por meio do processo de fundamentalização de norma constitucional de um Estado e os direitos humanos se manifestam positivamente e, em geral, em tratados, pactos, declarações internacionais (SARLET, 2015, p. 32 e 34).

1.2 Direitos Humanos e sua Validade Interna

Conforme a diferenciação adotada entre direitos fundamentais e direitos humanos, remete-se à abertura sistemática proporcionada pelo Art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF. Nesse caso, tem-se a inserção dos direitos humanos no sistema jurídico interno. Isso se coaduna com o preceito do Art. 4º, II, da CF, cuja prevalência nas relações internacionais requer o respeito e a concretização interna. Para que tal inserção ocorra, é necessária a aceitação do Estado. O §2º estabelece a coordenação de normas internacionais com as normas constitucionais. Trata-se de abertura para aquisição de direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2015, p. 85); sendo assim, a aplicação desse dispositivo deve levar em consideração os tratados de direitos humanos. O §3º⁴ é o incisivo, e completa a arquitetura normativa do parágrafo anterior (SARLET, 2006, p. 184), pois, expressamente, trabalha com a equivalência a emendas constitucionais – respeitando as formalidades – os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos.

Existe uma absorção dos direitos humanos no cenário normativo de incidência interna. Quando efetuada essa equivalência, o que antes o Estado brasileiro era obrigação no âmbito externo passa a ter força normativa constitucional, vinculando-o internamente. Nesse sentido, os tratados e os pactos de direitos humanos devem ser considerados normas constitucionais. A sua natureza e eficácia ganham outras dimensões do que teriam se permanecessem sem tal equivalência. Os indivíduos passam a ter acesso à dimensão do direito subjetivo público.

⁴ Inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

1.3 Direitos Humanos em Termos Externos

Em termos de dinâmica externa dos direitos humanos, é preciso relacioná-los aos seus destinatários, ou seja, aos Estados, não aos indivíduos. Embora, com isso, se possa atrelá-los a uma determinada inefetividade, o movimento internacional pela promoção dos direitos humanos estimula a criação de organizações supranacionais, cujos exemplos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em S. José da Costa Rica. Giza-se que os direitos consagrados na Convenção possuem certo grau de efetividade, pois os Estados signatários reconhecem o poder de elaborar relatórios e informações sobre a atuação dos Estados, pela Comissão, e os mesmos reconhecem força vinculativa das decisões da Corte (SILVA, 2011, p. 19-20). A importância constitucional está no Art. 7º do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), o qual preceitua que o Brasil propugnar a formação de um tribunal internacional de direitos humanos (Decreto n. 4.388/2002 – promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal).

Salienta-se que no âmbito externo, direito internacional, dois princípios – que inclusive participam da CF de 1988 – tornam complexas as vinculações jurídicas em relação à efetivação da norma de direito internacional, a saber: princípio da soberania (Art. 1º, I, da CF) e da independência (Art. 4º, I, da CF) do Estado. Sob esses pontos normativos, pode o Estado brasileiro recusar-se a cumprir solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A recusa poderá acarretar algumas sanções e pressões internacionais. Não existe instrumento mais agudo que force o Estado (independente e soberano) a acatar *coativamente* decisão internacional – salvo a intervenção militar ou guerra, o que seria a última *ratio* e que, em termos políticos, depende de uma série de fatores.

2 TÓPICA DO ART. 4º, II, DA CF

O Art. 4 da CF constitucionalizou princípios criados e trabalhados na esfera das relações internacionais. Sua posição na organização constitucional é estratégica. O artigo em análise situa-se entre os pilares principiológicos do Estado brasileiro. No Art. 1º da CF encontra-se a organização do Estado como um todo, ou seja, organização territorial, de Estado, de governo; o referido artigo traz, ainda, os princípios que regem as limitações do Estado em relação aos indivíduos. No parágrafo único do Art. 1º da CF, localiza-se a

legitimidade do poder do Estado e a forma como esse poder será exercido. No Art. 2º da CF está exposta a organização da divisão funcional do poder soberano. No Art. 3º da CF estão os objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro a partir do projeto constitucional. No Art. 5º e seguintes da CF foram estabelecidos os direitos e garantias fundamentais. Nesse breve mapa constitucional supra traçado, encontram-se todos os fundamentos que são esmiuçados ao longo do texto constitucional.

O Art. 4º da CF preenche um espaço, que é, justamente, a relação do Estado com o plano internacional. Ali estão os fundamentos do Estado brasileiro em relação à comunidade internacional. Com isso, têm-se os fundamentos jurídicos internos e externos do Estado brasileiro. Ainda, tal artigo representa a abertura do sistema interno ao sistema externo de direito, pois conceitos próprios do Direito das Gentes compõem o Direito Constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 156). Além disso, aponta para a complementaridade dialógica entre Direito Internacional Público e Direito Constitucional. Tal abertura identifica um Estado democrático de Direito, principalmente quando o inciso II do Art. 4º da CF impõe a prevalência dos direitos humanos como diretriz da conduta política externa do Estado brasileiro (LAFER, 2015, p. 55-56). Marca-se, desta forma, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF) como núcleo valorativo-normativo constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 153), também em face da política internacional. Isso se torna relevante na medida da participação normativa do Art. 5º, §1º, da CF, pois a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – antes de incorporadas denominadas direitos humanos – visa garantir as condições da dignidade humana (SACHS, 2000, p. 11)⁵. O reforço interno à dignidade humana encontra-se nos §§2º e 3º do Art. 5º da CF.

A positivação de um valor tradicional nas relações internacionais do Estado brasileiro pode, de alguma forma, ser creditada à crescente organização da comunidade internacional em defesa dos direitos humanos. Trata-se de um fenômeno qualificado como cosmopolita⁶. Desde a Segunda Guerra Mundial surgiram declarações e cartas abrangendo regiões do mundo. Têm-se, então, *e.g.*, a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia; a Convenção Americana sobre Direitos do Homem; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Nova Carta Árabe dos Direitos do Homem (PISANÒ, 2011, p. 66, 80, 90 e 110;

⁵ O autor faz a seguinte vinculação normativa em relação à Grundgesetz (GG): Art. 1 Abs. 3 garante o Art. 1 Abs. 1 GG. Ambos os dispositivos vinculam-se ao Art. 25 GG, que se refere à absorção do direito internacional.

⁶ Considera-se um fenômeno cosmopolita justamente pela capacidade de transpassar fronteiras e espalhar-se pelas diferentes culturas (PISANÒ, 2011, p. XI).

PIOVESAN, 2013, p. 157). Além desses documentos, existem outros envolvendo temáticas específicas de direitos humanos.

O Art. 4º da CF, em geral, e o inciso II, em particular, compõem a identidade do Estado brasileiro conjuntamente com a comunidade internacional que se forma contemporaneamente. Tal artigo baliza a política exterior do Brasil assim como a de outros Estados em relação ao Estado brasileiro. Os seus princípios e suas regras constitucionais refletem a cultura do círculo social ao qual o Estado pertence, e se efetivam com a interpretação que se fundamenta na identidade e na diferença do *typus* do Estado constitucional. A constituição é o instrumento de trabalho do jurista; porém, é também a linha orientadora do fenômeno da vida pública (HÄBERLE, 2009, p. 40-41). Isso condiz com a postura do Brasil pós-1988, quando o Estado brasileiro ratificou os principais tratados de proteção aos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 158).

O Art. 4º da CF tem como característica a função de *dirigente*⁷, na medida em que determina programas e fins normativos ao plano político. Ela pretende ser um meio de condução calculável e racional de política. Isso se reflete nas dimensões da eficácia e da efetividade (CANOTILHO, 1994, p. 12 e 48). Por conseguinte, é preciso distinguir eficácia de efetividade, a fim de evitar confusões conceituais nesse texto. A eficácia encontra-se na esfera jurídica. Ela projeta um dever ser, sendo aptidão de gerar efeitos jurídicos. Isso não exclui a possibilidade da não aplicação ou a não geração de efeitos sociais. Os efeitos sociais gerados pela norma condizem com a efetividade, que reside no plano do ser (SARLET, 2015, p. 246-248).

2.1 Eficácia Normativa⁸

A natureza normativa do Art. 4º, II, da CF necessita estar clara, pois é tal natureza que determinará a qualidade da norma perante o seu destinatário. De acordo com o Art. 4º, II, da CF, o destinatário imediato é o Poder competente em estabelecer e manter as relações internacionais do Estado brasileiro, em todas as suas variáveis. No caso, o Chefe de Estado –

⁷ Não se adentrará na discussão sobre constituição dirigente. Chamou-se esse qualificativo para caracterizar a função do Art. 4º da CF no que condiz com as balizas e fins impostos pelo mesmo aos que capitaneiam as relações internacionais do Estado brasileiro.

⁸ A análise da natureza e a efetividade normativas do Art. 4º da CF, como um todo, serão pormenorizadas em outras oportunidades. Tais temáticas, como a que versa esse texto, estão sendo investigadas no âmbito do Estágio Pós-doutoral realizado com o Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet na PUCRS. Cabe, aqui, estabelecer os elementos gerais dessas temáticas, situando-as em termos de início de análise.

no sistema político brasileiro, o Presidente da República –, com sua equipe e órgãos institucionais, possui a qualidade de representar o Estado brasileiro perante outros Estados e órgãos internacionais. Cabe ao Poder Legislativo avaliar os acordos feitos pelo Chefe de Estado e incorporá-los ao ordenamento pátrio. E, indiretamente, ao Poder judiciário compete julgar demandas que possam violar princípios ou regras constitucionais de qualquer ato ou norma.

Para esse estudo, optou-se por uma classificação que distingue as normas constitucionais em dois grupos de diferentes graus de eficácia. Por conseguinte, têm-se *normas constitucionais de alta densidade normativa* e de *baixa densidade normativa*. As primeiras normas possuem suficiente normatividade para gerar seus efeitos fundamentais. Logo, não dependem de ulterior restringibilidade e intervenção do legislador. As segundas necessitam de complementação de normas infraconstitucionais para gerarem seus efeitos, embora irradiem mínimo grau de normatividade, característico de todas as normas constitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 186). Inclusas nessa classificação encontram-se todas as normas extraíveis da *littera* do Art. 4º, e incisos, da CF. Trata-se de “normas-quadro”, na medida em que suas densidades são intensas e amplas.

Como *norma constitucional de baixa densidade normativa* tem-se o inciso X do Art. 4º da CF, quando, internamente, o Estado brasileiro estiver diante da concessão ou não de asilo político. Nesse caso específico, não se trata de norma-quadro, pois exige do Estado brasileiro a assunção de política de asilo político. Para isso, é preciso regulamentá-la com suportes fáticos específicos – se for o caso – e o processo de concessão de asilo. Dessa forma, o Poder Legislativo e/ou o Poder Executivo deve(m) atuar para regulamentar o processo para que os indivíduos possam pleitear tal direito. Por seu turno, o Estado brasileiro, em âmbito internacional, deverá defender e estimular a figura e a função do asilo político, tendo nessa última hipótese uma *norma constitucional de alta densidade normativa*.

Por fim, destaca-se o efeito que esse princípio possui em termos de restrição interpretativa ao princípio da soberania estatal (Art. 1º, I, da CF) e da não intervenção (Art. 4º, IV, da CF), cuja relativização deverá ser efetuada a partir da compreensão da prevalência dos direitos humanos na participação do Estado brasileiro nas relações internacionais (PIOVESAN, 2013, p. 158).

2.2 Efetividade Normativa

A efetividade do Art. 4º situa-se na verificação do seu cumprimento no âmbito administrativo e legislativo das relações internacionais do Estado brasileiro. A dimensão empírica (SILVA, 2009, p. 240) oferece os dados comprobatórios de sua efetivação ou violação. No caso desse artigo, a efetividade que não pode ser sentida, *primeiramente*, no meio social, será, sim, no meio burocrático-político-legal. Os reflexos no meio social serão sentidos após a concretização ou não, por parte do Poder Executivo e/ou Poder Legislativo, de acordos, pactos, adesões, resoluções e observância de costumes de atos ou de fatos jurídico-políticos do Estado brasileiro em âmbito internacional.

Esse processo corresponde à especificação do fim vago estabelecido pelo dispositivo em análise. Essa especificação é possível por meio de procedimento de pesquisa de casos paradigmáticos que possam contribuir para o esclarecimento das condições que compõem o suporte fático em relação ao fato e de exame das similaridades que possibilitam elementos que viabilizem a solução do um mesmo problema central. Pode ser necessário o estabelecimento de critérios delimitadores próprios do *suporte fático* e, por fim, a descoberta, se existirem, de casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise (ÁVILA, 2012, p. 99-101). Nota-se que esse procedimento exige do intérprete-aplicador da constituição atividade discricionária para encontrar a norma contida no *suporte fático* e aplicá-la ao caso concreto no âmbito das relações internacionais.

Por conseguinte, a efetividade do Art. 4º, II, da CF está na própria atuação dos Poderes estatais competentes nas relações internacionais, que deve ser conforme a diretriz normativa emanada do citado dispositivo constitucional. Caso contrário, estar-se-á diante de uma violação de norma de competência constitucional por órgão estatal, o qual tem o dever de agir conforme os princípios constitucionais e, como corolário, defender a Magna Carta de violações. Giza-se que a efetividade, em relação ao Art. 4º da CF, está atrelada à função estatal, devido à natureza do destinatário do comando constitucional. É competente o Poder Judiciário para analisar a vinculação do ato dos Poderes envolvidos nas relações internacionais com o suporte fático constitucional.

O Art. 4º da CF contém os princípios fundamentais que regem as relações exteriores. Ao implementá-los, cabe o Estado brasileiro efetivar, por meio de ato administrativo, procedimentos vinculados ao princípio da legalidade (MENDES; COELHO; BRANCO,

2008, p. 158-159), ao qual o Estado-administração e o Estado-legislador estão estritamente vinculados pelas exigências do Estado de Direito constitucional, por meio da reserva constitucional. Em essência, é a incidência da norma constitucional que deve prevalecer na ação do Estado brasileiro em termos de relações internacionais. Por conseguinte, é preciso ter em conta a força normativa da constituição legitimada pela própria legitimidade constitucional. Cabe ao intérprete, por meio de sua atividade, concretizar a norma constitucional impulsionado pela *Wille zur Verfassung* (HESSE, 1993, p. 17 e 24) que, nesse caso, é dever funcional dos órgãos competentes.

Pode-se invocar o princípio da reserva legal (constitucional) ao se exigir que toda a ação do Estado-administrador seja autorizada por lei (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 831), no caso, orientada pelos princípios do Art. 4º da CF. É de interesse social a observância e a concretização das normas constitucionais, mesmo quando se trata da imagem do Estado brasileiro em âmbito internacional. Ao observar tais princípios, o Estado-administrador, o Estado-legislador e o Estado-julgador estão em consonância com princípios constitucionais, exigência primacial do Estado de Direito constitucional.

198

CONCLUSÃO

O Art. 4º da CF contém uma série de princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Estado brasileiro. Assemelha-se a uma declaração de direitos que contém os principais valores contemporâneos da comunidade internacional. O Estado brasileiro, por meio de sua prática e posicionamento internacional ao longo de sua história, já os seguia; porém, a constituinte de 1988 decidiu expressá-los no texto constitucional. Com isso, tais princípios passaram a compor a constituição escrita do Estado brasileiro.

Por se tratar de princípios constitucionais, a abordagem é de direito constitucional, embora a matéria verse sobre direito internacional público. Isso significa que a análise da norma do Art. 4º, II, da CF tem por base o direito constitucional, embora, mais uma vez, seu conteúdo (direitos humanos) esteja incluído no âmbito do direito internacional. O comando normativo emitido do referido dispositivo é destinado ao Estado brasileiro e seus órgãos competentes em matéria de relações internacionais. A imposição de reger-se pela prevalência dos direitos humanos é comando direcionado ao Chefe de Estado – e aos órgãos a ele subordinados e àqueles que de uma forma ou de outra trabalham com o direito internacional.

A eficácia da norma, como classificação aqui adotada, é *norma constitucional de alta densidade normativa*. Ela aplica-se diretamente em qualquer ato relativo às relações internacionais. A compreensão de direitos humanos depende da interpretação do órgão administrativo do Estado, da práxis internacional e dos documentos internacionais. O que não se pode ignorar é a prevalência dos direitos humanos como norte da atuação do Estado brasileiro em termos de relações internacionais. Tal norma, portanto, não exige qualquer complemento ou regulamentação. Ela incide diretamente nos atos a serem adotados pelo Estado brasileiro.

A sua efetividade está atrelada aos órgãos do Poder Público. A ela estão correlacionados os princípios constitucionais que ditam a atuação do Estado e de seus órgãos. Por isso, não existe escusa em não se reger pelo Art. 4º, II, da CF. Caso contrário, configura-se plena violação constitucional. Trata-se de uma norma que não depende de aceitação social, mas sim de imposição constitucional ao Estado, que não tem opção em seguir ou não, mesmo em se tratando de um ato político-discrecionário. A discricionariedade do ato só tem legitimidade dentro das possibilidades de significação do dispositivo constitucional em análise. Na hipótese de conflito entre os princípios do Art. 4º da CF, as circunstâncias, o sistema normativo brasileiro e internacional e as orientações de política internacional guiarão para a solução entre princípios, sem que isso signifique a violação dos mesmos.

199

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRUGGER, Winfried. Menschenbild. In: HUSTER, Stefan; ZINTL, Reinhard (Hrsg.). *Verfassungsrecht nach 60 Jahren*. Das Grundgesetz von A bis Z. Baden-Baden: Nomos, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

ENDERS, Christoph. Grundrechte. In: HUSTER, Stefan; ZINTL, Reinhard (Hrsg.). *Verfassungsrecht nach 60 Jahren*. Das Grundgesetz von A bis Z. Baden-Baden: Nomos, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*. Später Schriften. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. Auflage. Heidelberg: Müller, 1993.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *Direitos humanos*. Um percurso no direito no século XXI. v. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

MANSSSEN, Gerrit. *Grundrechte*. München: Beck, 2000.

MASSAU, Guilherme Camargo. Violações dos direitos fundamentais no espaço carcerário. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; GHIGGI, Marina Portella (Orgs.). *Escritos em ciências criminais I*. São Paulo: Max Limonad, 2016.

200

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 21. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Comentário ao Art. 4º, II. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. *et all. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PISANÒ, Attilio. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*. Milano: Giuffrè, 2011.

SACHS, Michael. *Verfassungsrecht II Grundrechte*. Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona; Honkong; London; Mailand; Paris; Singapur; Tokio: Springer, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo §3º do Art. 5º da Constituição. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Submissão: 03/04/2017
Aceito para Publicação: 16/06/2017



A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: AS JUSTIFICATIVAS INSTRUMENTAL E CONSTITUTIVA PARA A INCLUSÃO NO CATÁLOGO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE FUNDAMENTALITY RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION: INSTRUMENTAL AND CONSTITUTIVE JUSTIFICATIONS FOR INCLUSION ON THE LIST OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

José Luiz de Almeida Simão*

Thiago Rodvalho**

203

RESUMO: O artigo analisa os principais argumentos doutrinários para a catalogação das liberdades de expressão e de imprensa como direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. O propósito do estudo é apresentar as justificativas teóricas que levaram os constituintes brasileiros a incluir as liberdades públicas como direitos fundamentais na ordem constitucional. A abordagem privilegiou o aspecto teórico-dogmático e se baseou na revisão das doutrinas nacional e estrangeira especializada que influenciaram o estudo das liberdades comunicativas no Brasil, tendo as justificativas sido divididas em instrumental e constitutiva. O texto concluiu que há necessidade de proteção especial das liberdades de expressão e de imprensa quando as justificativas constitucionais estiverem presentes, pois o respeito aos seus pressupostos mostra o grau de consolidação da democracia brasileira.

ABSTRACT: The article analyzes the main doctrinal arguments for the cataloging of freedom of expression and press as rights and fundamentals guarantees in the Federal Constitution of 1988. The purpose of the study is to present the theoretical justifications that led the Brazilian constituents to include the freedoms of expression and of the press as fundamental rights in the constitutional order. The approach privileges the theoretical-dogmatic aspect and was based on the revision of the specialized national and foreign doctrines that influenced the study of communicative freedoms in Brazil, and the justifications being divided into instrumental and constitutive. The text concluded that there is a need for special protection of the freedoms of expression and of the press when the constitutional justifications are present, because the respect to these presuppositions shows the degree of consolidation of the Brazilian democracy.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Justificativas Constitucionais.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Freedom of Expression. Constitutional Justifications.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceito de Liberdade de Expressão. 2 Justificativas Constitucionais da Liberdade de Expressão como Direito Fundamental. 2.1 Justificativas Instrumentais. 2.2 Justificativa Constitutiva. Conclusão. Referências.

* Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP), São Paulo. Defensor Público do Estado de São Paulo.

** Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht em Hamburg, Alemanha. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 catalogou a liberdade de expressão como direito fundamental e impôs ao Estado e aos particulares a obrigação de protegê-la e promovê-la em favor da democracia e do progresso social.

A liberdade de expressão está positivada na Carta Magna no artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e no artigo 220 e seu parágrafo 1º (liberdade de informação).

A ordem constitucional brasileira, nesse aspecto, seguiu os parâmetros jurídicos traçados pela comunidade internacional. Importantes cartas de direitos protegem expressamente o direito à liberdade de expressão, como pode ser visto no Artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,¹ no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos² e no Artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.³

Embora a liberdade de expressão encontre ampla proteção jurídica, especialmente nos países ocidentais, constantemente presenciamos situações que parecem confrontar com essa importante franquia constitucional.

Nesse sentido, no dia 15 de dezembro de 2015, evento organizado em um café na cidade de Copenhague, Dinamarca, para debater o tema da liberdade de expressão frente à

¹ ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Artigo XIX. *Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.*

² ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966. Artigo 19. 1. *ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.* 2. *Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.* 3. *O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.*

³ OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. Artigo 13.1. *Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*

crecente intolerância religiosa, foi interrompido brutalmente por um homem que atirou contra os participantes e matou o idealizador do evento, Finn Noergaard.⁴

Um mês antes, a revista satírica francesa *Charlie Hebdo* havia sido alvo de ataque terrorista perpetrado por fanáticos que invadiram a sede do periódico e mataram oito cartunistas e jornalistas, oito policiais e mais duas pessoas.

Esses crimes ilustram bem o ódio professado à liberdade de expressão e de imprensa.

As liberdades comunicativas não são mutiladas apenas por ataques isolados de grupos terroristas; muitas vezes ações que importam em evidente desprezo à liberdade de expressão partem de agentes do próprio Estado, teoricamente incumbido de sua promoção.

Países como Arábia Saudita, Belarus, Burma, Cuba, Egito, Etiópia, Irã, Coreia do Norte, Síria, Tunísia, Turcomenistão, Uzbequistão, Vietnã, Zimbábue, China, Israel, Turquia e Rússia restringem o acesso da população a conteúdo na internet, sendo que algumas dessas nações têm como política de Estado a restrição sistemática à rede mundial de computadores para que seus cidadãos não tenham acesso a informações indesejáveis.⁵

Até mesmo no Reino Unido, bastião das liberdades públicas desde a Magna Carta de 1215,⁶ várias leis foram editadas com o propósito de limitar a liberdade de expressão por meio da criminalização da palavra.

A Lei das Comunicações de 2003 decreta ser crime enviar mensagens através da internet que seja ofensiva ou tenha teor indecente, obsceno ou ameaçador. A Lei do Ódio Religioso e Racial, de 2006, modificou a LOP para punir com até sete anos de prisão o uso de palavras ou comportamentos ameaçadores que visem a incitar o ódio religioso.

⁴ HUME, Mick. *Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto*. Tradução de Rita Almeida Simões. Lisboa: Tinta da China, 2016, p. 13. E há inúmeros outros exemplos mundo afora. Em Portugal, o cancelamento, por pressão de um grupo de alunos, da palestra que o politólogo Jaime Nogueira Pinto preferiria na Universidade Nova de Lisboa, intitulada “Populismo ou Democracia? O Brexit, Trump e Le Pen em debate”, reacendeu a discussão naquele país sobre a liberdade de expressão. CRUZ, Mario. *Reitoria da Universidade Nova rejeita ameaça à liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://observador.pt/2017/03/08/reitoria-da-universidade-nova-rejeita-ameaca-a-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 02 fev. 2017. De igual sorte, nos EUA, o cancelamento da palestra que seria proferida por Ann Coulter na Universidade de Berkeley, também motivada por protestos de alunos, demonstra a atualidade (e perenidade) da discussão em torno da 1.ª emenda, que consagra naquele país a liberdade de expressão. ALMASY, Steve. *Ann Couter's Berkeley speech off; police still plan for protesters*. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2017/04/26/us/ann-coulter-berkeley-speech-canceled/>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁵ Informações disponíveis em: <<https://www.tecmundo.com.br/internet/52528-conheca-os-paises-considerados-inimigos-da-internet-.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶ A esse respeito, vide RODOVALHO, Thiago. *Magna Carta ainda continua a inspirar liberdades contra o Estado arbitrário*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-15/thiago-rodovalho-magna-carta-continua-inspirar-liberdades>>. Acesso em: 22 jul.17.

Mais recentemente a Lei do Terrorismo do ano de 2006 criminalizou o incitamento ao terrorismo com prisão de até sete anos, sem definir, porém, o que se entende por “incitar”, permitindo, diante da amplitude do termo, a criminalização de pessoas que, por exemplo, tanto glorifiquem quanto repudiem o Estado Islâmico.⁷

Embora o Brasil não seja palco de ameaças terroristas contra a liberdade de expressão nos moldes das ocorridas em alguns países europeus, e inexista uma política oficial de restrição ao acesso ao conteúdo da internet, é certo que a precária situação da segurança pública facilita a ocorrência de casos de violência contra profissionais e veículos de imprensa que, direta ou indiretamente, afetam o direito fundamental em questão.

Segundo o Relatório de Violência contra Jornalistas e Liberdade de Imprensa no Brasil de 2016, elaborado pela Federação Nacional dos Jornalistas,⁸ os profissionais de imprensa no Brasil foram vítimas de 161 (cento e sessenta e um) casos de violência no ano de 2016, sendo dois casos de homicídio de jornalistas e cinco de outros comunicadores e 58 (cinquenta e oito) registros de agressões físicas, a maioria ocorrida na cobertura de manifestações de rua.

O estudo traz, ainda, 26 (vinte e seis) casos de agressões verbais, 24 (vinte e quatro) de ameaças/intimações, 5 (cinco) de atentados, 3 (três) de censura, 18 (dezoito) cerceamentos à liberdade de imprensa por meio de ações judiciais, 13 (treze) impedimentos ao exercício profissional, 10 (dez) casos de prisões, detenções ou cárcere privado e duas situações de violência contra a organização sindical da categoria.

Riscos advêm também no âmbito do processo legislativo nacional. Três projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados apresentam potencial risco para a liberdade de expressão.

O Projeto de Lei (PL) 215/2015 pretende modificar o Código Penal para permitir a punição aos crimes contra a honra praticados nas redes sociais, com a possibilidade de a pena imposta ser acrescida de um terço só pelo fato de ter sido cometido por via digital.

Por sua vez o PL 1676/2015 tipifica penalmente o ato de fotografar, filmar ou captar a voz sem autorização prévia da pessoa e introduz expressamente no ordenamento jurídico nacional o direito ao esquecimento, conceituando-o como “expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da

⁷ HUME, Mick. *op. cit.*, 2016, p. 65-66.

⁸ FEDERAÇÃO Nacional dos Jornalistas. *Relatório da violência contra jornalistas e liberdade de imprensa 2016*. Rio de Janeiro, 2016.

personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público”.

O projeto de lei estipula ainda que os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, provedores de conteúdo e sítios de busca na internet, a retirada de material ou referências a atos que comprometam sua honra, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, devendo as empresas criarem departamentos para tratar especificamente do direito ao esquecimento.

Por fim, o PL 5203/2016 impõe aos provedores de conteúdo na rede mundial de computadores a obrigação de indisponibilizarem material idêntico ao reputado como ilegal por ordem judicial emanada em processo anterior. Para apagar definitivamente uma mensagem da internet, basta que o prejudicado emita uma simples notificação ao provedor que, dentro de quarenta e oito horas, deverá remover o conteúdo definitivamente.

O cenário se mostra ainda mais preocupante quando voltamos atenção para o trabalho do Poder Judiciário em casos litigiosos envolvendo a liberdade de expressão e de imprensa e que trazem risco potencial à democracia.⁹

Apesar das liberdades comunicativas gozarem de ampla proteção jurídica, frequentemente a prática judiciária nacional fornece exemplos de decisões que embaralham a exata compreensão do conteúdo desses direitos fundamentais e que parecem, à primeira vista, completamente inadequadas ao modelo constitucional brasileiro.

No ano de 2012 uma decisão judicial fez com que a maior emissora de radiodifusão do Brasil cancelasse debate político com os principais candidatos à Prefeitura da Cidade de São Paulo após um dos postulantes ao cargo obter pronunciamento judicial que determinava sua

⁹ Não é sem razão que o Ministro Marco Aurélio certa vez, externou, em entrevista, sua preocupação com os atentados contra a liberdade de imprensa: o quadro é preocupante e caracteriza uma “*verdadeira loteria esportiva*”. De acordo com ele, sem a imprensa livre não se pode cogitar a palavra democracia. A esse mesmo respeito, também se manifestou a Ministra Ellen Gracie, afirmando que o Judiciário não restringe o livre exercício do bom jornalismo. Segundo ela, “*apenas manifestações dolosamente aberrantes do dever de bem informar tem merecido o repúdio dos tribunais*”. DINIZ, Laura; CHAER, Márcio. *Dobra número de processo contra imprensa e jornalistas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-set-30/dobra_numero_processos_imprensa_jornalistas>. Acesso em: 02 fev. 2017. A esse respeito, vale lembrar a advertência feita pelo *Justice Black*, no julgamento *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254, 1964: “*This Nation, I suspect, can live in peace without libel suits based on public discussions of public affairs and public officials. But I doubt that a country can live in freedom where its people can be made to suffer physically or financially for criticizing their government, its actions, or its officials*” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964).

presença no evento. O candidato fora preterido pela empresa jornalística por conta de ínfima intenção de voto demonstrada por pesquisas eleitorais.¹⁰

Ademais, inúmeras são as decisões judiciais que determinam a restrição de veiculação de notícias em mídia impressa ou digital, proibindo comentários em redes sociais e blogs sobre candidatos a cargos majoritários ou proporcionais sob a justificativa de lisura da campanha eleitoral.

Há que se mencionar decisão judicial que impediu a veiculação de notícia a respeito de investigação criminal em andamento que apurava desvio de conduta do então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. A justificativa foi a de que a informação poderia comprometer a honra do político.¹¹

Em outro caso que demonstra ser extremamente perigosa a flexibilização da liberdade de expressão feita pelo Poder Judiciário, um juiz do Estado da Paraíba determinou a prisão do diretor financeiro de um popular site de buscas como resposta ao fato de não ter retirado da internet vídeo humorístico, supostamente ofensivo à reputação de um político.¹²

Não se pode olvidar as várias decisões de juízes de primeira instância de diferentes Estados brasileiros que determinaram o bloqueio de um popular aplicativo de troca de mensagens e vídeos chamado *WhatsApp* por não informar o conteúdo das conversas de usuários investigados pelas autoridades policiais.¹³

Mencione-se, ainda, a celeuma travada no âmbito do julgamento da ADI 4815 pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da necessidade de autorização prévia para publicação de biografias de personagens de interesse público.

¹⁰ No ano de 2008 a mesma emissora de televisão optou por não realizar debates entre os candidatos, também ao cargo de Prefeito de São Paulo, pelo mesmo motivo, ou seja, em razão de interferência judicial na composição do programa. Estima-se que, ao todo, cerca de 1.488.000,00 (um milhão, quatrocentos e oitenta e oito mil) pessoas deixaram de acompanhar o embate de propostas políticas a poucas semanas do dia das eleições.

¹¹ RECIFE. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Processo nº. 0072593-25.2013.8.17.0001. Decisão liminar. DJEPE 10.09.2013. Importante lembrar ainda o emblemático caso da ação movida por Fernando Sarney contra o Jornal Estado de São Paulo, que desde 2009 encontra-se impedido de publicar notícias relativas à Operação Boi Barrica (vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9428, de 10 de dezembro de 2009).

¹² PARAÍBA. Autos da Representação n. 60-76.2012.6.15.0017. 17ª Zona Eleitoral. Matéria veiculada em SANTOS, Adelson Barbosa dos. *Juiz da PB manda PF prender diretor do Google no Brasil*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,juiz-da-pb-manda-pf-prender-diretor-do-google-no-Brasil,930713,0.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹³ Sobre o tema, vide RODOVALHO, Thiago. *Abusos devem ser coibidos, mas WhatsApp deve respeitar Justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-13/thiago-rodvalho-whatsapp-respeitar-justica-leis-brasileiras>>. Acesso em: 22 jul.17.

A Corte entendeu serem inconstitucionais artigos do Código Civil que conferiam ao biografado ou familiares a prerrogativa de impedir a publicação de obra literária, ou, depois de publicada, sua retirada de circulação.

A existência de decisões judiciais aparentemente contrárias ao direito fundamental à liberdade de expressão que, à primeira vista, podem parecer colidir com os fundamentos político-jurídicos de um país democrático, mostra que o tema é extremamente polêmico e possui manifesto interesse teórico e prático.

É nesse contexto que o tema ganha relevância social, política e jurídica e este estudo pretende contribuir com o debate ao procurar responder ao seguinte questionamento: o que justifica a inclusão da liberdade de expressão no catálogo dos direitos e garantias constitucionais?

Nas próximas seções, apresentaremos os argumentos teóricos expostos por autores nacionais e estrangeiros que tentam explicar por que uma sociedade democrática e plural tem o dever de proteger e promover a liberdade de expressão, e que, em última análise, essa proteção reverte em favor do desenvolvimento da própria sociedade.

209

1 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é uma das dimensões do direito geral à liberdade¹⁴ e pode ser conceituada como o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os suportes por meio dos quais a expressão é manifestada, tais como a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.¹⁵

Protegido pela disposição constitucional da liberdade de expressão, com *status* de cláusula pétrea, ao indivíduo é conferida a prerrogativa de pensar e acolher as ideias que lhe pareçam corretas, sem sofrer interferência do Poder Público ou da sociedade.

¹⁴ NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988, p. 30: “O poder da força é transitório. O que sempre prevalece é o destino livre do homem e sua vocação para a liberdade”.

¹⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35.

A liberdade de expressão se consubstancia em pedra angular do Estado Democrático de Direito, de tal modo que, sem ela, não se concebe um regime democrático.¹⁶ Desse modo, não é possível falar-se em democracia sem que seja assegurada a plenitude da liberdade de expressão, como bem pontua Ronald Dworkin.¹⁷

A liberdade de expressão compreende o “direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador de mensagens (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)”,¹⁸ abrangendo a comunicação em torno de informações, opiniões, sentimentos, propostas, por meio do uso da linguagem, gestos, imagens ou mesmo o silêncio, e sob os mais variados temas (religião, moral, política, ciência, história etc).

Owen Fiss estende o conceito de discurso protegido pela cláusula da liberdade de expressão para incluir os discursos incitadores do ódio, a pornografia e o gasto privado de dinheiro em campanhas eleitorais, assim como o ato de escrever livros e os recursos e instituições destinados a sua distribuição ao público.¹⁹

O regime jurídico da liberdade de expressão admite uma dualidade quanto ao seu conteúdo. Nele estão incluídas a liberdade de expressão propriamente dita, ou em sentido estrito, e a liberdade de informação, sendo esta uma espécie da primeira e englobada por aquela.

Enquanto a liberdade de expressão propriamente dita consiste no direito de participar de relações comunicativas exprimindo suas convicções, a liberdade de informação assegura ao indivíduo o direito de ser informado²⁰ e de ter acesso a dados e notícias sem sofrer ameaças

¹⁶ Sobre a importância da liberdade de imprensa para o Estado Democrático de Direito, cfr. NERY JUNIOR, Nelson. Direito de informação – saúde do consumidor. In: JUNIOR, Nelson. *Soluções Práticas de Direito*. v. I. Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 22, item 4, p. 832 *et seq.*

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503/504: “A liberdade de expressão tem papel evidente na concepção majoritarista. Essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas, e é um critério estratégico vigoroso que a melhor maneira de proporcionar essa oportunidade seja permitir que qualquer pessoa deseje se dirigir ao público o faça, de maneira e na duração que pretender, por mais impopular ou indigna que o governo ou os outros cidadãos julguem essa mensagem”.

¹⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

¹⁹ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44-45, com a ressalva de que o autor entende legítima a regulação do discurso do ódio, da pornografia e do financiamento de campanhas a fim de preservar a própria liberdade de expressão (FISS, Owen M. *op. cit.*, p. 46).

²⁰ A liberdade de expressão assegura não apenas o direito de informar, mas também o direito de ser informado. A sociedade tem o direito de ser informada (a esse respeito, vide KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. *The first*

ou impedimentos, totais ou parciais, por parte do Estado ou da sociedade.²¹ Assim também aos meios de comunicação são assegurados os direitos de produzir notícias (conteúdo) e adotar a linha editorial que entender pertinente para a emissão da opinião.²²

Fácil notar, portanto, que a liberdade de expressão do pensamento completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia. É um direito tão caro à cidadania que no Brasil somente se afigura viável sua suspensão na vigência do Estado de Sítio, decretado nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

A cisão entre liberdade de expressão e de informação tem um importante efeito prático relacionado aos requisitos necessários para a proteção e limitação de cada direito.

A garantia da liberdade de expressão não está condicionada à prova da veracidade da opinião veiculada, exigência feita apenas para a liberdade de informação. Como a liberdade de informação se refere a fatos, a divulgação destes deve vir precedida de um trabalho de apuração sobre sua veracidade,²³ mesmo que nem sempre realizado com a profundidade necessária e sempre condicionado pelas circunstâncias objetivas do caso, premido pela velocidade que marca o mundo atual.

A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias e opiniões, não está atrelada à verdade, ao passo que a liberdade de informação, ao contrário, possui a verdade

amendment in cross-cultural perspective – a comparative legal analysis of the freedom of speech. New York: New York University Press, 2006, p. 15 *et seq.*). Nesse mesmo sentido, como há muito pontuava FREITAS NOBRE, na tese com que concorreu à livre-docência, a “*própria liberdade de informação encontra um direito à informação que não é pessoal, mas coletivo, porque inclui o direito de o povo ser bem-informado*” (NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988, p. 33). Daí falar-se em *função social* da imprensa (NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 9-2-1967)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 11). Assim, a imprensa se traduz, como pontuou Rui Barbosa, na “*vista da Nação*” (BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004, p. 32/33: “*A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça*”).

²¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *op. cit.*, 2009, p. 42.

²² SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

²³ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12. Vale lembrar a máxima de Francis Lieber, marcada em seu lar com as seguintes palavras: “*Patria Cara - Carior Libertas - Veritas Carissima*” (vide THAYER, Russell. *Biographical discourse*. In: LIEBER, Francis. *The miscellaneous writings – reminiscences, addresses, and essays*. v. I. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1880, p. 42).

como limite (interno ou externo), uma vez que se destina a dar ciência da realidade ao público.²⁴

Nesse ponto é importante esclarecer que, ao se falar na verdade como limite à liberdade de expressão, não se faz referência a um conceito absoluto de verdade, este impossível de ser alcançado. Como a definição de verdade varia historicamente, a época atual possui uma visão particular do que pode ser considerado verdadeiro.²⁵

A verdade deve ser entendida menos como um padrão objetivo de comportamento superiormente válido, fora do qual tudo deve ser reprimido, e mais como um juízo relativo à questão da dupla contingência, que valoriza a plausibilidade e o ponto de observação de outros participantes, tornando-se, pois, o conhecimento produto da interpretação e da intersubjetividade.²⁶

Nesse contexto, Habermas enfatiza que:

Visto que todos os discursos reais, que se desenrolam no tempo, são provincianos, não podemos saber se os enunciados que hoje, mesmo em condições aproximadamente ideais, são racionalmente aceitáveis se afirmarão também no futuro contra tentativas de refutação.²⁷

212

Esse conceito de verdade justifica que a publicação de uma matéria jornalística, posteriormente tida como falsa, não conduzirá inexoravelmente a uma condenação do veículo de comunicação.

Caso os profissionais tenham sido razoavelmente diligentes antes da publicação da notícia, lançando mão de averiguações a respeito da origem do fato que chega a seu conhecimento, estarão isentos de responsabilidade, desde que a matéria não seja uma invenção ou um mero rumor.²⁸

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan./mar. 2004, p. 19 e 23.

²⁵ Não estamos nos perfilhando ao conceito de “pós-verdade”, expressão eleita pelo Dicionário Oxford como a palavra do ano de 2016, e conceituada como um adjetivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais.

²⁶ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012, p. 130; BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 176-202; BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, 2004.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 255.

²⁸ ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del tribunal constitucional em materia de libertad de expresion. *Revista de estudios políticos (Nueva Epoca)*, n. 77, jul./sep. 1992, p. 245.

Independentemente da diferenciação que se faz entre a liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação, é certo que ambas são espécies do gênero direito à liberdade de expressão, consagrado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

2 JUSTIFICATIVAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os termos abstratos com que vazada a liberdade de expressão na atual Constituição Federal exige que se questionem os objetivos para a proteção desse direito, questão de considerável importância para a interpretação e aplicação das suas disposições aos casos controversos.

Nesse ponto, é possível arrolar duas justificativas gerais para a catalogação da liberdade de expressão como direito fundamental: uma de natureza instrumental e outra constitutiva (moral).

O objetivo instrumental para a proteção da liberdade de expressão faz alusão aos benefícios de que goza a sociedade com a permissão que as pessoas têm de poder falar o que bem entenderem.

Essa explicação para a liberdade de expressão “se baseia na adoção de uma estratégia especial [...] uma espécie de aposta coletiva na idéia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal.”²⁹

A justificativa constitutiva, por sua vez, agrega um valor intrínseco à liberdade de expressão. Ela é importante não apenas por causa das consequências que provoca, mas fundamentalmente porque obriga o Estado e grupos privados a tratarem os cidadãos adultos e capazes como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial de uma sociedade política justa.

As duas justificativas gerais sobre a fundamentalidade da liberdade de expressão, porém, não respondem de forma adequada à pergunta sobre os motivos que levaram a considerá-la como direito fundamental. É preciso desdobrar cada um dos objetivos gerais em outros mais específicos.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

É o que se fará nos tópicos seguintes.

2.1 Justificativas Instrumentais

O fundamento instrumental para a fundamentalidade da liberdade de expressão pode ser dividido em três: (i) ela contribui para o avanço do conhecimento e obtenção da verdade, (ii) ela representa uma forma de garantir a democracia, e (iii) ela ajuda a manter em equilíbrio os pratos da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.

A defesa da liberdade de expressão como instrumento para o avanço do conhecimento e descoberta da verdade está ancorada na ideia de que num contexto de debate livre entre pontos de vista divergentes, os melhores argumentos prevalecerão por sua qualidade intrínseca, gerando um clima de busca da verdade e de críticas ao governo, que resulta no incremento da participação política dos cidadãos.³⁰

Nesse sentido, a melhor prova da verdade de uma ideia é ela ser aceita pela comunidade após exposta ao debate público, no que se convencionou chamar de “teoria do livre mercado de ideias”.³¹

Assim, a teoria do livre mercado de ideias propugna a busca da verdade do conteúdo de uma afirmação por meio da competição entre dois ou mais pontos de vista muitas vezes opostos uns aos outros, porém travada dentro de um ambiente plural e livre de interferências e constrangimentos.³²

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234.

³¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *op. cit.*, 2009, p. 132. Essa função instrumental da liberdade de expressão teve origem a partir do voto dissidente proferido pelo juiz Holmes da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Abrahms vs. United States*, em 1919. Segue trecho do voto de Holmes: “Quando os homens perceberam que o tempo mudou muitas das concepções pelas quais eles lutaram, eles passaram a acreditar que o verdadeiro bem é melhor alcançado pela livre troca de idéias – que o melhor teste para a verdade é o poder de uma tese ser aceita na dura competição do mercado e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados. Essa é sobre qualquer medida a teoria da nossa Constituição. É um experimento, como toda a vida é um experimento. Enquanto esse experimento for parte do nosso sistema eu creio que devemos ser eternamente vigilantes para impedir tentativas de acabar com opiniões que odiamos, ao menos que elas representem uma ameaça imediata ao direito e aos objetivos mais urgentes da lei, requeridos para salvar o país.” 250 U.S. 616 (1919), apud SANKIEVICZ, Alexandre. *op. cit.*, 2011, p. 27, nota de rodapé 41.

³² Entendendo que a teoria do livre mercado de ideias é apanágio da visão neoliberal marcada pela tendência a integração economia e política, ver MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 250.

Exige-se que a maior quantidade possível de informação tenha sido disponibilizada ao público ao menos uma vez. Essa postura limita consideravelmente o Poder Estatal, aceitando-se o “risco inerente à expressão e respeito pela autonomia individual”.³³

A ideia subjacente é a de que não há assunto cuja discussão deva ser interdita. Segundo Ingo Sarlet e Carlos Molinaro:

Sabemos que muitas questões submetidas ao debate público podem constituir-se em perigosas ou mesmo perversas armadilhas para a vida sociopolítica, mas ainda assim não podem ou devem ser evitadas, ou, o que é pior, invisibilizadas. Com efeito, há palavras que, a despeito dos significados que carregam, devem poder ser pronunciadas, seja para o bem, seja para o mal, sem que aqui se esteja a incentivar um maniqueísmo irracional e destrutivo. Aliás, importa frisar que o eventual benefício ou prejuízo advindo de determinada manifestação revela-se, em geral, apenas mediante diferenças de grau do sentido que lhes dá o intérprete. Além disso, não se negligenciam os limites que dizem com a responsabilização dos que utilizam a liberdade de expressão como instrumento de incitação ao ódio, para o ultraje à honra, ou mesmo para insultar os sentimentos e as crenças de uma dada coletividade, pois, se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a própria afronta aos princípios fundamentais e democráticos do Estado Democrático, justamente os princípios que asseguram e legitimam o caráter fundamental da liberdade de expressão. [...] O mais importante aí é a garantia de liberdade para a produção do debate, bem como a afirmação da atribuição de responsabilidade aos atores sociais envolvidos.³⁴

215

A teoria foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em diversos julgados³⁵ e especialmente utilizada no famoso e polêmico caso “Documentos do Pentágono” (*New York Times vs. United States*), tido como “um dos maiores conflitos sobre a liberdade de imprensa” da história americana.³⁶

A teoria do livre mercado de ideias, por outro lado, proíbe que a autoridade pública intervenha para impedir previamente a difusão da informação, mesmo que a publicação possa

³³ TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! [Superando os limites do “politicamente incorreto”]. *Revista da Ajuris*, a. XXXIX, n. 126, v. 39, jun. 2012, p. 42-43.

³⁵ Segundo Anthony Lewis, o posicionamento da Suprema Corte em favor da liberdade de expressão começou a mudar no ano de 1931 com a apreciação do caso *Stromberg vs. Califórnia*, em que uma lei do Estado da Califórnia que proibia a exibição de uma bandeira vermelha como sinal de oposição ao governo foi declarada inconstitucional, sob a influência dos votos dissidentes dos juízes Holmes e Brandeis em *Abrahms vs United States*, *Whitney vs. Califórnia* e *United States vs. Schwimmer* (LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 52-57).

³⁶ LEWIS, Anthony. *op.cit.*, 2011, p. 65. Nesse julgado, o presidente americano em exercício, Richard Nixon, afirmou que a conduta do jornal *New York Times*, de publicar documentos secretos pertencentes ao governo sobre a realidade da Guerra do Vietnã, ameaçava a segurança nacional. Por maioria de seis votos a três, a Suprema Corte decidiu que era lícito ao veículo publicar os documentos, já que o órgão de imprensa tem o direito de colocar em circulação informações ao menos uma vez.

representar dano a direito fundamental de um indivíduo, sob o risco da institucionalização do mecanismo da censura prévia.

A repressão à liberdade de expressão é entendida como um castigo que atinge a sociedade como um todo, punindo aqueles que apostam no progresso geral da humanidade. Na esteira da lição de Stuart Mill:

Fosse a opinião apenas um objeto pessoal, sem nenhum valor exceto para o seu proprietário, e se o impedimento do usufruto dela fosse apenas um dano privado, então poderia fazer alguma diferença se esse dano atingisse apenas algumas pessoas ou muitas. Mas o prejuízo característico de silenciar uma opinião reside no fato de que isto é roubar a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração atual, tanto aqueles que discordam da opinião quanto aqueles que a sustentam, e esses ainda mais que os primeiros. Pois, se a opinião está certa, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade e, se ela está errada, eles perdem a percepção mais clara e vívida da verdade, produzida pela colisão desta com o erro, um benefício tão grande quanto o primeiro.³⁷

O fundamento da busca da verdade não protege apenas as expressões carregadas de componente político. Serve para uma variedade imensa de temas (história, cinema, esportes, artes, música, ciência, religião, ensino etc.) e para valorações puramente morais.

Nesse sentido, a precisa advertência de Larry Alexander, de que a justificação da importância da liberdade de expressão com base unicamente na ideia de busca da verdade é perigosa em decorrência da inexistência, em termos filosóficos, de uma verdade acima das demais, sendo certo, por outro lado, que adotar esse posicionamento como argumento para admitir a supressão da circulação da informação conferiria um expressivo poder às autoridades estatais de determinar o conteúdo das mensagens que podem ou não fazer parte da esfera pública, acarretando no empobrecimento da qualidade do debate e, em última instância, da própria democracia.³⁸

Sustenta-se, ademais, que a liberdade de expressão é um direito fundamental por representar uma forma valiosa de garantir o funcionamento da democracia e educar para a tolerância.

A democracia repousa sob os fundamentos da soberania popular e da proteção dos direitos fundamentais, estes garantidos na Constituição contra eventual modificação patrocinada pela maioria política de ocasião.

³⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras. 2010, p. 60.

³⁸ ALEXANDER, Larry. *Is there a right of freedom of expression?* New York: Cambridge University Press, 2005, p. 128-129.

Tal significa que as decisões políticas vinculantes da comunidade são tomadas pelos cidadãos, diretamente ou por meio de representantes. No entanto, essas escolhas possuem legitimidade, embora tomadas pela maioria da população, somente se mantiverem hígidos certos direitos considerados necessários para o convívio social.

Robert Dahl sustenta que o regime democrático está presente com a realização concomitante de cinco elementos: participação efetiva dos membros da sociedade nas decisões políticas, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido sobre os assuntos públicos, exercício do controle definitivo do planejamento das políticas públicas adotadas pela comunidade, e inclusão de todos nos direitos previstos nas leis fundamentais.³⁹

Para o autor esses critérios são fundamentais porque tratam todos os cidadãos como politicamente iguais e abrem a possibilidade para os menos afeitos às questões públicas obterem conhecimento específico que os habilitam a participar efetivamente do controle dos atos do governo.⁴⁰

Faz parte da lógica do sistema democrático a existência de um ambiente público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com ampla liberdade, e que seja franqueado aos cidadãos o acesso a toda espécie de opinião sobre as mais variadas questões, permitindo-lhes formar seu convencimento e, conseqüentemente, participar ativamente da condução da coisa pública e exercer o autogoverno.⁴¹

A democracia confere aos cidadãos garantias de que a mentira e o engodo na política poderão ser descobertos mais facilmente e os eleitores estarão capacitados a tomar as melhores decisões públicas quando as discussões políticas forem travadas num ambiente livre de impedimentos à expressão, propiciando o estímulo ao autogoverno do povo e ao controle sobre os atos dos governantes.

O argumento da promoção da democracia assegura que a dissidência política deve ser respeitada, mesmo a mais isolada, pois “se toda a humanidade, exceto uma pessoa, tivesse uma opinião, e essa pessoa tivesse uma opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciá-la do que ela para silenciar a humanidade”.⁴²

É fácil concluir que existe uma íntima ligação entre a liberdade de expressão, a democracia e o ideal republicano da participação cívica na vida pública, este entendido

³⁹ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2009, p. 49-50.

⁴⁰ DAHL, Robert A. *op. cit.*, 2009, p. 52.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, 2006, p. 237.

⁴² MILL, John Stuart. *op. cit.*, 2010, p. 59-60.

atualmente não apenas como um direito dos cidadãos, mas um “dever dos indivíduos de falar livremente sobre os assuntos de interesse comunitário, acentuando-se a responsabilidade especial de vigilância permanente que anda associada ao auto-governo”.⁴³

A positivação do direito fundamental à liberdade de expressão, seja em textos constitucionais escritos ou em reiteradas decisões judiciais, tem um importante aspecto contramajoritário de proteção das minorias políticas e sociais (raciais, étnicas, sexuais, nacionais).

Com efeito, tomando-se como natural a tendência da maioria de utilizar atos formais ou informais de repressão para sufocar as vozes dissidentes a fim de que não propaguem juízos contrários aos costumes, tradições, instituições ou convenções vigentes, encontramos no direito à liberdade de expressão um obstáculo à pretensão de hegemonia, incutindo nas pessoas a consciência da necessidade de ser tolerante: “Se os direitos de expressão das minorias e dos dissidentes são assegurados, a mensagem endereçada é a de que o respeito à diversidade de pensamento é uma virtude que as pessoas devem praticar”.⁴⁴

A esse respeito, Ingo Sarlet e Carlos Molinaro⁴⁵ mencionam interessante passagem que retrata claramente a enorme força dos atos informais de repressão à livre expressão. Os autores fazem alusão a um episódio protagonizado pelo escritor e romancista Günter Grass, vencedor do Prêmio Nobel de Literatura de 1999. Em abril de 2012, Grass publicou artigo em um jornal alemão em que fazia críticas à questão Israel-Irã e às potências ocidentais, em especial à própria Alemanha, fornecedora de material bélico para Israel.

Segundo ele, o Ocidente seria conivente com a política militar imposta por Israel contra o Irã, responsável por milhares de mortes no país persa e cuja justificativa seria a intenção deste país de produzir uma bomba atômica.

O posicionamento de Grass poderia ser contabilizado como mais uma crítica à intrincada guerra não declarada entre Israel e Irã, não fosse seu passado de colaboração com o regime nacional-socialista alemão.

As palavras de Grass provocaram intensa celeuma em âmbito internacional com acusações de veículos de comunicação de que o escritor alemão estaria a fabricar os fatos, a ponto de o então Primeiro-Ministro israelense Benjamin Netanyahu afirmar que as

⁴³ MACHADO, Jónatas E. M. *op. cit.*, 2002, p. 260.

⁴⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 67.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto, *op. cit.*, 2012, p.39-62.

declarações de Grass são ignorantes e vergonhosas, e o Ministro do Interior Eli Yishai ter colocado o romancista na lista dos indesejáveis de Israel.

Sarlet e Molinaro concluem que as reações da mídia internacional e dos políticos de acusar Grass de antissemitismo fazem parte de uma campanha de desmoralização do escritor e refletem a tensão existente entre “liberdade de expressão” e “correção política”, que tem o potencial de subtrair da discussão pública opiniões por mais importantes que sejam, notadamente nos casos em que a intenção não é disseminar o ódio, mas apenas criticar Estados e Governos.

Com a mudança dos enfoques teórico e pragmático da corrente democrática em favor do conceito deliberativo, vê-se que a justificativa da liberdade de expressão como mola propulsora da democracia é a mais importante das razões de sua fundamentalidade.

De fato, a democracia, como visualizada nos dias atuais, pressupõe a existência de uma sociedade descentralizada, a qual constitui uma arena pública altamente diversificada, preparada para a percepção, a identificação e o tratamento dos problemas de toda a sociedade.⁴⁶

A concepção deliberativa da democracia considera a participação dos cidadãos nas deliberações e nas tomadas de decisão como o elemento central da compreensão do processo democrático.

E isso envolve não apenas a institucionalização de procedimentos para a formação da vontade, mas também a existência de uma rede informal de comunicação (esfera pública informal) imune a regulações prévias de conteúdo em que, em rigor, qualquer assunto ou questão problematizável pode ser tematizado publicamente, passando por um processo de depuração ao longo da cadeia de filtragem até obter aprovação institucional.⁴⁷

A liberdade reconhecida de livremente expressar opiniões deve ser tida como um direito contramajoritário, uma vez que cada cidadão, individualmente considerado, possui a prerrogativa de opor-se à maioria de ocasião e utilizar argumentos que contrariem todos os demais, ao mesmo tempo em que as minorias têm o direito de externar sua discordância sobre

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 24.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, 2012, p. 40-41.

determinada política pública e demonstrar a eventual superioridade de seu programa político.⁴⁸

No que toca à obrigação da tolerância social com os diferentes tipos discursivos, importante questão se relaciona com o potencial agressivo dos conteúdos especialmente direcionados em desfavor de grupos sociais alvos históricos de discriminação, os denominados «discursos do ódio».⁴⁹

Nesses casos, tem-se um interessante dilema envolvendo a acomodação do princípio da igual dignidade e liberdade de todos com a necessidade de assegurar a integridade de uma esfera pública de discurso aberta e pluralista.

Dois frentes teóricas ganham destaque nessa questão: uma de corte liberal propugna ser importante a manutenção de uma estrutura comunicativa livre de intervenção estatal em que as diversas perspectivas estabeleçam uma relação de confrontação pública entre si à margem de qualquer órgão de censura politicamente correto dotado de competência para discernir as boas das más ideias.

De outro lado, o caráter irracional e coercitivo que o discurso pode assumir é realçado por outros, pois a presença sistemática de preconceito atenta contra a razão de ser do ambiente plural, além de bloquear o atendimento da experiência real dos grupos minoritários.

Sobre o tema, Machado assim se pronuncia:

A valoração e proscrição de qualquer das opiniões em confronto implicaria a existência de um sistema de censura, o qual teria naturalmente uma tendência expansiva, razão pela qual uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio [...] em nome de uma moralmente correcta *política do amor* tem que ser objecto da maior precaução, sob pena de a “nova liberdade de expressão” acabar por se confundir com a “velha censura”. Recorde-se que uma das funções da liberdade de expressão consiste em proporcionar uma alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões acumuladas, incluindo o ódio, ou especialmente o ódio. Quando muito, o referido equilíbrio poderá passar pela limitação de formas *extremas* de discurso ostensivamente produzido, na sua forma e no seu conteúdo, tendo em vista estigmatizar, insultar e humilhar um determinado grupo, seja ele minoritário ou maioritário, para além de qualquer objectivo sério de confronto de factos, ideias e opiniões. [...] No entanto, ele [o princípio da igual consideração e respeito] não pode ser utilizado para subtrair à discussão temas tão importantes como a identidade dos grupos sociais e as suas relações com os indivíduos, nem sempre isentas de coerção e discriminação.⁵⁰

⁴⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 52.

⁴⁹ Nossa Constituição não trabalha com a ideia de *absolutidade dos direitos*, ao revés, com a ideia de *equilíbrio e harmonia* (RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44-45).

⁵⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *op. cit.*, 2002, p. 847-848 (grifos do autor).

Quanto à discussão da legitimidade de interdição dos discursos subversivos, convém transcrever trecho da reflexão de Mick Hume:

No clima intelectual moderno, por vezes parece que ofender os outros é o pior crime do mundo. A coisa é apresentada como uma tentativa progressista de proteger as pessoas das palavras que as magoam, mas tornou-se uma forma disfarçada de insistir que há demasia liberdade de expressão. Pode parecer uma boa idéia viver num mundo acolhedor e maternal de insipidez inofensiva. O problema é que exigir o direito de não ser ofendido é negar a toda a gente a liberdade de ofender a ética e as opiniões aceites do tempo em que vive. E, sem essa subversiva liberdade de questionar o inquestionável – o direito a ofender -, a sociedade talvez nunca tivesse sequer chegado ao ponto em que os direitos anti-racistas e das lésbicas, dos gays, bissexuais e transgénero se tornaram temas aceitáveis no debate público.⁵¹

O tema dos limites a serem impostos à tolerância em uma sociedade democrática ganha novos contornos com a contribuição de Norberto Bobbio. Depois de afirmar que a “tolerância só é tal se forem toleradas também as más idéias”,⁵² o pensador italiano afirma que o único critério razoável para definir a legitimidade da restrição é o que deriva da ideia mesma de tolerância, sendo que a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o próprio princípio de tolerância.

A posição assumida por Bobbio de tolerar a todos menos os intolerantes se coaduna perfeitamente com a democracia e o Estado de Direito. A premissa por trás do pensamento de Bobbio é que, agindo dessa forma, o Poder Público fortalecerá a esfera pública pluralista por meio do debate, já que o remédio contra o intolerante não é a perseguição, mas o reconhecimento de seu direito de expressar-se.⁵³

Outro argumento normalmente levantado para justificar as funções da liberdade de expressão diz com a capacidade desta de manter em equilíbrio os pratos da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.

Nesse aspecto, a liberdade de expressão agiria como condição essencial para garantir a estabilidade governamental, uma vez que um Estado garantidor da livre expressão é forte e se defronta com poucas convulsões sociais, ao passo que um Estado autoritário estabelece seu poder na arbitrariedade e no medo, estando sujeito a contestações por parte da população.⁵⁴

⁵¹ HUME, Mick. *op. cit.*, 2016, p. 60.

⁵² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 195.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, 2004, p. 196-197.

⁵⁴ CHEQUER, Cláudio. *op. cit.*, 2011, p. 32-33.

As pessoas têm razões para aderir aos ideais de um ordenamento jurídico que respeita o direito fundamental da liberdade de expressão porque sabem que podem ser beneficiadas com a transformação de seus pontos de vista em normas legais, desde que exista uma esfera pública plural que possibilite o alcance das opiniões ao maior número de indivíduos, bem como os procedimentos constitucionais estejam estruturalmente abertos à inserção de seus valores e interesses.

Consoante acentuado por Machado, a liberdade de expressão como garantia da estabilidade governativa permite às pessoas tornarem conhecidos os seus desejos de mudanças ou correção política, aumentando a probabilidade de tomada de decisões apropriadas, bem como ensina a todos a respeitar a tolerância das diferenças, contribuindo decisivamente para a estabilidade social, isso porque, rejeitar o poder da discussão significa aceitar o poder da força física.⁵⁵

2.2 Justificativa Constitutivas

222

A justificativa constitutiva da liberdade de expressão (como realização pessoal) se apoia no caráter não consequencialista da proteção do direito.

Com efeito, segundo essa justificativa, a garantia constitucional da liberdade de expressão é um imperativo da condição humana, isto é, funda-se na premissa de que a finalidade do ser humano é a realização de suas características e potencialidades, incluindo a possibilidade do exercício das faculdades racionais em sua plenitude, sendo condição da nossa própria humanidade.⁵⁶

Se o que diferencia o homem das demais criaturas vivas é a capacidade de discernimento e de desenvolver processos de comunicação por meio da linguagem, atos e gestos, isso significa que a ele deve ser conferida a prerrogativa de pensar e concluir por si próprio, ou seja, ter assegurado o direito à autonomia de consciência.

Por direito à autonomia de consciência entende-se um âmbito de deliberação intelectual sob o domínio exclusivo do indivíduo composto por convicções, crenças, opiniões, sentimentos, preferências que, embora possam parecer despropositadas para alguns, ou

⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *op. cit.*, 2002, p. 284.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, 2006, p. 242.

mesmo para a maioria, estão incólumes à intervenção externa por representarem as mais puras vocações humanas.⁵⁷

É certo, no entanto, que em termos jurídicos a proteção tão somente das crenças individuais é insuficiente, já que pensar e concluir em silêncio, sem a possibilidade de exteriorizar as convicções, importa na consideração implícita de que o pensamento é ilegítimo e, em rigor, não merece proteção caso venha a ser divulgado.

Para que o direito à livre consciência tenha repercussão social é imperioso o reconhecimento legal da dupla face do direito: em primeiro lugar, o indivíduo é digno tanto de possuir pensamento próprio quanto de apropriar-se deles, resultando daí que se trata de um direito não suscetível à expropriação ou ao confisco, ou seja, ninguém pode determinar a uma pessoa o que pensar, sentir ou gostar; em segundo lugar, ainda como corolário da condição humana, o indivíduo detém a faculdade de expressar-se no âmbito comunicativo, em especial de comunicar aos outros o teor de seus pensamentos, sentimentos e crenças.⁵⁸

É nesse contexto que a autonomia da consciência mantém íntima ligação com o direito fundamental à liberdade de expressão, reconhecendo-se que a liberdade de consciência não é só um direito do homem ao pensamento próprio, mas também ao processo de pensamento, isto é, a realização plena requer uma comunicação livre, vale dizer, liberdade de expressão.⁵⁹

Essa teoria estima a liberdade de expressão como um fim intrínseco, um bem independente, um fim em si mesmo. Conforme assinala Dworkin:

[...] as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe.⁶⁰

⁵⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 59.

⁵⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 61.

⁵⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 63.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 320.

A exposição dos fundamentos da liberdade de expressão é relevante na medida em que define os atos comunicativos que merecem proteção constitucional.

Na realidade, como este direito fundamental protege a expressão propriamente dita, comunicações desprovidas de caráter expressivo não gozam de amparo constitucional, e podem ser reprimidas legislativamente por não se beneficiarem de qualquer de seus fundamentos, ou seja, não promoverem a satisfação do indivíduo, não possibilitarem o avanço do conhecimento e da verdade, não se relacionarem com a promoção da democracia e não serem aptas a ensejar mudança social.⁶¹

As teorias constitutiva e instrumental não conferem a mesma força protetiva à liberdade de expressão, podendo ser escalonadas em grau de importância.

Para Dworkin, a justificativa instrumental é mais frágil e mais limitada do que a constitutiva. Frágil porque a razão instrumental se apoia em teses que, em última análise, acabam por minar a própria liberdade de expressão. E é mais limitada, ao contrário da faceta constitutiva, porque pugna pela proteção apenas dos discursos com propósitos políticos.⁶²

Tomando como correta a gradação feita por Dworkin, não seria lícito invocar o princípio da liberdade de expressão em favor da ciência, da literatura, da independência acadêmica, das artes, ou das decisões pessoais tomadas por cada cidadão quanto ao rumo a ser dado em suas vidas.⁶³

A liberdade de expressão, portanto, teria uma única finalidade: proteger as modalidades de expressão com conteúdo claramente político. E, mesmo aqueles que defendem sua extensão para as artes ou a ciência, insistem na tese de que o discurso deve derivar dessa função principal.⁶⁴

O perigo de traçar essa linha fronteira entre o que é atingido e não atingido pela amplitude da liberdade de expressão está em admitir a interferência estatal no conteúdo da expressão propagada.

⁶¹ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 47.

⁶² DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 321.

⁶³ Por conta da necessidade de proteger os discursos além do aspecto meramente político, Dworkin entende que manifestações extremamente polêmicas como o discurso do ódio devem ser permitidas. DWORKIN, Ronald. 2006, p. 325-327. Em sentido contrário, defendendo que é errôneo admitir uma interpretação tão extensiva ao princípio da liberdade de expressão, ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. *op. cit.*, 1992, p. 246-248.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 322.

Quando se disse que o ato comunicativo atende ao predicado da liberdade de expressão no momento em que realiza uma das suas justificativas, foi para asseverar que o valor expressivo é ideologicamente neutro, isto é, independente do tema do discurso.⁶⁵

É exatamente esse o cerne da finalidade constitutiva da liberdade de expressão: as pessoas querem viver numa sociedade que incentiva a responsabilidade moral individual, e que não admite qualquer intervenção no conteúdo da manifestação do pensamento.⁶⁶

CONCLUSÃO

O estudo procurou trazer importantes referenciais teóricos que explicam as razões pelas a liberdade de expressão deve ser entendida como direito fundamental numa sociedade democrática.

Esforçou-se para demonstrar que a proteção às liberdades comunicativas se justifica pelos valores que promove e, a longo prazo, a própria sociedade se beneficia quando essa promoção se dá com bastante intensidade.

Assim, o respeito efetivo à liberdade de expressão funciona como um parâmetro averiguador do grau de consolidação da democracia e do respeito aos direitos humanos de um país.

Nesse sentido, contribuindo para o debate acerca da exata configuração da liberdade de expressão, professamos o entendimento de que esta deve ser protegida quando presente um dos elementos das justificativas instrumental e constitutiva, servindo esses elementos como verdadeiros motes para sua inclusão no rol dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. *Is there a right of freedom of expression?* New York: Cambridge University Press, 2005.

ALMASY, Steve. *Ann Couter's Berkeley speech off; police still plan for protesters.* Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2017/04/26/us/ann-coulter-berkeley-speech-canceled/>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 75.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 327.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9428, de 10 de dezembro de 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ, Mario. *Reitoria da Universidade Nova rejeita ameaça à liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://observador.pt/2017/03/08/reitoria-da-universidade-nova-rejeita-ameaca-a-liberdade-deexpressao/>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2009.

DINIZ, Laura; CHAER, Márcio. *Dobra número de processo contra imprensa e jornalistas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-set-30/dobra_numero_processos_imprensa_jornalistas>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 41-56.

ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del tribunal constitucional em materia de libertad de expresion. *Revista de estudios políticos (Nueva Epoca)*. n. 77, p. 237-248, jul./sep. 1992.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964.

FEDERAÇÃO Nacional dos Jornalistas. *Relatório da violência contra jornalistas e liberdade de imprensa 2016*. Rio de Janeiro, 2016.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Loyola, 2004.

HEYMAN, Steven J. *Free speech and human dignity*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

HUME, Mick. *Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto*. Tradução de Rita Almeida Simões. Lisboa: Tinta da China, 2016.

KROTOSZYNSKI JR, Ronald J. *The first amendment in cross-cultural perspective – a comparative legal analysis of the freedom of speech*. New York: New York University Press, 2006.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito de informação – saúde do consumidor. In. NERY JUNIOR, Nelson. *Soluções Práticas de Direito*. v. I. Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988.

_____. *Comentários à lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 9-2-1967)*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.



ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Magna Carta ainda continua a inspirar liberdades contra o Estado arbitrário*, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-15/thiago-rodovalho-magna-carta-continua-inspirar-liberdades>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. *Abusos devem ser coibidos, mas WhatsApp deve respeitar Justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-13/thiago-rodovalho-whatsapp-respeitar-justica-leis-brasileiras>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! [Superando os limites do “politicamente incorreto”]. *Revista da Ajuris*, a. XXXIX, n. 126, p. 39-62, jun. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIMÃO, José Luiz de Almeida. *O STF e a imprensa: como argumentam os ministros da Suprema Corte nos casos envolvendo a liberdade de expressão*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

THAYER, Russell. *Biographical discourse*. In: LIEBER, Francis. *The miscellaneous writings – reminiscences, addresses, and essays*. v. I. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1880.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submissão: 30/04/2017

Aceito para Publicação: 11/08/2017



A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA CONTRA AS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS E OS IMPACTOS JURÍDICOS DO CASO “EDIR MACEDO”

THE RELIGIOUS INTOLERANCE AGAINST AFRO-BRAZILIAN RELIGIONS AND THE LEGAL IMPACTS OF THE “EDIR MACEDO CASE”

Artenira da Silva e Silva *

Jorge Alberto Mendes Serejo **

RESUMO: O presente trabalho busca examinar os impactos do julgamento do caso “Edir Macedo”, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no campo jurídico brasileiro e na reafirmação de formas de intolerância religiosa praticadas pelo neopentecostalismo contra as religiões afro-brasileiras. Para tal, descreve um breve histórico da perseguição às religiões afro-brasileiras e conduz a uma reflexão sobre o subjetivismo dos julgadores diante da apreciação dos casos concretos como vetor do agravamento de desigualdades substanciais. Utiliza-se a abordagem de avaliação qualitativa de um estudo de caso e como procedimento metodológico a análise documental de peças judiciais constante dos autos eletrônicos do sítio do Ministério Público Federal e Justiça Federal (petição inicial do MPF, decisão liminar da 4ª Vara Federal da Bahia e os votos da 6ª Turma do TRF-1), cuja escolha decorreu de sua importância para a definição do tema em debate. Adotou-se ainda como procedimento metodológico a revisão bibliográfica pertinente ao caso e a relativa ao histórico da intolerância praticada contra as religiões afro-brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: “Caso Edir Macedo”. Intolerância Religiosa. Religiões afro-brasileiras.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Intolerância às Religiões Afro-brasileiras e a Redefinição do Campo Religioso. 1.1 A Redefinição do Campo Religioso no Brasil e a Religiofagia. 2 O Emblemático Caso “Edir Macedo”. 3 Solipsismo Judicial e Razões da (In)tolerância. 3.1 Solipsismo Judicial e Hipossuficiência Técnica da Decisão. 3.2 Casos Fáceis x Casos Difíceis: a não Correlação com o “Caso Ellwanger”. Conclusões. Referências.

ABSTRACT: This article aims to analyze the impact of the trial considering the “Edir Macedo case”, judged by the Tribunal Regional Federal da 1ª Região, in the Brazilian juridical field and in the reinforcing forms of religious intolerance practiced by neo-pentecostalism against afro-brazilian religions. For that, it describes a brief history of the persecution of afro-brazilian religions and leads to a reflection about how the subjectivism of judges in the appreciation of concrete cases can be considered true paths of the aggravation of inequalities among different religions practiced in Brazil. Methodologically it was used a qualitative approach of a case study. The main methodological procedure used was the documentary analysis of judicial documents contained in the electronic files of the website of the Federal Public Prosecutor's Office and Federal Court (MPF's initial petition, preliminary injunction of the 4th Federal Court of Bahia and the votes of the 6th Panel Of TRF-1), which choices resulted from their importance for the definition of the case. It was also adopted as a methodological procedure a bibliographic review pertinent to the themes explored in the case study as well as one related to the history of intolerance practiced against afro-brazilian religions.

KEYWORDS: “Edir Macedo Case”. Religious Intolerance. Afro-brazilian Religions.

230

* Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto, Portugal. Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Coordenadora de linha de pesquisa do Observatório Ibero Americano de Saúde e Cidadania e coordenadora do Observatório de Segurança Pública (PPGDIR/UFMA/CECGP).

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

INTRODUÇÃO

Em 2003 o Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício de sua competência concreta e difusa do controle de constitucionalidade, debruçou-se sobre a análise do *Habeas Corpus* nº 82.424-5/RS¹, conhecido como “caso Ellwanger”, focando o paciente Siegfried Ellwanger Castan, escritor e editor da Revisão Editora Ltda., que editou, distribuiu e vendeu os livros *Holocausto Judeu ou Alemão – nos bastidores da mentira do século*, *Hitler Culpado ou Inocente?* e *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, obras consideradas antisemitas e revisionistas dos horrores provocados pelo holocausto.

Neste *caso difícil*² que expressou o confronto de enunciados e princípios jusfundamentais presentes no texto constitucional, o STF manteve a condenação de Ellwanger pelo crime de racismo (Lei nº 7.716/89), por 9 votos a 3, concluindo ao final que a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento não configuram direitos absolutos, tampouco se prestam à incitação de discriminações odiosas. Assim, o caso se tornou emblemático e lançou luzes no campo jurídico brasileiro sobre a proteção de minorias étnicas e religiosas.

A história evidenciou a tragédia provocada pelo nazi-fascismo europeu contra os judeus, negado por Ellwanger, mas corretamente censurada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.424-5/RS. No presente trabalho, será utilizada a aludida historiografia como pano de fundo para dar suporte à discussão sobre o tratamento conferido pelo Poder Judiciário em um caso de intolerância que guarda intrínseca relação com os atos praticados pelo editor alemão, porém com destinatários e desfecho diferentes.

Trata-se do Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.069605-8, no bojo do qual, dois anos depois do referido *habeas corpus*, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) foi instado a se manifestar sobre pedido do Ministério Público Federal para suspender a circulação da obra *Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônios?* (2004), de autoria do

¹ Início em 12 de dezembro de 2002 e término em 19 de setembro de 2003 (data do acórdão).

² Por caso difícil ou *hard case* entende-se “aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável” (BARROSO, 2013, p. 200), em que os juízes se deparam com colisões de direitos fundamentais, fenômeno comum do constitucionalismo contemporâneo. No caso, debateu-se liberdade de expressão x dignidade. Na ementa do HC nº 82.424/RS, o Supremo firmou o seguinte entendimento: “O preceito fundamental de liberdade de expressão individual não consagra ‘o direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (BRASIL, 2003, p. 526).

bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Edir Macedo, em razão do conteúdo ofensivo da obra às religiões afro-brasileiras.

Em posição diversa do STF, o TRF-1 conferiu mais densidade à liberdade de expressão de Edir Macedo, e ainda hoje o processo se encontra sem julgamento definitivo do mérito.

O presente trabalho busca examinar os efeitos do julgamento do caso “Edir Macedo” pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no reforço de formas de intolerância religiosa praticadas pelo neopentecostalismo contra as religiões afro-brasileiras. Para tal, descreve um breve histórico da intolerância às religiões afro-brasileiras e conduz a uma reflexão sobre o subjetivismo dos julgadores diante da apreciação dos casos concretos como vetor do agravamento de desigualdades substanciais.

1 A INTOLERÂNCIA ÀS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIROS E A REDEFINIÇÃO DO CAMPO RELIGIOSO

232

As religiões afro-brasileiras em suas origens são modalidades religiosas organizadas no Brasil a partir da inserção de grupos étnicos importados violentamente pelo lucrativo tráfico de milhões seres humanos. São religiões consideradas mediúnicas, que estruturaram no séc. XIX como religiões étnicas dos escravos africanos e seus descendentes, mas com o passar dos anos se tornaram multiétnicas ou universais (hoje são religiões encontradas em todo o território nacional e no exterior)³.

Todavia, essas modalidades de culto continuam sendo vistas com grande desconfiança por grande parte da população e encaradas de uma maneira geral como cultos primitivos, inferiores, bárbaros, falsos e ameaçadores, ocupando ainda hoje um lugar secundário e desprezado na sociedade (PRANDI, 2007; 2014), tanto assim que o presente artigo retrata um caso judicializado de intolerância praticada por outro segmento religioso que possui grande penetração na sociedade brasileira.

De modo que a intolerância contra as religiões afro-brasileiras não é um fenômeno recente, o que inclui relações de violência com particulares e com o Estado, estando

³ Ari Pedro Oro, em sua obra “Axé Mercosul: as religiões afro-brasileiras nos países do Prata” (1999), descreve o processo de *transnacionalização* das religiões afro-brasileiras (religiões do axé) para os países do Mercosul, especialmente para a Argentina e o Uruguai, a partir do Rio Grande do Sul.

relacionada ao modo de introdução do negro na sociedade brasileira e a marginalização e discriminação racial por ele sofridas ao longo dos tempos (SILVA; SOARES, 2015).

Naturalmente esses fatores estão associados às raízes do sentido impresso pela colonização portuguesa (PRADO JUNIOR, 1970, p. 131), em que o colono branco priorizou a exploração mercantil e a exploração do trabalho das raças consideradas inferiores (negros africanos e índios). Sendo igualmente consideradas inferiores suas crenças e ritos, que passam a ser demonizadas e associadas à ideia de magia (negra).

De acordo com Yvonne MAGGIE (1992, p. 22), a crença na magia e na capacidade de suas práticas produzirem malefícios por meios ocultos e sobrenaturais é bastante generalizada no Brasil desde os tempos coloniais. Essa crença, segundo a qual certas pessoas podem usar poderes ocultos sobre os outros, provocando-lhes malefícios, “fechando caminhos”, “roubando amantes”, “produzindo doenças”, “causando mortes”, encheu e enche desde a Colônia as casas dos curandeiros, centros, terreiros, benzedadeiras, espíritas e médiuns de todas as espécies.

Mas ao longo dos tempos estas crenças passaram a nortear também a atuação de juízes, promotores, advogados e policiais, de modo que o Estado passou a constituir mecanismos de repressão aos feiticeiros, curandeiros, pais de santo, terreiros e locais de culto afro, a exemplos dos Códigos de Postura Municipais e do estabelecido no Código Penal de 1890.

No Código foram introduzidos artigos referentes à proibição da prática ilegal da medicina (art. 156), da prática de magia e espiritismo (art. 157) e do curandeirismo (art. 158)⁴, no rol dos crimes contra a saúde pública. Ao serem instituídos, os artigos revelaram, da parte dos autores, temor dos malefícios e necessidade de se criar modos e instituições para o combate a seus produtores⁵.

Em verdade, o Estado se imiscuiu nas questões referentes à magia porque era preciso “conhecer, disciplinar e socializar essas práticas tidas como de negros e pobres, mas que todos conheciam na alucinação da dor ou na ambição” (MAGGIE, 1992, p. 29).

⁴ O curandeirismo permanece no art. 284 do Código Penal vigente (1940).

⁵ Yvonne MAGGIE (1992) informa que havia no Brasil tribunais e delegacias especiais para coibir os crimes contra a saúde pública.

Magia e poder se confundem nesse contexto, e por isso mesmo era necessário normatizar as práticas dos dominados que representavam um poder paralelo sobre o corpo, ao lado do saber médico oficial.

Durante a Colônia, os brancos reprimiam as festividades e a religião dos escravos, sendo o sincretismo religioso resultado dessa repressão, o que fez com que os escravos, como forma de resistência, “fingissem e escondessem divindades africanas sob a máscara de santos católicos” (MAGGIE, 1992, p. 23).

Os povos negros e suas culturas, aliados do processo civilizatório, foram resistindo e provocando repulsa, medo e indignação por parte de adeptos de outros segmentos religiosos derivados de religiões oficiais e socialmente aceitas, cuja origem é branca e burguesa (SILVA; SOARES, p. 4, 2015).

Esse medo do feitiço negro levou à manipulação do inconsciente nacional coletivo para a afirmação de que o negro pertencia à massa inábil, inculta e marginal e que o branco lhe era superior não somente em relação ao trabalho, mas também em suas crenças e ritos (SILVA; SOARES, 2015, p. 3).

Nesse sentido, Hédio SILVA JR. (2015) afirma que a repressão aos cultos afro remonta ao processo de colonização do Brasil, no qual a religião inicialmente dos negros escravizados era vista como arte do diabo e depois como desordem pública e atentado contra a civilização, estando em todos os momentos, associada à ideia de discriminação racial que se encontra em nossas raízes históricas, e está relacionada a outros fatores, como a pobreza, a marginalização e criminalidade (SILVA JUNIOR, 2009, p. 206).

A consequência desse processo resultou em flagrante perseguição religiosa aos cultos afros e seguidores, mas com um fundo meramente moral em oposição ao ético ou inclusivo, que relacionava os acusados a práticas diabólicas, de modo que não se denunciava a crença, mas pessoas que praticam o mal. Assim, em julgamento, “os princípios subjetivos que regulam e norteiam o discurso dos juízes, em oposição à dita imparcialidade que deveria embasar suas práticas de representantes de um estado laico, acabam por constituir princípios ordenadores de discursos da sociedade em geral” (MAGGIE, 1992, p. 41, complemento e grifo nosso).

Na atualidade, mesmo com a existência de um aparato jurídico protetivo nacional e internacional, e com um Estado que reconhece plenamente através da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional as manifestações afro-brasileiras, persistem manifestações de

intolerância religiosa associadas a essa manipulação histórica e simbólica da noção de baixo espiritismo, magia negra, bruxaria e feitiçaria atribuídas às religiões afro.

Estas classificações povoaram o imaginário coletivo brasileiro, favorecendo a reafirmação da ortodoxia cristã para por em funcionamento mecanismos visando a demonização ou supressão das crenças diferentes. Em razão do poder, legitimidade e status do catolicismo e sua influência sobre o Estado⁶, a liberdade religiosa de religiões afro-brasileiras foi limitada pela marginalização e perseguição policial e religiosa (MARIANO, 2015, p. 127), o que permaneceu até as duas últimas décadas do séc. XX.

1.1 A Redefinição do Campo Religioso no Brasil e a Religiofagia

De acordo com o sociólogo Ricardo MARIANO (2015, p. 127), a Igreja Católica embora continue hegemônica sofreu forte declínio numérico, aderiu ao ecumenismo e se tornou defensora dos direitos humanos. Novos atores passaram a determinar o aumento dos casos de intolerância, como dos evangélicos, principalmente os neopentecostais, que se tornaram “os principais protagonistas de uma redefinição do religioso no Brasil” (GIUMBELLI, 2015, p. 149).

Um dos mais importantes representantes desse fenômeno é a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), fundada em 1977 pelos bispos Edir Macedo, Romildo Soares e Samuel da Fonseca, então dissidentes da Igreja Nova Vida – dissidência da Igreja Pentecostal “O Brasil para Cristo”, que por sua vez derivou da Assembleia de Deus. Pregando a Teologia da Prosperidade, a IURD vem crescendo espantosamente nas últimas décadas⁷, com um aparato financeiro, midiático (“Folha Universal”, a revista “Plenitude”, “Rede Record”) e político de sustentação.

⁶ A Constituição de 1824 instituiu a religião católica como a oficial do Estado brasileiro, algo que foi inclusive determinante para a garantia do regime monárquico. Outorgada, a Constituição apenas tolerava as religiões não católicas, não permitindo efetivamente a liberdade de culto (SANTOS, 2015, p. 260).

⁷ Em 1991, estima-se que possuía 269 mil seguidores. Em 2000, segundo o IBGE, a IURD contava em seus quadros 2.101.887 milhões de fiéis. Está presente em 80 países de todos os continentes, fazendo jus a sua busca pela universalidade. Conforme o censo religioso do País, os 15,4% de evangélicos em 2000 cresceu para 22,2% em 2010, sendo 60% deles formados de pentecostais. O crescimento exponencial da IURD se concretizou, recentemente, com a construção do templo de Salomão, em São Paulo, com capacidade para abrigar 10 mil pessoas assentadas” (SILVA, 2015, p. 21-22).

Para Ai Pedro ORO (2015), o sistema doutrinário e ritualístico da IURD fizeram dela uma “igreja religiofágica”, que associa elementos de crenças tomados de outras religiões e os ressemantiza (desqualifica) para exacerbar a violência cometida contra outras designações religiosas. Os exemplos são fartos: “evangelização”. “libertação”, “guerra santa”, “soldados de Jesus”, “gladiadores do altar”, “capoeira de Cristo” (SILVA, V.G., 2015a)

Assim, a intolerância passou a fazer parte do cotidiano desses grupos. Segundo dados do disque 100 (Disque Direitos Humanos), serviço de atendimento da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, os registros de intolerância contra as religiões afro-brasileiras cresceram em 2012 na ordem de 626% em relação a 2011, totalizando 109 casos. Em 2013 foram registradas 228 denúncias, das quais 35,39% das vítimas eram negros, ligados a religiões de matriz africana. Já em 2015, houve um aumento de 69,13% em relação ao ano anterior, com 252 denúncias recebidas.

A busca da pureza doutrinária, o fundamentalismo e o proselitismo de alguns grupos protestantes têm, sistematicamente, produzido práticas excludentes e intolerantes em face de outras designações religiosas. “Grupos neopentecostais têm protagonizado incidentes condenáveis de desrespeito e discriminação religiosa em todo o País contra comunidades candomblecistas” (SILVA, E., 2015, p. 28).

Nesse contexto, surge o *best-seller Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônios?*, de autoria do bispo Edir Macedo, em que sustenta que a Umbanda, a Quimbanda, o Candomblé e o espiritismo, cultos “fetichistas”, são os principais canais de demônios no Brasil e responsáveis pelos males da Nação.

A publicação foi levada ao Poder Judiciário através de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal (MPF), que pleiteou a suspensão a circulação da obra em razão do seu conteúdo ofensivo da obra às religiões afro-brasileiras. Este processo ficou conhecido como “caso Edir Macedo”.

Considere-se, portanto, que a referida obra parece ilustrar bem o atual momento que se vive no Brasil em termos de intolerância religiosa, o que motivou a escolha do tema do presente estudo em razão da decisão do Poder Judiciário Federal, que ao fim, em posição dotada de subjetivismo, atecniais e argumentos de crença, indicou uma posição diferente da tomada pelo STF (“caso Ellwanger”), e levou ao fortalecimento da posição religiofágica e intolerante defendida pela IURD nas últimas décadas.

2 O EMBLEMÁTICO CASO “EDIR MACEDO”

Dois anos após o “caso Ellwanger”, em que o STF deliberou que o editor dos livros antissemitas cometera o crime de racismo ao negar os horrores do holocausto, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a Ação Civil Pública nº 2005.33.00.022891-3, que tramitou na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, e tem como réus Edir Macedo Bezerra, a Igreja Universal do Reino de Deus e a Gráfica Universal Ltda.

Dedicada aos pais-de-santo e mães-de-santo do Brasil, “porque eles, mais que qualquer pessoa, merecem e precisam de esclarecimento” (MACEDO, 2004, p. 10), o autor, que, diga-se de passagem, foi umbandista⁸, refere-se às religiões afro-brasileiras da seguinte maneira:

Houve com o decorrer dos séculos um sincretismo religioso, ou seja, uma **mistura curiosa e diabólica** de mitologia africana, indígena brasileira, espiritismo e cristianismo, **que criou ou favoreceu o desenvolvimento de cultos fetichistas como a Umbanda, a Quimbanda e o Candomblé**. (MACEDO, 2004, p. 13). (grifo nosso).

Os orixás, caboclos e guias na realidade nunca fazem bem em favor de seu “cavalo”. Exigem obediência irrestrita e ameaçam de punição aquele que não estiver “andando na linha”. **Vivem sempre castigando seus seguidores e não têm benção alguma para dar**. (MACEDO, 2004, p. 16). (grifo nosso).

A alma da mãe de santo, por exemplo, é vendida ao orixá. Há uma chantagem diabólica nesse meio que obriga a pessoa que “faz santo” a renunciar, enquanto vive, a todas as coisas, inclusive a própria salvação. Ameaças são feitas de tal maneira que há um temor imenso entre os praticantes dessas seitas em deixá-las (MACEDO, 2004, p. 17). (grifo nosso).

Umbanda, Quimbanda, Candomblé, Kardecismo, Bezerra de Menezes, Esoterismo, etc., são apenas nomes de seitas e filosofias usadas pelos demônios para se apoderarem das pessoas que a eles recorrem (MACEDO, 2004, p. 37). (grifo nosso).

No Candomblé, Oxum, Iemanjá, Ogum e outros demônios são verdadeiros deuses a quem o adepto oferece trabalhos de sangue para agradar, quando alguma coisa não está indo bem ou quando deseja receber algo especial (MACEDO, 2004, p. 14). (grifo nosso).

A pomba-gira causa, em muitas mulheres, o câncer de útero, de ovário, a frigidez sexual e outras doenças. À sua atuação atribui-se as práticas sexuais ilícitas e outras situações ligadas à sexualidade pecaminosa (MACEDO, 2004, p. 25). (grifo nosso).

⁸ “Edir Macedo nasceu em 1945, numa família de migrantes nordestinos. Converteu-se ao pentecostalismo em 1963, aos dezoito anos de idade, na Igreja Nova Vida. Ante disso frequentou a Igreja Católica e a umbanda” (ORO, 2015, p. 31).



Muitos procuram os demônios e abrem a vida para eles, porque pensam que são “anjos de luz”. **Com nomes bonitos e cheio de aparatos, os demônios vêm enganando às pessoas com doutrinas diabólicas. Chamam-se: orixás, caboclos, pretos-velhos, guias, espíritos familiares, espíritos de luz, etc. Dizem ser exus, erês, espíritos de crianças, médicos famosos, poetas famosos etc.**, mas na verdade são **anjos decaídos**, na diabólica missão de afastar o homem de Deus e destruí-lo, sendo que enquanto não fazem isso, se aproveitam dele (MACEDO, 2004, p. 25). (grifo nosso).

O livro de Edir Macedo é repleto de ilustrações. Na capa estão representados os orixás Oxalá (paramentado de branco) e Exu (vermelho e preto), e à sua frente uma imagem de São Jorge, caboclos, fios de conta etc. No centro, uma caveira rodeada por velas acesas, e dentro do material inúmeras imagens de rituais secretos de iniciação e outras imagens cujo “poder imagético é bastante sugestivo, sobretudo pelas associações que induz com coisas funestas” (SILVA, V.G., 2015b, p. 202).

Para o Ministério Público Federal a ordem legal define como fato típico e antijurídico a discriminação religiosa, e a liberdade de religião deve ser interpretada em seu exato sentido, não podendo servir de instrumento para “acobertar” condutas ilegais. O direito à livre manifestação do pensamento pode, assim, ser exercido plenamente desde que não sejam feridos os bens jurídicos igualmente tutelados pela ordem jurídica (BRASIL, 2005).

Acrescenta ainda que expressões como a “Igreja tem de agir”, “parta para cima dos Exus, caboclos” “pise na cabeça dos exus e cia limitada” denota mesmo o claro propósito de menosprezar e afastar os adeptos e os simpatizantes das religiões afro-brasileiras, sustentando que os deuses por eles cultuados não passam de espíritos do mal.

No “caso Edir Macedo”, o MPF entendeu que os réus, ao publicarem uma obra literária “demonizando” os cultos de matriz africana, favoreceram a discriminação e segregação daqueles que os cultuam e com isso, ferem o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2005, p. 24).

Tomando por base tais argumentos o MPF sustentou a existência de atos de intolerância religiosa enquadrados como atos de racismo previstos no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 e no artigo 208 do Código Penal, ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato.

Entendeu, na esteira do HC 82.424-2/RS (“caso Ellwanger”), que a liberdade de expressão não abarca o direito de violar a liberdade religiosa e por isso requereu liminarmente e no mérito:

(...) a condenação dos Réus **na obrigação de fazer consistente na suspensão definitiva, em todo o território nacional, de tiragem, venda (nas livrarias, entrepostos, igrejas, templos de qualquer natureza, ou por intermédio de serviços telefônicos, a exemplo dos serviços 0300, 0800, etc.), revenda, entrega gratuita ou qualquer outro tipo de circulação da obra “Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônio?”**, com a estipulação de preceito cominatório, no caso de descumprimento, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, aplicado solidariamente aos responsáveis pela publicação, distribuição e venda da obra (BRASIL, 2005, p. 33). (grifo nosso).

A ação foi distribuída à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, sob nº 2005.33.00.022891-3 e, confirmada a competência federal para o julgamento da causa, com base nos argumentos sustentados pelo MPF⁹, a juíza Nair Cristina de Casto deferiu liminarmente os pedidos em novembro de 2005.

A magistrada federal fundamentou sua decisão no fato de que o livro do bispo Edir Macedo extrapolou os limites da liberdade religiosa, pois se predispôs a tratar pejorativamente outra religião e seus adeptos, incitando à discriminação através da disseminação de conceitos negativos pré-concebidos” (BRASIL, 2005b, p. 5).

Em resposta, os requeridos recorreram da decisão liminar e o caso chegou à 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.069605-8), que julgou o recurso em favor dos requeridos. O referido agravo será detalhado no tópico seguinte em razão de elementos contidos na *ratio decidendi* que demonstram uma posição de alto subjetivismo e atecnia hermenêutica, importantes de serem detalhadas.

O fato é que o desfecho do caso não seu deu até o momento. De acordo com Lima e OLIVEIRA (2015) foi proferida em 2009 decisão que declinou a declinou a competência para apreciação do caso para a Justiça Estadual da Bahia.

A informação foi confirmada através da consulta ao sítio eletrônico da Seção Judiciária Federal da Bahia¹⁰. De fato, o processo foi baixado em 17 de dezembro de 2009 e

⁹ Para o *Parquet*, a União possui interesse na causa em razão do que prescreve o Plano Nacional de Direitos Humanos (Decreto 4.229/02. “Prevenir e combater a intolerância religiosa, inclusive no que diz respeito a religiões minoritárias e a cultos afro-brasileiros”), e também em razão de o Brasil ser signatário de instrumentos jurídicos internacionais que repudiam a intolerância religiosa, na forma do art. 109, I e III da Constituição Federal, referindo-se à Declaração sobre a Eliminação de Todas as formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença por motivos ou convicções na matéria e à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Essas informações são relevantes pois em razão de divergências quanto a esse entendimento o caso ainda se encontra pendente de julgamento de mérito conforme se verá adiante.

¹⁰ Informação disponível em: <
https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=0f3086b6db9d9911c0c4ecbb5e7a8a5c&trf1_captcha=hs6p&enviar=Pesquisar&proc=200533000228913&secao=JFBA>. Acesso em 20 ago. 2016.

distribuído em 15 de janeiro de 2010 para a 23ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Civ. e Comerciais da comarca de Salvador¹¹, sob o nº 0004170- 51.2010.8.05.0001.

Todavia, após tramitar seis anos naquele juízo, o caso foi novamente devolvido para a 4ª vara Federal da Seção judiciária da Bahia, conforme despacho da juíza Patrícia Didier de Moraes Pereira, de 29 de novembro de 2016, nos seguintes termos:

DESPACHO Processo nº: 0004170-51.2010.8.05.0001 Classe Assunto: Ação Civil Pública - DIREITO CIVIL Autor: Ministério Público Federal Réu: Igreja Universal do Reino de Deus e outros Vistos, etc. Ciente da decisão proferida pelo TRF 1º Região e à vista do ofício de fl. 645, determino a devolução dos autos ao Juízo da 4ª Vara Federal da SJBA. Antes, porém, remeta-se ofício ao MP estadual, comunicando acerca da remessa, em atendimento ao quanto solicitado no ofício de fl. 657. I. Salvador (BA), 29 de novembro de 2016. Patrícia Didier de Moraes Pereira Juíza de Direito Advogados(s): NORMANDO MOREIRA GAMA JÚNIOR (OAB 23124/BA) (BAHIA, 2016)¹².

A atualização mais recente, na 4ª Vara da Justiça Federal, mostra o despacho da magistrada atual, de 01/06/17, que determina, considerando o grande lapso temporal entre a remessa à Justiça Estadual e o retorno dos autos à Justiça Federal, a intimação das partes para em 10 (dez) dias formularem os requerimentos devidos e após isso os autos retornarem conclusos. A movimentação mostra ainda a juntada de alegações finais memoriais das partes.

240

3 SOLIPSISMO JUDICIAL E RAZÕES DA (IN)TOLERÂNCIA

O presente estudo, após apresentar um breve histórico da intolerância praticada contra as religiões afro-brasileiras e seus adeptos, e apresentar o “caso Edir Macedo”, analisará os efeitos da decisão prevalecente do TRF-1 Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.069605-8, especialmente a posição do juiz federal convocado Leão Aparecido Alves.

O relator do agravo, Desembargador Federal Souza Prudente, confirmou a competência da Justiça Federal e a legitimidade *ad causam* do MPF para o caso (depois

¹¹ Informação disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z0A037U0000&processo.foro=1>>. Acesso em 20 ago. 2016.

¹² De acordo com informações contidas no sítio do TJ-BA, para acessar os documentos do processo será necessário informar uma senha para acessar os autos dos processos. Os procedimentos de cadastro foram corretamente realizados, mas o sistema exige uma “senha do processo”. Dada a inviabilização de informações básicas sobre o conteúdo de peças do processo (não tramita em sigilo), entende-se que a Resolução nº 121 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi descumprida pelo TJ-BA. Em razão da impossibilidade de consultar fisicamente na 23ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Civ. e Comerciais de Salvador não foi possível no presente trabalho detalhar o conteúdo de todas as manifestações, apenas aquelas que estão disponibilizadas no sistema de consulta, como a decisão da juíza, de 29/11/2016.

revista pelo Tribunal) e citou e correlacionou o “ caso Edir Macedo” com o “caso Ellwanger”, para ao final negar provimento ao recurso interposto pelo Edir Macedo, nos seguintes termos:

Demonstrado nos autos, que a publicação de obra literária, com manifestos excessos de linguagem, atentatórios ao exercício dos cultos afro-brasileiros, implica em risco de danos à garantida liberdade de consciência, de crença e de cultos religiosos, integrantes do nosso patrimônio histórico cultural, a não suportar quaisquer manifestações discriminatórias e ofensivas da prevalência dos direitos humanos fundamentais (CF, arts. 3º, IV, e 4º, II), posto que as liberdades públicas não são incondicionais e a liberdade de expressão, especificamente, não se revela em termos absolutos, como garantia constitucional, mas deve ser exercida, nos limites do princípio da proporcionalidade, afigura-se legítima a proibição dessa obra literária, como forma de contenção de tais excessos nocivos à salvaguarda do núcleo essencial de outros direitos fundamentais, como no caso em exame (BRASIL. TRF-1, 2006a, p. 26-27).

Porém, os demais desembargadores da Turma manifestaram-se favoravelmente ao provimento do recurso. Recordar-se que os magistrados devem possuir o dever funcional de decidir os casos a partir da dita imparcialidade, de objetividade e da legis, aplicáveis aos casos que lhe são apresentados, e não em argumentação com elevado grau de subjetivismo moral empregado no julgamento.

No agravo em apreço, o juiz federal convocado Leão Aparecido Alves invoca o “Index Librorum Prohibitorum” medieval da Igreja Católica. Lembra Galileu Galilei, Giordano Bruno, Voltaire e Victor Hugo como vítimas da censura, de modo que na atualidade “somente as ditaduras mantem lista de livros proibidos” (BRASIL, 2006b, p. 7).

Partindo daí o magistrado adscreeve sua posição em relação a eventual proibição de circulação do livro "Orixás, caboclos e guias: deuses ou demônios?" do Bispo Edir Macedo:

Não existe, assim, por parte da obra em questão, ofensa à garantia que o Estado deve prestar às crenças de origem africana (Constituição, artigo 215, § 1º), uma vez que incumbe ao Estado proteger as manifestações culturais afro-brasileiras, **mas não interferir para dizer que determinada orientação religiosa não tem o direito de expor sua compreensão acerca de texto tido por sagrado (Bíblia)**, sob pena de ofender, aí sim, a proibição constante do artigo 19 da Carta Magna, além de o fato implicar restrição à liberdade de crença. (BRASIL, 2006b, p. 17). (grifo nosso).

De outra parte, a tentativa, ainda que com a melhor das intenções, de estabelecer critérios sobre o que pode ou não pode ser escrito, constitui um passo no caminho tenebroso para o retorno aos tempos nada saudosos da censura neste País, mediante a atuação do Estado na repressão à atividade intelectual, caminho seguro para o obscurantismo, as perseguições e a destruição dos alicerces da democracia. Com efeito, a atuação estatal na imposição de **censura literária é a marca registrada de todas as ditaduras**, as quais são levadas a cabo pelo grupo dos que se julgam sabedores de todas as verdades a ponto de se arvorarem do poder de calar a voz dos demais. **A História da humanidade está recheada, e inclusive a Bíblia, de maus exemplos no tocante à irracionalidade e ao perigo da intolerância para com as**

diferenças (BRASIL, 2006b, p. 18). (grifo nosso).

Para o julgador cada religião “se pretende ser a verdadeira” (BRASIL. TRF-1, 2006b, p. 11), e por isso quando um dos integrantes de uma corrente religiosa escreve um livro doutrinário, visando a demonstrar que as práticas de outra religião não contam com a aprovação do (seu) “deus verdadeiro”, “esse fato não constitui discriminação quanto à segunda confissão religiosa, uma vez que as divergências de interpretação são ínsitas às religiões” (BRASIL, 2006b, p. 11).

Dessa maneira a Bíblia (em várias passagens fundamenta seu voto com as palavras bíblicas), estaria a autorizar o bispo Edir Macedo a injuriar as manifestações afro-brasileiras:

No caso, a afirmação de que as entidades que se manifestam nos terreiros e que os espíritos que “baixam nos centros” são demônios, bem como que o deus cristão não aprova aqueles que se dedicam a essas práticas, **resulta da interpretação literal da Bíblia**. De feito, no Levítico, capítulo 19, versículo 31 (todas as citações são da Bíblia Sagrada, Editora Ave Maria, 75ª edição, 1993, São Paulo).

Também no Levítico, capítulo 20, versículo 27: “Qualquer homem ou mulher que evocar os espíritos ou fizer adivinhações, será morto. Serão apedrejados e levarão sua culpa.” No Deuteronômio, capítulo 18, versículos 9 a 12: “9 Quando tiveres entrado na terra que o Senhor, teu Deus, te dá, não te porás a imitar as práticas abomináveis da gente daquela terra (...)

No Livro de Isaías, capítulo 8, versículo 19: “Se vos disserem: Consultai os espíritos dos mortos, os adivinhos, os que conhecem segredos e dizem em voz baixa: Porventura um povo não deve consultar os seus deuses? Consultar os mortos em favor dos vivos?”

Não se pode esquecer que Jesus Cristo teria sido tentado pelo demônio (Mateus 4: 1 a 11), e que o próprio Jesus teria expulsado inúmeros demônios que atormentavam os possuídos (Mateus 8: 28 a 34), sendo certo que, de acordo com o Apocalipse (12: 7 a 18), esses demônios seriam o Diabo e seus anjos. (BRASIL. TRF-1, 2006b, p. 11) (grifo nosso).

Demonstrando grande conhecimento e identidade com o livro sagrado dos cristãos, adverte o julgador: “efetivamente, da literalidade dos textos bíblicos resulta a proibição da evocação ou da invocação dos mortos, bem como que as pessoas podem ser possuídas por demônios, que seriam o Diabo e seus anjos, e não os espíritos dos mortos” (BRASIL, 2006b, p. 12).

Até aqui o juiz convocado entende que a questão não diz respeito à negação da liberdade religiosa aos praticantes de culto afro-brasileiros, mas à liberdade de cristãos de interpretar livremente o texto que seguem, o que liberaria o Bispo Edir Macedo para proferir o



que quiser. Merece destaque que a inversão de raciocínio foi justificada através de referências à própria Bíblia ao longo do texto:

De outra parte, **não se pode pretender que, do fato de o livro impugnado nos presentes autos afirmar que o que são deuses para uma corrente religiosa são, na verdade, demônios (espíritos malignos) para outra, decorra restrição ao exercício da corrente objeto do ataque**, até porque, e como já salientado, cada religião defende ser a sua doutrina a verdadeira (BRASIL, 2006b, p. 12-13) (grifo nosso)

Assim sendo, e em resumo, a crença religiosa, expressa no livro em causa, de que **o deus judaico-cristão proíbe a comunicação entre os vivos e os mortos e de que as entidades que se manifestam nas sessões espíritas são demônios (espíritos malignos), decorre da interpretação literal de passagens bíblicas e não implica ofensa à liberdade de crença dos que professam a fé espírita ou a afro-brasileira** (os quais creem nessa comunicação), nem caracteriza prática discriminatória ou preconceituosa para com eles, mas sim o exercício do direito de ensinar determinada crença religiosa (Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 18). Trata-se, portanto, do legítimo exercício da liberdade de crença religiosa, que não admite censura nem intervenção estatal (Constituição do Brasil, artigos 5º, IV, VI, IX; 19; 220, "caput", § 2º) (BRASIL, 2006b, p. 22) (grifo nosso).

Em outras palavras, toda a invocação jurídico-normativa do Ministério Público Federal de violação dos direitos humanos e fundamentais constitucionais da minoria religiosa, reconhecidos pelo juízo de primeiro grau, não é levada em consideração, pois tudo o que Edir Macedo proferiu de ofensivo o fez em razão de proselitismo religioso, sendo ele, em verdade, vítima da “censura” que se quer impor:

243

Trata-se, pois, de exposição de doutrina ou de ideia **que não pode ser censurada pelo legislador ou pelo Poder Judiciário, uma vez que caracteriza a manifestação da liberdade de crença**, cujo livre exercício é assegurado no inciso VI do artigo 5º da Constituição do Brasil (BRASIL, 2006b, p. 22)

Não existe, assim, por parte da obra em questão, ofensa à garantia que o Estado deve prestar às crenças de origem africana (Constituição, artigo 215, § 1º), uma vez que incumbe ao Estado proteger as manifestações culturais afro-brasileiras, mas não interferir para dizer que determinada orientação religiosa não tem o direito de expor sua compreensão acerca de texto tido por sagrado (Bíblia), sob pena de ofender, aí sim, a proibição constante do artigo 19 da Carta Magna, além de o fato implicar restrição à liberdade de crença (BRASIL, 2006b, p. 17)

Inversão perigosa que confunde autor como vítima e foge ao âmbito do que de fato foi proposto na ação, isto é, se as palavras do bispo ferem ou não os direitos dos adeptos das religiões afro-brasileiras. É como se as religiões afro (que o julgador se refere em várias passagens apenas como “manifestações culturais”, evidenciando verbalmente suas crenças mesmo que involuntária ou inconscientemente) pudessem ser menosprezadas e ou violenta e pejorativamente atacadas porque a doutrina “literal” na qual crê o acusado o autoriza a fazê-

lo.

Não se pode olvidar que o sectarismo e a literalidade na interpretação de textos sagrados levaram à Santa Inquisição, ao Index, ao terrorismo e ao fundamentalismo religioso, e a outras tantas violações aos direitos humanos ao longo da história da humanidade.

Mas para o julgador a publicação não ofende a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 18) ou a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções (artigos 2º, 3º e 4º) nem a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (artigo 12, itens 1 e 2), porque o autor desenvolve os argumentos de uma doutrina religiosa amparada na interpretação “literal” de textos tidos por sagrados por bilhões de pessoas ao redor do globo e que “apesar de termos chocantes”, não vê neles discriminação contra os praticantes dos cultos afro-brasileiros.

Sustenta-se no presente estudo a existência de uma atecnia jurídica no julgamento, pois o voto se funda em raciocínio absolutamente equivocado, quando o julgador reconhece que a discriminação praticada contra as religiões afro-brasileiras constitui “apenas um proselitismo, ou ainda um convite a eles para que passem a crer na doutrina evangélica” (BRASIL, 2006b, p. 18).

Outro argumento que chama a atenção é o silogismo operado pelo julgador da inexistência da violação de direitos (chamada de “ataque doutrinário”) a partir da existência de outras, ou porque há ofensas e outras manifestações e não foram “censuradas”, logo, a presente também não deveria ser. Veja-se:

De outra parte, o **ataque doutrinário** dos evangélicos às crenças dos praticantes da Umbanda, da Quimbanda, do Candomblé e do Espiritismo **não é privilégio do autor da obra literária em causa** (BRASIL, 2006b, p. 13).

Recentemente, o **Papa Bento XVI foi acusado pelos muçulmanos de haver desrespeitado o Profeta Maomé** durante discurso que proferiu na Universidade de Regensburg, intitulado "Fé, Razão e a Universidade: Memórias e Reflexões", ao se referir a uma consideração feita pelo Imperador Bizantino Manuel II Paleologus sobre a conversão pela violência (BRASIL, 2006b, p. 14).

Os **adeptos da Umbanda, por exemplo, não se sentiram vilipendiados ou feridos em sua fé quanto à interpretação defendida no livro em causa**, transcrevo comentário feito por Ricardo Machado (Mestre de Iniciação de Umbanda Esotérica, Fraternidade de Umbanda Esotérica Vozes de Aruanda, de Belo Horizonte/Minas Gerais) a propósito da ação em que proferida a decisão ora recorrida, no qual ele reconhece que a interpretação defendida no livro em causa resulta da literalidade dos textos bíblicos (BRASIL, 2006b, p. 15).

(..) nada impede que os adeptos das crenças afro-brasileiras editem um ou mais livros combatendo o proselitismo agressivo dos adeptos da Igreja Universal do Reino de Deus. Aliás, já existe um livro, intitulado "Nos Bastidores do Reino - a vida secreta na Igreja Universal do Reino de Deus", de autoria de Mário Justino, **no qual são feitas críticas e acusações acerbas contra essa denominação evangélica** (BRASIL, 2006b, p. 18).

Considerando as palavras do julgador, que fundamentou seu julgado tendo como base as prescrições do livro sagrado para os cristãos, portanto, questiona-se: é racionalmente motivada e válida, nos termos das leis processuais do Estado Democrático de Direito, a decisão do magistrado?

Ao fim, o terceiro julgador do caso, Desembargador federal Paes Ribeiro apenas concluiu:

(...) deve prevalecer o princípio da livre manifestação do pensamento ou da liberdade de expressão, já que me parece que a proibição da divulgação do livro, no caso, representa uma censura não admitida pela Constituição Federal (BRASIL, 2006c, p. 2).

3. 1 Solipsismo Judicial e Hipossuficiência Técnica da Decisão

245

À pergunta acima, abre-se a discussão sobre os limites do poder de decidir livremente dos juízes conforme a consciência. Lenio Streck lembra que na seara hermenêutica Heidegger (fenomenologia hermenêutica) vai instaurar um giro ontológico-linguístico, que compreende um estilo de abordagem filosófica que reconhece como tarefa primeira “a universalidade da compreensão como condição de possibilidade da racionalização” (STRECK, 2013, p. 17), de modo que a linguagem passa a ser entendida não mais como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto. Assim, não há um relacionamento diretamente com o objeto, senão mediada e trazida por meio da linguagem.

Essa “virada hermenêutica” (STRECK, 2011), situa a hermenêutica no plano filosófico, e o homem é definido como existência (poder-ser) que está-no-mundo. Então, estar no mundo significa uma condição ôntica de intimidade com a totalidade de significados que já existem no mundo, em outras palavras, “O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de ideias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas” (STRECK, 2011, p. 250).

Isso quer dizer também que a questão de como é possível compreender o objeto no direito está relacionada à complexa questão do ato de julgar o processo, ou seja, o problema da verdade em disputa pelas partes, portanto, “ a manifestação da verdade no próprio ato

judicante – não pode não podem se reduzir a um exercício de vontade do intérprete (julgar conforme a consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva” (STRECK, 2013, p. 19).

Ora, o julgamento insere o magistrado justamente nessa totalidade de significados que existem e da qual ele não escapa, porque inserido na linguagem. Todavia, o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja.

Nessas nesgas da linguagem, há muito que a função do juiz deixou de ser apenas enunciar a vontade do poder político expresso nas leis, de modo que a operacionalidade do ato de interpretar como ato de vontade aparece com diversos fundamentos, até constar expressamente na lei processual¹³.

Mas isso não coloca o magistrado a salvo do dever de interpretar conforme alguns parâmetros, pois acreditar “que a decisão judicial (...) [é] produto de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a uma fatalismo ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (...), logo a democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...!” (STRECK, 2013, p. 40).

A verdade é que o juiz deve fundamentar seu julgado não partir de suas convicções pessoais, mas a partir dos limites impostos pelas leis e pela Constituição, a qual, aliás, é um instrumento contramajoritário e democrático de salvaguarda dos direitos das minorias em face da vontade da maioria.

Nesse caso concreto a vontade da maioria parece estar alicerçada nas significações históricas que consagraram diferenças abissais entre o respeito aos diferentes credos religiosos e alicerçaram a intolerância aos cultos afro-brasileiros como naturalizações perversas, conforme visto no tópico 2 do presente trabalho.

As razões que sustentam as decisões judiciais em um Estado democrático laico devem ser pautadas segundo as regras de direito e não pelo casuísmo de uma determinada interpretação que se quer impor histórica e socialmente a todos, senão o magistrado ficará refém e guardião da subjetividade de um consciente moral e de um inconsciente coletivo.

É necessário que o julgador demonstre conhecimento técnico transdisciplinar das complexas questões sociais em apreço, a partir de análises despidas de preconceito ou valoração moral, ou seja, qualquer julgador há de demonstrar em decisões e sentenças

¹³ Interpretação como ato de vontade (sentença como “sentire”), da subjetividade judicial, interpretação como produto da consciência do julgador etc. (STRECK, 2013, p. 33)

argumentos eminentemente técnicos. No caso em questão, ao apresentar o argumento religioso do autor do agravo como discurso de fundamentação do seu julgado, o magistrado fez uso de sua subjetividade e de crenças pessoais para embasar sua decisão.

Como disse o julgador, simplificando o caso em tela, e crendo na ideia da neutralidade do poder - embora a decisão como ato de poder estatal não tenha sido -, é que “(...) o Estado, em matéria de religião, deve ser ABSOLUTAMENTE NEUTRO, não demonstrando simpatia nem desapeço por qualquer confissão religiosa” (BRASIL. TRF1, 2006b, p. 9).

Obviamente que o magistrado, porque inserido na trama de significações históricas, não está despido de pré-juízos, caso contrário somente teremos o jogo da discricionariedade do juiz. A proposição normativa está imbricada com seu conteúdo e “a participação do intérprete na prática social é que permite a compreensão das alterações de sentido e o seu ‘confronto’ com os falsos pré-juízos” (STRECK, 2012, p. 318).

A questão é mais complexa, e por isso mesmo antes de tudo filosófica. Para STRECK (2013, p. 60-61), o sujeito solipsista é aquele que está na base do preceito *cogito ergo sum* (Descartes), do sujeito transcendental (Kant), ou no extremo da ideia de mundo como vontade e como representação (Schopenhauer), de modo que o conhecimento se funda em estados de experiências anteriores sem estabelecer relação direta com o conhecimento objetivo para além deles. Em razão disso o mundo circundante é um esboço do que o ser imagina, quer e decide.

O solipsismo judicial então entra para asfixiar toda a realidade subjacente ao concreto para fazer com que o julgador decida conforme a sua consciência, associada a pré-juízos, sem o olhar direcionado para a construção de novas possibilidades interpretativas. Assim, a decisão no “caso Edir Macedo” se dilui em uma questão que sequer foi levada a cabo pelo MPF, a liberdade de culto dos cristãos.

Destaque-se aqui a posição de Ricardo MARIANO (2015). Para o autor, a tipificação de determinadas condutas de pentecostais como ilegais em verdade correria o risco de tolher sua liberdade religiosa caso “não pudessem considerar demoníacas certas crenças e práticas de seus adversários religiosos” (MARIANO, 2015, p. 126). E tal foi considerado pelo juiz. Ocorre que:

O problema é que o exercê-la livremente nos mais diversos meios de comunicação e espaços públicos e, muitas vezes, de um modo abertamente hostil, esses religiosos protagonizam atos explícitos de ‘violência simbólica’, que estigmatizam, desqualificam e rebaixam moralmente os adeptos dos cultos afro-brasileiros, bem como suas crenças e práticas religiosas (MARIANO, 2015, p. 126).

Cumprido destacar que o simples fato de membros de uma dada religião significarem os integrantes das demais religiões como adversários, que em última instância devem ser vencidos e ou silenciados/extintos, já requer que se avalie a incitação à violência praticada. Ao que parece no caso, o juiz os coloca mesmo em posição de rivalidade os credos quando diz: “(...) nada impede que os adeptos das crenças afro-brasileiras editem um ou mais livros combatendo o proselitismo agressivo dos adeptos da Igreja Universal do Reino de Deus” (BRASIL, 2006b, p. 18).

3.2 Casos Fáceis x Casos Difíceis: a não Correlação com o “Caso Ellwanger”

Neste trabalho referiu-se à correlação entre o “caso Edir Macedo” e o paradigmático “caso Ellwanger”, algo inclusive sustentado pelo STF e pelo relator do agravo, Desembargador Federal Souza Prudente.

Aquele caso é conhecido por ser um caso difícil, sujeito às técnicas de ponderação de preceitos jusfundamentais próprios da colisão de direitos fundamentais, levada a cabo no Brasil por diversos autores a partir de uma forte influência da teoria de Robert Alexy na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Mas Lenio STRECK (2012) adverte que essa divisão é inadequada (embora não negue que possam existir casos fáceis) pois atende uma exigência do esquema sujeito–objeto, como se o direito se inserisse em uma “suficiência ôntica” que reduzisse sua complexidade a esquemas causas-explicativos. “É como se existissem casos fáceis e casos difíceis em si, já de antemão demarcados” (STRECK, 2012, p. 301)

Em todo caso essa é uma discussão relevante pois o juiz convocado Leão Aparecido Alves, simplifica as colisões existentes, e, portanto, segundo a doutrina criticada por Streck, atribui ao caso o ‘status’ de fácil:

Não identifico, assim, no caso, colisão de direitos fundamentais (a liberdade religiosa do autor do livro em confronto com a dignidade dos crentes dos cultos afro-brasileiros), porquanto considero que as ideias expostas no livro em causa não são preconceituosas ou discriminatórias contra quaisquer confissões religiosas, uma vez que constituem, apenas, doutrina religiosa sobre determinado assunto, relacionado aos espíritos, aos anjos, aos demônios e aos deuses. Portanto, as ideias transmitidas no livro em causa constituem a materialização do direito ao ensino de determinada confissão religiosa, e não prática discriminatória ou preconceituosa contra os integrantes de outras religiões (BRASIL, 2006b, p. 21-22)

Isso justificaria a diferença de tratamento entre os casos que de alguma forma guardam semelhança, por terem o mesmo objeto. O “caso Ellwanger”, foi um caso memorável de afirmação da dignidade do povo judeu, com potencial transcendentalidade positiva, ao passo que o “caso Edir Macedo” até o momento constitui um caso bastante representativo de negação do direito à liberdade das religiões afro-brasileiras.

Segue:

Por outro lado, não se aplica ao presente caso o precedente do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso em "Habeas Corpus" 82.424/RS (Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, DJ 19-03-2004 P. 17, RTJ 188/858) (...) (BRASIL, 2006b, p. 9).

Com efeito, no caso dos autos, a situação de fato não é semelhante, porque não há sentença penal condenatória transitada em julgado pela qual tenha o autor do livro em causa sido condenado pela prática do crime descrito no artigo 20 da Lei 7.716/1989, com a cláusula da imprescritibilidade prevista no inciso XLII do artigo 5º da Carta Magna. (BRASIL, 2006b, p. 11).

Ademais, no caso apreciado pela Suprema Corte, não se decidiu no sentido da proibição da edição e da comercialização de determinados livros, mas sim no sentido de que a prática do racismo, ainda que por meio da edição de obra literária, caracteriza o crime previsto no artigo 20 da Lei 7.716/1989. Não houve, assim, a proscrição de obra literária pela Suprema Corte (BRASIL, 2006b, p. 11).

249

O magistrado, no entanto, desconsiderou tacitamente que as razões de pedir em ambos os casos foi a mesma: a existência de obras preconceituosas que violaram os direitos de minorias religiosas. A diferença é que no momento histórico atual é possível que poucos detenham preconceitos contra judeus no Brasil, o mesmo não acontecendo ainda em relação a negros e conseqüentemente às suas crenças.

As religiões afro-brasileiras têm sofrido ataques sistemáticos e não conseguiram consolidar ainda uma identidade positiva, apesar do avanço da legislação protetiva das liberdades nos últimos anos. Diante de tudo isso, é possível inclusive considerar que o Poder Judiciário brasileiro não tem feito a devida reflexão sobre a importância simbólica do “precedente” firmado no HC nº 82.424-5/RS no que tange ao combate à discriminação racial contra as minorias étnicas e religiosas derivadas de povos traficados do continente africano para servirem como objetos nos campos de concentração brasileiros: as senzalas.

Nesse sentido, Lenio Streck:

Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares (...). haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos

idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, 2012, p. 318)

Entende-se como manifestação do solipsismo, nesse caso, a não correlação com o HC nº 82.424-5/RS, que faz parte da teia de significações que adjetivam o caso, ignoradas pelo magistrado tecnicamente em detrimento de posições de ordem subjetiva e de pré-juízos que literalmente levaram a prejuízos à liberdade religiosa de adeptos das religiões afro-brasileiras, que têm sido objetos de ataques institucionais ao longo da história.

Como acrescenta Lenio Streck “não há grau zero na atribuição de sentido” (STRECK, 2012, p. 318), pois os conceitos não flutuam no ar. Por isso o intérprete:

(...) deve estar atento à tradição (a à sua autoridade), compreender seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo a reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surge estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito (STRECK, 2012, p. 318-319)

250

Aqui a discussão trazida pelo autor não é contrária a liberdade do magistrado de decidir, tampouco, retornar a tese do juiz como mero enunciador da vontade legislativa. O constitucionalismo é antitético de posturas positivistas, diga-se.

É ainda Lenio STRECK (2011) quem explica que a hermenêutica não abre espaço para arbitrariedades, relativismos, decisionismos e discricionariedades, mas a necessidade de existir respostas corretas, isto é, admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores, etc., - algo que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – “não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que esse sujeito tomar” (STRECK, 2011, p. 396).

Há de fato um significado do texto que advém de uma análise de decisões anteriores, da correta aplicação dessas decisões e da compatibilidade com a Constituição. Trata-se de convencimento e de se estabelecer mecanismos de controle da decisão que levem a resposta correta, para Streck, um direito fundamental do cidadão.

De certa maneira, o “caso Ellwanger”, julgado pelo STF, o guardião da Constituição, poderia ter levado ao mesmo desfecho o “caso Edir Macedo”, como modelo de resposta correta frente a um caso de intolerância. Nesse sentido, há uma relação entre a exigência de

fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta adequada à Constituição.

Assim, embora o julgador seja uma pessoa com história e convicção, há um impedimento para uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos, ao mesmo tempo em que a decisão precisa ser construída com “argumentação participada das partes” (STRECK, 2011, p. 396), de maneira que o argumento mais adequado ao caso prevaleça.

A questão central, de ordem filosófica, é como a extrema discricionariedade, em outras palavras, o solipsismo daquele que decide apenas conforme a sua consciência, à margem de conhecimentos transdisciplinares das matérias em apreço, podem dificultar até impedir a reafirmação da Constituição e causar impactos negativos em direitos de minorias.

CONCLUSÃO

Com base no que foi discutido no presente trabalho, apresentou-se a relação entre o “caso Ellwanger” e o “caso Edir Macedo” como paradigmáticos para o desdobramento jurídico da colisão liberdade de expressão x liberdade religiosa. O primeiro caso, apesar de ter sido várias vezes citado nas peças processuais analisadas, não serviu de parâmetro para o julgamento do segundo, embora o primeiro pudesse possuir para o segundo uma transcendentalidade positiva.

Abordou-se a questão da intolerância e da violência contra as religiões afro-brasileiras, e que as mesmas designações continuam sendo vistas como cultos fetichistas, primitivos, bárbaros e demoníacos.

Conclui-se que o voto do juiz convocado para atuar no caso Edir Macedo foi dotado de subjetivismo (solipsismo) e atecnias, e que os pré-juízos levados à decisão, mormente os argumentos de crença que fundamentam sua decisão, em verdade, levam a prejuízos à liberdade de culto das religiões afro-brasileiras.

Um julgador que fundamenta sua decisão afirmando que os argumentos da intolerância (ou no mínimo do desrespeito) estão assegurados no texto religioso que ampara a fé dos supostos agressores, e que a negação desse fato é que constitui ato de intolerância ou censura, deixa claro que na sua opinião, independentemente do ato cometido pelo Bispo Edir Macedo contra as religiões afro-brasileiras, que o problema reside mesmo é na eventual

censura que ele poderia sofrer com a interdição da sua obra, julgando meramente conforme sua consciência ou pré-conceitos, ignorando o caso precedente em questão.

Preocupa igualmente a posição e ou incitação segundo a qual nada impediria que os adeptos das crenças afro-brasileiras editassem obras atacando os evangélicos, como se a Constituição brasileira não instituísse como valores fundantes a dignidade, o pluralismo, a vedação do preconceito, a defesa da paz, a solução pacífica das controvérsias e a prevalência dos direitos humanos.

A decisão é emblemática merece cuidadosa análise acadêmica. Teme-se que tenha catalisado a impressão de que o discurso de ódio expresso na obra em apreço e o preconceito contra as religiões afro-brasileiras sejam formalmente toleradas e deturpadas como constituindo a liberdade de expressão das igrejas neopentecostais, como a IURD do Bispo Edir Macedo.

Nessa seara, a reflexão necessária é como a se buscará a superação da guerra santa entre os credos, e como o Poder Judiciário, que aprecia concretamente os casos de intolerância, deve enfrentar com profundidade os argumentos racistas, preconceituosos e intolerantes, implícitos nas entrelinhas das ações.

Há que se considerar que um juiz, apesar das suas convicções, não apresente um juízo axiológico, ou que os valores expostos na sentença vinculem normativamente todos os sujeitos do processo, pois a exigência de fundamentação do art. 93, IX, da CF impõe que o julgador possa explicitar os motivos da sua compreensão, oferecendo uma justificação para sua interpretação, isto é, por que a aquela resposta é a mais adequada àquele caso. Como diz STRECK (2011, p. 399), “quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo prejuízos ao direito”.

A questão central em debate, portanto, é como o Poder Judiciário, garantidor legal dos direitos fundamentais, sobretudo das minorias, vem se manifestando diante dos casos que lhe são apresentados. Em outras palavras, lembrando BOBBIO (1992, p. 211), como os grupos minoritários, mais atentos e sensíveis a identificar procedimentos de exclusão e perseguição, podem galgar posições mais favoráveis diante de casos levados ao Judiciário, tendo em vista a possibilidade de enfrentamento a violência e a superação de contradições históricas, e assim trazer a problemática para o âmbito do cotidiano forense.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. Petição Inicial Ação Civil Pública nº. 2005.33.00.022891-3. 4ª Vara Federal da Bahia. Salvador, BA. 2005a. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-deatuacao/digualdetnraclibrel/Acao%20Civil%20Publica%20-%20Livro%20da%20Igreja%20Universal%20do%20Reino%20de%20D.pdf/view>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Justiça Federal da Bahia. Ação Civil Pública nº 2005.33.00.022891-3. 4ª Vara Federal. Juíza: Nair Cristina C. P. de Castro. Salvador, BA. 08 nov. 2005b. Disponível em: <http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/pecasjuridicas/acoes/liminar_universal_.pdf/view>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Tribunal Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento nº 2005.01.00.069605-8/BA. 6ª Turma. Desembargador Federal Souza prudente (Relator). Brasília, DF. 25. set. 2006a. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=2005.01.00.069605-8>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Tribunal Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento nº 2005.01.00.069605-8/BA. 6ª Turma. Juiz Federal Leão Aparecido Alves. Brasília, DF. 25. set. 2006b. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=2005.01.00.069605-8>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Tribunal Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento nº 2005.01.00.069605-8/BA. 6ª Turma. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, DF. 25. set. 2006c. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=2005.01.00.069605-8>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* nº 82.424-5/RS. Rel. Min. Moreira Alves. Publicado no DJ 19-3-2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública nº. 0004170-51.2010.8.05.0001. 23ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Civ. e Comerciais. Juiz: Eduardo Augusto Viana Barreto. Salvador, BA. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z0A037U0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

GIUMBELLI, Emerson. Um projeto de cristianismo hegemônico. In: SILVA, Vagner Gonçalves da (Org.). *Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2015.

LIMA, Kellen Josephine Muniz de; OLIVEIRA, Ilzver de Matos. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma Análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos. In: SILVA, Lucas Gonçalves et al (Orgs.). *Direitos fundamentais CONPEDI/UFS*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MACEDO, Edir. *Orixás, Caboclos e Guias: Deuses ou Demônios?* Rio de Janeiro: Gráfica Universal, 2004.

MARIANO, Ricardo. Pentecostais em ação: a demonização dos cultos afro-brasileiros. In: SILVA, Vagner Gonçalves da (Org.). *Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2015.

ORO, Ari Pedro. Intolerância religiosa iurdiana e reações afro no Rio Grande do Sul. In: SILVA, Vagner Gonçalves da (Org.). *Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. 1.ed. São Paulo: Edusp, 2015. p. 2015.

PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. 10. ed. São Paulo: Editora Brasiliense.

PRANDI, Reginaldo. As religiões afro-brasileiras nas ciências sociais: uma conferência, uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais BIB-ANPOCS*, São Paulo, nº 63, 2007, p. 7-30. Disponível em :<http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=141&limit=20&limitstart=0&order=date&dir=ASC&Itemid=435>. Acesso em 20 ago. 2016.

_____. Prefácio. In: CARNEIRO, João Luiz. *Religiões afro-brasileiras: uma construção teológica*. Petrópolis: Vozes, 2014.

SILVA, Elizabete da. Entre o pluralismo e a intolerância religiosa. In: PORTELA, Camila da Silva et al (Orgs.). *Leituras sobre religião: cultura, política e identidade*. São Luís: EDUFMA, 2015. p. 15-31.

SILVA, Joelma Santos da. A religião na primeira constituição do Brasil. In: PORTELA, Camila da Silva et al (orgs.). *Leituras sobre religião: cultura, política e identidade*. São Luís: EDUFMA, 2015.

SILVA, Luciana Carvalho da; SOARES, Katia dos Reis Amorim. A intolerância religiosa face às religiões de matriz africana como expressão das relações étnico-raciais brasileiras: o terreno do combate à intolerância no município de Duque de Caxias, 2015. *Revista EDUC-Faculdade de Duque de Caxias*, v. 01, nº 03, Jan-Jun 2015. Disponível



em:<<http://www.faculadadededuquedecaxias.edu.br/educ/downloads/numero3/1-artigo.pdf>>.
Acesso em: 20 ago. 2016.

SILVA JUNIOR, Hédio. Intolerância religiosa e direitos humanos. In: SANTOS, Ivanir dos; FILHO, Astrogildo Esteves (Orgs.). *Intolerância religiosa x democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: CEAP, 2009.

_____. Notas sobre sistema jurídico e intolerância religiosa no Brasil. In: SILVA, Vagner Gonçalves da Silva (Org.). *Intolerância religiosa: impactos no neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2015.

SILVA, Vagner Gonçalves da. Prefácio: Os ataques neopentecostais às religiões afro-brasileiras e aos símbolos da herança africana no Brasil. In: SILVA, Vagner Gonçalves da (org.). *Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2015a.

_____. Entre a gira de fé e Jesus de Nazaré: relações socioestruturais entre neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras. In: SILVA, Vagner Gonçalves da. *Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2015b.

255

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.

YVONNE, Maggie. *Medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

Submissão: 22/04/2017

Aceito para Publicação: 11/08/2017



O NOVO CPC, A LEI Nº. 5.478/68 E A CONTAGEM DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS – UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURAL, THE LAW Nº. 5.478/68 AND THE DEADLINE COUNT FOR DEFENSE IN ACTIONS REGARDING ALIMONY, CHILD SUPPORT AND PARENTAL SUPPORT – AN ANALYSIS BASED ON FUNDAMENTAL PROCEDURAL RIGHTS

Francisco Vieira Lima Neto*

Myrna Fernandes Carneiro**

RESUMO: O novo Código de Processo Civil – CPC/15, de forma inovadora, criou um Capítulo específico para tratar das “ações de família”, composto dos arts. 693 a 699. O parágrafo único do art. 693 expressamente determina a aplicabilidade da lei específica (no caso, Lei nº. 5.478/68) às ações de alimentos e, “no que couber”, as disposições do referido Capítulo. Contudo, o confronto entre o disposto no art. 5º, caput e §1º da Lei nº. 5.478/68 e no art. 695, caput e §1º do CPC/15 suscita dúvida sobre a contagem do prazo para oferecimento de contestação nas ações de alimentos, dúvida esta que o presente artigo propõe que deva ser decidida à luz dos direitos fundamentais processuais garantidos pela Constituição Federal de 1988, não sendo suficiente a mera tentativa de aplicação das antigas regras de solução de antinomias.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Processuais. Direito ao Processo Justo. Alimentos. CPC/15. Conflito Aparente de Normas.

SUMÁRIO: Apresentação do Problema. 1 A Questão à Luz dos Tradicionais Critérios de Solução de Antinomias. 2 Conformação da Solução à Constituição Federal de 1988 e às Normas Fundamentais do Processo Civil. 2.1 Considerações sobre o Papel da Constituição na Interpretação e Aplicação das Leis Processuais. 2.2 O Artigo 5º da Lei de Alimentos e a Efetividade. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The new Code of Civil Procedural – CPC/15, in an innovative way, created a specific Chapter to address “family actions”, composed of arts. 693 to 699. Article 693’s only paragraph expressly determines the application of the specific law (in case, Law nº. 5.478/68) to actions involving alimony, child support and parental support and, “in what is suitable”, the dispositions of the referred Chapter. However, the confrontation between article 5º, caput and §1º from Law nº. 5.478/68 and article 695, caput and §1º from CPC/15 rises doubt about the deadline count to offer defense in these actions, that this article proposes should be decided according to fundamental procedural rights guaranteed in the Federal Constitution of 1988, and not only by the mere attempt to apply the old rules for resolving apparent conflicts of laws.

KEYWORDS: Fundamental Procedural Rights. Fair Trial. Alimony, Child Support and Parental Support. CPC/15. Apparent Conflict of Laws.

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Há aproximadamente 01 (um) ano adquiriu vigência, em todo o território nacional, a Lei nº. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil Brasileiro, revogando a

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). Professor na Graduação em Direito e no Mestrado em Processo da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Procurador Federal.

** Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora da Faculdade Castelo Branco, Espírito Santo.

Lei nº. 5.869/1973. Engana-se quem pensa, contudo, que a revogação integral do antigo Código teria servido para enterrar todas as controvérsias outrora existentes. Tal não se passou, tanto porque o CPC/73 convivia, há muito, com uma infinidade de leis especiais que permanecem (ou não?) em vigor, como porque o novo Código – que aqui será referido como CPC/15 – também é, como não poderia deixar de ser, apenas texto de que se devem extrair as normas mediante interpretação.

No que concerne às ações de família, o CPC/15, de forma inovadora, dedicou-lhes capítulo específico composto de 07 (sete) artigos (arts. 693 a 699). Trata-se de avanço legislativo, já que não observar os contornos específicos das relações familiares a fim de lhes impor as mesmas regras aplicáveis às demais ações submetidas ao processo civil dificultaria – se não impossibilitaria – a prestação da tutela jurisdicional adequada através delas.

As ações de família demandam, indubitavelmente, regramento próprio que seja adequado às suas peculiaridades.¹ Há muito já se observava esta necessidade, razão pela qual o revogado CPC/73, em muitos pontos, cedeu espaço para legislações extravagantes. É o que ocorreu no caso das ações de alimentos familiares². Visando assegurar a satisfação célere e eficaz dos direitos do alimentando, que não seria alcançada pela observância do rito ordinário (então previsto pelo CPC/1939), editou-se a Lei nº. 5.478/68.

Posta à parte as críticas suscitadas em relação à referida legislação (como a que diz respeito ao art. 15, segundo o qual a sentença sobre alimentos não transita em julgado), o fato é que atendeu, à época, o objetivo de garantir maior celeridade e efetividade às ações de alimentos do que se obteria com a aplicação do CPC/1939.

¹ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“Tão premente se apresenta em tema de Direito de Família a solução rápida do litígio, por envolver esse ramo do Direito, em regra, valores sensíveis e de grande significado emocional, às vezes materiais, vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, que exige no plano processual uma pronta resposta da jurisdição. O acesso de febre, sintoma de doenças mais graves, deve ser combatido prontamente para que a saúde jurídica dos integrantes da família volte às boas”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Urgência e o Direito de Família (as chamadas medidas provisionais do art. 888 do CPC)*, p. 01. Disponível em: <www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Carlos_Alberto_Alvaro_de_Oliveira/UrgenciaDireito.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald pontuam que é intuitiva a necessidade de um procedimento diferenciado para as ações de alimentos, dada a sua natureza peculiar (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Famílias*. 8. ed. v. 6. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 771)

² Adota-se aqui a mesma expressão utilizada por Flávio Tartuce a fim de diferenciar os alimentos fundados na solidariedade familiar e garantidos pelo art. 1.694 do CC/02 de outros tipos de alimentos, como os fundados na responsabilidade civil e previstos nos arts. 948, II e 950 do CC/02. (TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, Diálogos e Interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 429-430).

A questão que hoje se põe em pauta é a de persistir, ou não, a vigência da referida lei diante do CPC/15 que, como pontuado, dedicou capítulo próprio às ações de família. Neste capítulo está inserido o art. 693, parágrafo único, que diz textualmente que: “a ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo”.

Desta forma, no que não for incompatível com a principiologia adotada pelo novo Código e/ou com eventuais regras específicas nele inseridas, a antiga Lei de Alimentos permanece vigente. Neste cenário é que surgiu a discussão, já percebida por aqueles que atuam junto às Varas de Família, acerca do prazo para apresentação de contestação pelo réu nas ações de alimentos.

De acordo com o art. 5º, *caput* e §1º da Lei de Alimentos³, recebida a petição inicial e designada audiência de conciliação, a contestação deverá ser apresentada neste (ou até este) ato⁴. Contudo, de acordo com o art. 695, *caput* e §1º do CPC/15⁵, nas ações de família o réu será citado para a audiência de conciliação sem receber sequer a contrafé, tendo o ato o único propósito de incentivar a composição entre as partes.

Apenas após a audiência, caso não atingido este objetivo, é que será aberto o prazo para apresentação de contestação, nos termos do art. 697 c.c 335 do novo Código (a novidade é uma das formas de que se valeu o legislador para tentar trocar a *cultura da guerra* pela *cultura da paz*, como pontua Flávio Tartuce⁶).

³ Art. 5º. O escrivão, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento.

§1º. Na designação da audiência, o juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital.

§2º. A comunicação, que será feita mediante registro postal isento de taxas e com aviso de recebimento, importa em citação, para todos os efeitos legais.

⁴ Como pontuam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, 2016, p. 778), “cuida-se de ato processual único que serve para diferentes propósitos procedimentais: tentativa de conciliação das partes, instrução do feito com a colheita de provas e, incontinenti, o julgamento do pedido formulado na peça exordial”.

⁵ Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§1º. O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

⁶ TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, 2015, p. 354.

Em suma: seria o dispositivo contido na Lei nº. 5.478/68 regra especial para as ações de alimentos enquanto o art. 695 do CPC/15 é regra geral para as ações de família – sobrepondo-se, então, o primeiro ao segundo, na forma do art. 2º, §2º da LINDB – ou seria o dispositivo contido na Lei nº. 5.478/68 incompatível com a nova disciplina veiculada no CPC/15 – não apenas no que se refere ao capítulo especificamente dedicado às ações de família, mas também no que tange às normas fundamentais do processo civil descritas nos artigos 1º a 12 – e, portanto, tacitamente revogado na forma do art. 2º, §1º da LINDB?

E mais: seriam as regras de solução de antinomias previstas no art. 2º da LINDB suficientes para dar uma resposta adequada ao conflito em questão, especialmente tendo em vista que também a Constituição Federal de 1988 é posterior à Lei de Alimentos, ou seja, que esta não buscou seu fundamento de validade naquela quando de sua edição? Eis os questionamentos a que o presente artigo se propõe a responder.

1 A QUESTÃO À LUZ DOS TRADICIONAIS CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS 260

O debate acima não passou despercebido pela doutrina, que se posiciona majoritariamente no sentido de reconhecer a vigência do art. 5º, *caput* e §1º da Lei nº. 5.478/68. Neste sentido, André Roque pontua que “as regras do CPC/15 sobre ações de família serão aplicadas apenas de forma supletiva à ação de alimentos (...), no que for compatível com tais procedimentos estabelecidos em legislação específica”.⁷

O mesmo autor expressamente pontua que o art. 695 do CPC/15 sucumbe diante de rito específico previsto para demanda que envolva alimentos familiares, citando, como exemplo, a prevalência das regras do art. 528 do CPC/15 sobre aquele no caso de cumprimento de sentença que reconheça obrigação alimentar.

Flávio Tartuce corrobora este entendimento, salientando que “quanto aos alimentos, sem prejuízo de outras normas tratadas pelo Estatuto Processual emergente, subsume-se a Lei nº. 5.478/68, naquilo em que não foi revogada”⁸.

⁷ ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando, TOMITA, Ivo et al. *Novo CPC – Anotado e Comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Foco, 2016, p. 1110 – comentários ao art. 693.

⁸ TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, 2015, p. 352.

Considerando, contudo, que se admite não só a revogação expressa da lei antiga, como também sua revogação tácita (nos termos do art. 2º, §1º da LINDB), o fato de o art. 5º da Lei nº. 5.478/68 não ter sido expressamente revogado pelo CPC/15 não é suficiente para solucionar a controvérsia.

Tendo isto em mente, Maria Berenice Dias, em artigo específico sobre o tema, pontua ter sido no mínimo “desatenção” do legislador não revogar expressamente e de forma integral a Lei nº. 5.478/68 quando da promulgação do novo Código de Processo Civil, e diz que muitos dispositivos da referida lei são anacrônicos e regulam de forma precária matérias melhor tratadas no novo Código⁹. Oportuno transcrever suas palavras:

Necessário lembrar que a Lei de Alimentos foi editada sob a égide do Código Civil de 1916 e 3 do Código de Processo Civil de 1939. De lá para cá foram aprovados dois Código de Processo 4 5 Civil: o anterior, do ano de 1973 e o atual, em vigor desde 18 de março de 2016. Veio a Lei do 6 7 8 Divórcio e foi promulgada uma nova Constituição. Também outro é o Código Civil. Isso para citar apenas a legislação mais significativa.

(...)

Diz a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que a lei nova não revoga a lei anterior, a não ser quando: o faça expressamente; sejam ambas incompatíveis; ou venha a nova normatização regular toda a matéria (LINDB 2º §2º).

Apesar de mantida a vigência da Lei de Alimentos (CPC 693 § único), muitas de suas normas se incompatibilizam ou estão melhor regulamentadas no Código de Processo Civil. Deste modo, todas as questões que não dizem precipuamente com o próprio objeto da demanda alimentar, e dispõem de previsão processual que pode emprestar-lhes mais agilidade, é de se aplicar a nova disciplina.¹⁰

261

Dito isto, a autora encerra o artigo elencando os dispositivos da Lei nº. 5.478/68 que entende não terem sido tacitamente revogados pelo CPC/15 e, em seu rol, não inclui o art. 5º, *caput* e §§1º e 2º, que regulamenta a citação e apresentação de defesa pelo réu.

Inobstante se verifique que a doutrina tem destinado atenção ao assunto, também se observa que as análises até então feitas se cingem ao âmbito infraconstitucional, ou seja, que se limitam a (tentar) aplicar os critérios de solução de antinomias previstos na LINDB para obter uma resposta para o problema, sem se atentar para o fato de que até mesmo para aplicá-los, neste caso, há que se tomar como premissa os direitos fundamentais processuais.

Nesta perspectiva, como se passará a demonstrar, não nos parece que o art. 5º da Lei nº. 5.478/68 tenha sido revogado. Em que pese se tratar de legislação antiga, editada diante de

⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei de Alimentos, ou o que sobrou dela*. 2016, p. 01. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13035\)A_Lei_de_Alimentos_ou_o_que_sobrou_dela.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13035)A_Lei_de_Alimentos_ou_o_que_sobrou_dela.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2017.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*, 2016, p. 06-07.

outro cenário político, na vigência de outro Código Civil e de outra Constituição, como pontuado por Maria Berenice Dias, “pelo princípio da continuidade, a lei somente perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência [a revogação por outra lei]”¹¹, e:

Em resumo, não podem ser invocados como causa geradora da extinção da força obrigatória da lei os motivos psicológicos, econômicos ou sociais que a inspiraram, a não ser que o nascimento da norma decorra especificamente de uma circunstância de fato, cuja cessação definitivamente não se verificou.¹²

Significa dizer que a lei antiga só perde a vigência na forma prevista pelo próprio Direito. E o art. 2º, §1º da LINDB prevê, além da revogação expressa, que a lei posterior só revoga a anterior de forma tácita “quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. No que se refere ao rito das ações de alimentos, a lei nova (no caso, o CPC/15) *não regula inteiramente a matéria*, e não o faz por opção legislativa de manter vigente a lei anterior. É o que se extrai do parágrafo único do art. 693 do CPC/15.

Dessa forma, só se poderia falar em revogação tácita se o art. 5º da Lei de Alimentos se mostrasse *incompatível com leis posteriores*. Do contrário, estar-se-á diante de norma especial cuja vigência não é afetada por normas gerais, ainda que posteriores, nos exatos termos do §2º do art. 2º da LINDB.

Segundo o critério da especialidade, ambas as leis (antiga e nova) permanecem existentes, válidas e vigentes, diferenciando-se apenas o âmbito de aplicação de cada uma. Em outras palavras, “na falta de uma incompatibilidade entre ambas, viverão lado a lado, cada uma regulando o que especialmente lhe pertence”.¹³

A princípio parece ser esta a situação do prazo para oferecimento de contestação nas ações de alimentos familiares. Isso porque o art. 695 do CPC/15 é regra aplicável a *todas as ações de família*, tendo natureza de norma geral diante do art. 5º da Lei de Alimentos, aplicável apenas às *ações (cognitivas) de alimentos*.

Diz-se “a princípio” porque o fato de o art. 5º da antiga Lei de Alimentos ser norma especial frente às novas disposições do CPC/15 não o torna inatingível para fins de revogação. A conclusão de que permanece vigente em razão de sua especialidade excepcionalmente não

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 27. ed. v. I (Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, 2014, p. 106.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, 2014, p. 109.

se sustentaria caso se mostrasse *incompatível* com leis posteriores *a que deve observância*, caso em que deveria ser reconhecida sua revogação tácita.

A questão foi bem esclarecida por Caio Mário da Silva Pereira, nos seguintes termos:

Esta coexistência [da lei especial com a lei geral] não é afetada quando o legislador vote disposições gerais a par de especiais, ou disposições especiais a par de gerais já existentes, porque umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis. Não significa isto, entretanto, que uma lei geral nunca revogue uma lei especial, ou vice-versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral. (...) Ao intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes.¹⁴

Ademais, o critério da especialidade se destina a solucionar conflitos entre normas de mesma hierarquia, pois se uma norma anterior conflitar com norma posterior de hierarquia maior não haverá dúvida acerca de sua revogação.

Eis o ponto nodal da questão: a solução do problema relativo ao prazo para apresentação de contestação nas ações de alimentos familiares não deriva do simples confronto entre a Lei de Alimentos e o CPC/15. Isso porque também a Constituição Federal de 1988 é norma posterior à Lei de Alimentos e ocupa o topo da hierarquia dentre as normas processuais.

Quando da edição da Lei de Alimentos, foi na Constituição Federal de 1967 que o legislador ordinário buscou fundamento de validade. A Constituição Federal de 1988, que lhe sobreveio, trouxe um novo paradigma para o Estado (agora Democrático) de Direito, notadamente no tocante à ampliação dos direitos e garantias fundamentais processuais.¹⁵

O novo Código de Processo Civil, em muitos pontos, apenas tornou mais claros aspectos que boa parte da doutrina já defendia estarem presentes entre os direitos e garantias

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, 2014, p. 109.

¹⁵ Neste sentido, destaca Hermes Zanetti Jr. que o Estado Democrático Constitucional é fortemente marcado pelo *constitucionalismo garantista*, que se traduz em três marcos fundamentais:

“(...) o marco histórico, ocorrido no Brasil em dois momentos, na Constituição Republicana de 1891 e a partir de 1988, com a priorização dos direitos fundamentais; o marco filosófico pós-positivista, que consiste na superação, ao mesmo tempo, da lei como única fonte do direito e das diferenças radicais entre moral e direito, reconhecendo a indeterminação da norma e o papel do intérprete (distinção entre texto e norma); e, por fim, o marco teórico que reconhece o papel preponderante da força normativa da Constituição nos ordenamentos jurídicos e o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas, e engloba, desde o controle de constitucionalidade até as novas técnicas de interpretação jurídicas” (ZANETTI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 198-199).

O mesmo autor pontua, em obra diversa, que com a Constituição Federal de 1988 o cerne do estudo do direito constitucional passou a residir nas garantias dos direitos individuais e coletivos previstos na própria Constituição, o que se evidencia, inclusive, no fato de o título referente aos direitos e garantias fundamentais ter sido deslocado para o início do texto, salientando que “ditam a tônica” da Carta Magna (ZANETTI JR., Hermes. *op. cit.*, 2014, p. 179).

previstos na Constituição Federal.¹⁶ Pode-se dizer, sob esta ótica, que o Código de Processo Civil complementa o arcabouço principiológico constitucionalmente previsto para o processo civil¹⁷ – que cada vez mais aponta para a busca da efetividade na tutela jurisdicional, como será pontuado adiante.

Assim, se a antiga norma (art. 5º da Lei nº. 5.478/68) se mostrar menos adequada ao atingimento dos escopos constitucionais estabelecidos para o processo do que a nova (art. 695 do CPC/15), bem como se conflitar com as normas fundamentais do processo civil esmiuçadas nos artigos 1º a 12 do CPC/15, por certo deverá sucumbir para a aplicação da lei nova.¹⁸ Não basta, portanto, proclamar o art. 5º da Lei de Alimentos como norma especial a fim de defender sua prevalência sobre o art. 695 do CPC/15 sem se preocupar em verificar sua compatibilidade com o direito constitucional processual,¹⁹ o que ora passamos a fazer.

2 CONFORMAÇÃO DA SOLUÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

264

2.1 Consideração sobre o Papel da Constituição na Interpretação e Aplicação das Leis Processuais

Como pontuado acima, a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito cuja primordial preocupação é dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais ali previstos.

¹⁶ Exemplo disso é o princípio da cooperação, que já se defendia integrar o princípio do contraditório em sua feição constitucional, embora não estivesse positivado expressamente, o que só veio a acontecer através do art. 6º do CPC/15. Neste sentido, Antônio do Passo Cabral (CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus Jurídico, 2011, p. 201-203) e Hermes Zanetti Jr. (ZANETTI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179-180).

¹⁷ Pertinentes a esta reflexão a antiga lição de João Mendes Jr., citada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120).

¹⁸ De outro lado, o novo dispositivo legal pode se mostrar menos adequado à concretização dos direitos fundamentais processuais do que o antigo, reforçando a conclusão de que este último, apesar de produzido em outro momento histórico, permanece aplicável.

¹⁹ Empresta-se, aqui, expressão utilizada por Canotilho para designar o conjunto de “princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição e materialmente constitutivos do status activus processualis (...)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 966)

O processo não escapa a esta preocupação, já que é, também, um polo de exercício do Poder Estatal, um método desenvolvido pelo Estado para a solução de litígios²⁰, e sob esta perspectiva funcional da jurisdição há que se concluir pela “consagração do exercício da função jurisdicional também como caminho para obtenção dos escopos políticos do Estado Democrático de Direito”,²¹ dentre os quais (primordialmente) a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Por tal razão, a Constituição Federal baliza técnica e eticamente o processo, devendo a lei infraconstitucional se conformar sempre com tais balizas a fim de assegurar sua validade e, ainda, o atingimento dos escopos políticos do Estado Democrático de Direito através do processo. O mesmo entendimento é sufragado por Cássio Scarpinela Bueno, para quem:

O plano constitucional do processo delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser de todo o direito processual civil e de cada um de seus temas e institutos. O plano infraconstitucional do direito processual civil é, assim, caracterizado, conformedo, pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do Poder Estatal.²²

265

Também ressaltando a concretização dos direitos fundamentais como escopo final do processo, Alvaro de Oliveira, citando antiga lição de João Mendes Jr., lembra que “cada ato do processo ‘deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos’”.²³ Segue afirmando que, se o processo é autêntica ferramenta de realização de exercício do poder estatal para realização da justiça e pacificação social, deve ser considerado “direito constitucional aplicado” e conclui destacando aspectos essenciais na concepção dos direitos fundamentais, dentre os quais:

- a) A já mencionada normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão;
- b) A supremacia do direito fundamental: ‘não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.’²⁴

²⁰ LIMA Neto, Francisco Vieira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O modelo constitucional do processo civil brasileiro, o litisconsórcio e processos coletivos. *RIDB*, ano 01, nº. 03, 2012, p. 1581.

²¹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, 2011, p. 200.

²² BUENO *apud* LIMA Neto, Francisco Vieira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *op. cit.*, 2012, p. 1582.

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *op. cit.*, 2003, p. 120.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *op. cit.*, 2003, p. 120-123.

Ratificando tudo quanto destacado acima, pontua Ferrajoli que “o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos”.²⁵

Observadas essas diretrizes, outra não pode ser a conclusão senão a de que, havendo dúvida sobre qual norma infraconstitucional processual ou procedimental deve ser aplicada a um caso (ou sobre qual seja a melhor interpretação de uma norma infraconstitucional), há que preponderar a norma mais garantidora dos direitos fundamentais.²⁶

Isso porque toda norma regulamentadora de procedimento deve ser orientada por um valor. Em outras palavras, deve ser necessária para o alcance do resultado preconizado pela CF/88: a concretização dos direitos fundamentais *no e através do* processo. Acerca do assunto, relevantes são as palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“(…) não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão.

(…)

Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceder o processo, apesar de seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial”.²⁷

O que se pretende, então, é verificar se o art. 5º da Lei nº. 5.478/68 se move no âmbito dos direitos fundamentais processuais, o que decorrerá do verdadeiro confronto entre seu conteúdo a os valores perseguidos pela CF/88, e não de mera observância da data de sua edição.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre Araújo Souza, Alexandre Salim e outros. São Paulo: RT, 2015, p. 22.

²⁶ Ensina Robert Alexy que “os direitos fundamentais, de um lado, garantem direta e indiretamente a participação no processo democrático. Nesta medida, eles são procedimentais. Mas, de outro lado, na medida em que estabelecem limites materiais a esse processo, eles não são procedimentos” e que “sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 489-490) Conclui, então, que os aspectos procedimental e substancial dos direitos fundamentais devem ser reunidos em um modelo dual que privilegie o segundo (ALEXY, Robert. *op. cit.*, 2008, p. 490)

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil: uma proposta de Formalismo-Valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67 e 72-73.

Fixada esta premissa, há que se destacar quais valores perseguidos pelo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 se relacionam com a controvérsia aqui examinada e que direitos fundamentais processuais estão ligados a estes valores a fim de confrontá-los com o art. 5º da Lei de Alimentos para concluir se realmente permanece vigente e deve ser aplicado às ações de alimentos familiares. Neste cenário, destacam-se os valores da *efetividade* (em permanente conflito com o da *segurança jurídica*) e do *contraditório*.

Garantir o equilíbrio entre a efetividade e a segurança jurídica sempre foi um desafio do Direito, visto que tais valores se apresentam em permanente tensão. Hermes Zanetti Jr. pontua que estes dois valores ideológicos estão subjacentes à ideia de processo constitucional²⁸, assim como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.²⁹

Embora a ideia de efetividade sempre pudesse ter sido extraída da própria garantia de acesso à justiça, que por certo não se satisfaz com a mera permissão para que o autor ajuíze uma ação judicial, a insatisfação crescente com a morosidade da prestação jurisdicional e com a ausência de mecanismos para garantir que os comandos das decisões judiciais fossem concretizados no plano dos fatos fez com que a EC nº. 45/2004 viesse a introduzir, expressamente, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” no rol do art. 5º da Constituição Federal, através do inciso LXXVIII, como forma de intensificar a importância do valor efetividade.

Inúmeras foram, ademais, as reformas promovidas na legislação ordinária ao longo do tempo com o intuito de garantir a prestação da tutela jurisdicional de forma rápida e de concretizar sua efetivação no plano dos fatos. A título de exemplo, podemos destacar a admissão das tutelas de urgência e sua sucessiva ampliação através das Leis nº. 8.952/1994 e nº. 10.444/2002, bem como a introdução de meios atípicos de execução indireta no que concerne às obrigações de fazer e não fazer através mesmas leis, além da rejeição liminar da ação quando veicular questão unicamente de direito já decidida em repetidos processos anteriores, incluída no CPC/73 pela Lei nº. 11.277/2006, dentre outros.

Percebe-se, assim, que se a visão liberal de processo que durante muito tempo vigorou no país decidia a tensão entre a efetividade e a segurança jurídica [na maioria das vezes] em

²⁸ ZANETTI JR., Hermes. *op. cit.*, 2014, p. 181.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, 1998, p. 12.

prol da última, a atual visão de processo pós-CF/88, complementada pelo CPC/15, inverteu a balança – ou, ao menos, a tornou mais equilibrada – ao privilegiar cada vez mais o *valor efetividade*.³⁰

Este valor, de fundamental importância, mostra-se ainda mais salutar na solução do problema pontuado neste artigo (como na maioria dos problemas que envolvem relações familiares), especialmente em se tratando de matéria tão delicada e essencial à garantia da dignidade da pessoa humana como é o direito a alimentos familiares. Neste particular, válido anotar que “o processo só tem sentido quando atinge a sua principal finalidade em tempo relativamente proporcional às dificuldades da causa, ou na medida em que se acomode à função reclamada do juízo”.³¹

Sob esta perspectiva, é mister lembrar que a abreviação procedimental encontra limites na Constituição Federal, não podendo ferir outros direitos fundamentais processuais das partes. Nesta toada, há que se verificar se não há confronto entre a norma abreviativa e o contraditório. Mais uma vez, recorre-se à didática conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “a própria finalidade do processo coloca um limite à aceleração, pois, além de uma determinada medida, não pode o procedimento ser reduzido, sem comprometer a qualidade da decisão, o que reconduz o problema ao terreno da adequação”.³²

Portanto, outro valor que deve ser observado para alcançar a resposta que nos dispomos a buscar é “o valor instrumental da democracia, que é a necessária observância do procedimento em contraditório (entre as partes e entre elas e o juiz)”.³³

Não é demais pontuar que vêm sendo reconhecidos novos contornos à garantia constitucional do contraditório de forma a torná-la substancial, real, afastando o contentamento com a observância de meras formalidades, por ter sido percebida a intrínseca ligação entre o contraditório e a democracia. Neste sentido, anota Antônio do Passo Cabral:

Neste contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode

³⁰ À mesma conclusão chega Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que conclui que se pode afirmar que, “*a priori, tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica*”, ressaltando na sequência, como não poderia deixar de ser, que isto não afasta a necessidade de eventual ponderação, no caso concreto, acerca da necessidade de prevalência da segurança jurídica como forma de resguardar o contraditório e a ampla defesa, também direitos fundamentais processuais reconhecidos pela CF/88 (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *op. cit.*, 1998, p. 12).

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *op. cit.*, 2009, p. 141.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *op. cit.*, p. 141.

³³ ZANETTI JR., Hermes. *op. cit.*, 2014, p. 181.



influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo.³⁴

O contraditório não mais se limita ao clássico binômio *informação-reação*, nem se prende unicamente às partes litigantes. O contraditório determina que se instaure verdadeiro debate (no sentido de diálogo) entre todas as partes do processo (incluindo o juiz), a fim de que cooperativamente alcancem a solução justa para o processo³⁵.

Isto não quer dizer, por óbvio, que tenha sido afastado o binômio *informação-reação*, e sim que este binômio é apenas uma parte do que se deve compreender estar abarcado pelo princípio do contraditório. Parte essencial, destaque-se, pois não pode haver contraditório real se não são conferidas ao interessado todas as informações necessárias para sua atuação em juízo.

Também sob esta ótica, portanto, há que ser avaliada a regulamentação da apresentação de defesa pelo réu feita pelo art. 5º da Lei nº. 5.478/68, a fim de que se possa concluir, de forma sólida, pela sua subsistência depois da entrada em vigor do novo CPC/15.

269

2.2 O Art. 5º da Lei de Alimentos e a Efetividade

Fixadas as premissas acima – de que a evolução do direito processual vem privilegiando cada vez mais a efetividade em detrimento da segurança jurídica, exageradamente privilegiada pelo antigo modelo liberal, e conferindo novos contornos ao contraditório – há que se confrontar a solução do problema alcançada no tópico 2 com os direitos fundamentais processuais consagrados pela Constituição Federal de 1988 – e agora esmiuçados pelos artigos 1º a 12 do CPC/15 – para efetivação destes valores.

Rememore-se que a resposta alcançada à luz dos critérios de solução de antinomias previstos no art. 2º da LINDB, ora posta à prova, seria a de que o art. 5º da Lei de Alimentos teria natureza de lei especial diante do art. 695 do CPC/2015.

³⁴ CABRAL, 2011, P. 200. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124. Dentro do mesmo panorama, Hermes Zanetti Jr pontua que o Estado Democrático Constitucional agregou a quarta dimensão dos direitos fundamentais: a de “participação na formação das decisões políticas, em sentido amplo”. (ZANETTI JR., Hermes. *op. cit.*, 2016, p. 200)

³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, 2011, p. 200-203.

Feito o confronto, parece-nos que, surpreendentemente³⁶, a norma contida no art. 5º da Lei de Alimentos é muito mais adequada para resguardar o contraditório efetivo e para garantir a efetividade da tutela jurisdicional do que a norma inserta no art. 695 do CPC/15, além de estar em harmonia com as normas fundamentais do processo civil discriminadas no próprio Código. Não se vislumbra, portanto, um confronto entre a efetividade e o contraditório no referido dispositivo legal, mas, ao revés, observa-se ser ele mais adequado para o resguardo dos dois valores quando comparado ao novel art. 695 do CPC/2015.

Rememore-se, uma vez mais, a redação da antiga lei especial:

Art. 5º. O escrivão, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento.
§1º. Na designação da audiência, o juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital.

De outro lado, a redação da nova lei geral:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.
§1º. O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.
Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Como se vê, a Lei de Alimentos, neste ponto, coaduna-se com a garantia de celeridade e duração razoável do processo insculpida no art. 5º, LXXVIII da CF/88 porque, ao prever a apresentação da contestação *até* a audiência de conciliação, permite desde logo a manifestação do autor sobre eventuais fatos e/ou documentos novos oralmente, bem como a fixação de pontos controvertidos sobre os quais se deverão produzir provas (que, aliás, serão produzidas de imediato, sempre que possível, a fim de que se passe ao julgamento no mesmo ato).

O rito adotado pelo CPC/15, de outro lado, cria uma sequência de atos burocráticos para que o processo alcance o mesmo resultado. Finda a audiência sem conciliação é que se

³⁶ Diz-se isso porque, como já pontuado, a Lei de Alimentos foi editada e promulgada em plena ditadura militar, num cenário político e jurídico bastante diverso do atual. Seria de se esperar, portanto, que o CPC/15 se mostrasse mais adequado diante da Constituição Federal de 1988.

abre o prazo para a contestação por parte do réu (por força do art. 335, I ou III³⁷) e, se verificada a apresentação de fatos e/ou documentos novos, haverá que ser intimado o autor para se manifestar, também por escrito. Somente depois disso poderá o juiz sanear o feito a fim de que sejam definidas as provas a serem produzidas, sob pena de ferir a garantia do contraditório.

Todo e qualquer operador do Direito está familiarizado com o dispêndio de tempo que decorre desta sequência de atos processuais e que, em parte, levou à inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal em vigor através da EC nº. 45/2004.

Nem se poderia afirmar, vale registrar, que este rito burocratizado poderia se fazer necessário, de qualquer forma, no caso de as partes renunciarem à audiência de conciliação nos termos do art. 334, §4º, II e §5º do CPC/2015.

Tendo em vista o direito material em conflito nas ações familiares, a obrigatoriedade da audiência – que não poderá ser dispensada por prévia manifestação de vontade das partes – é preconizada por abalizada doutrina, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni (“Nas ações de família não se aplica a possibilidade de renúncia prévia à mediação ou à conciliação de que trata o art. 334, §5º, CPC”³⁸) e de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (“Diferentemente do procedimento comum – CPC, art. 334, §5º –, nas ações de família não se permite às partes renunciar, aprioristicamente, à realização da audiência de mediação e conciliação”³⁹).

O resguardo do valor efetividade através da garantia de razoável duração do processo foi também lembrado dentre as normas fundamentais positivadas pelo CPC/15, notadamente pelo art. 4º, que diz que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Sob este prisma, o art. 695 do atual Código de Processo Civil não se mostra mais adequado para regulamentar as ações de alimentos familiares do que o art. 5º da Lei nº. 5.478/68. Esta última, em que pese as condições históricas de sua edição, contém um

³⁷ O inciso II não se aplica às ações de família, pois a natureza do litígio afasta a possibilidade de renúncia prévia à mediação ou conciliação pelas partes. Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 680.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 679.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, 2016, p. 145.

procedimento abreviado para as ações de alimentos com simplificações processuais⁴⁰ que evidencia sua adequação aos contornos do direito material discutido.

Além disso, este não é o único aspecto a se considerar. Também o contraditório, direito fundamental previsto no art. 5º, LV da CF/88, parece melhor atendido através da aplicação do art. 5º da Lei de Alimentos. Isto porque tal dispositivo prevê a citação do réu acompanhada da “segunda via da petição ou do termo”, enquanto o art. 695 do CPC/2015 prevê, em seu §1º, que o mandado de citação “deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial” e conterà apenas os dados necessários à realização da audiência. Ou seja, a nova legislação determina o comparecimento do réu a um determinado ato sem que lhe tenha sido dado conhecimento acerca dos contornos da ação que lhe é movida.

Neste particular, há que se concordar com a crítica tecida por Flávio Tartuce, para quem a regra parece contrariar o dever de informação:

O objetivo do mandado desacompanhado da exordial, sem a contrafé, é não inflamar ainda mais os ânimos do réu, dentro da ideia de *cultura de paz*. Todavia, essa falta de comunicação, na opinião deste autor, pode aumentar o conflito, especialmente se o réu se sentir surpreendido pela ação judicial. Além disso, parece existir uma contrariedade ao dever de informação, colorário da boa-fé objetiva, que é um dos princípios do Novo CPC (...). Como fazer um acordo sem se ter uma noção mínima daquilo que está sendo pleiteado?⁴¹

272

Como destacado anteriormente, a observância do binômio *informação-reação* continua essencial para que se garanta o efetivo contraditório, quer tenha a audiência somente o escopo conciliatório, quer seja ato complexo em que será apresentada defesa e produzidas provas.

Com efeito, também para propor ou aceitar qualquer proposta conciliatória é necessário que o réu tenha conhecimento, de antemão, do que contra ele se requer, viabilizando que estude suas possibilidades e as necessidades do autor de forma a poder cooperar para o alcance de um resultado justo. É imprescindível para a tentativa de fomentar a autocomposição, tão proclamada no novo Código, que o réu compareça ao ato tendo prévio e pleno conhecimento do que contra ele se requer.

A informação do réu acerca dos contornos da petição inicial não se faz relevante apenas para a apresentação de sua contestação, e sim para a sua participação em qualquer ato

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, 2016, p. 771.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, 2015, p. 354-355.

processual, incluindo a audiência em questão. A intenção do novo Código de criar terreno fértil para a autocomposição entre as partes na audiência não se coaduna com a disparidade de tratamento delas decorrente do art. 695, cuja aplicação pode fazer com que o autor compareça ao ato tendo pleno conhecimento do que será ali discutido, enquanto o réu – caso não tenha tido condições de buscar, por si, conhecer o conteúdo da petição inicial – compareça “às cegas”.

Diante das normas fundamentais discriminadas no CPC/2015, dentre as quais a vedação à surpresa processual⁴², causa espanto a disposição contida o §1º do art. 695 a despeito de qualquer “boa intenção” que possa ter tido o legislador.

Não se pretende sustentar, com tais considerações, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal (cuja aplicação se estende a todas as ações de família), o que demandaria análise mais profunda e inapropriada para esta sede, diante do objeto de estudo definido, embora esta tese já angarie defensores.⁴³

Pretende-se apenas demonstrar que, também sob a ótica da garantia do contraditório efetivo, da boa-fé e da vedação à surpresa processual, o conflito entre o art. 5º da Lei de Alimentos e o art. 695 do CPC/2015 deve se solucionar com a prevalência do primeiro sobre o segundo.

273

CONCLUSÃO

Como se pode observar, o processo civil passou por profundas transformações a fim de tornar a tutela das ações de família – e, em especial, das ações de alimentos – mais adequada aos contornos do direito material discutido, sem prejuízo dos direitos processuais

⁴² Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴³ Tome-se como exemplo o artigo publicado por Zulmar Duarte de Oliveira Jr., intitulado “A contrafé nas ‘ações de família’: inconstitucionalidade do art. 695, §1º do novo CPC”, em que o autor defende que a nova regra viola a publicidade, o contraditório e a autonomia da vontade (OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte. A contrafé nas ações de família. *Revista Nacional de Direito de Família*, v.1, n.5, mar/abr/2015, p. 94). Acerca do contraditório, ressalta o autor que a nova regra o viola até mesmo na tradicional concepção (informação-reação): “O contraditório, ainda que numa acepção meramente utilitarista, como fator de legitimação processual, reduzido à bilateralidade de audiência, sempre exigiu a necessidade de prévia informação dos litigantes, pelo que se cunhou o binômio informação-reação: o primeiro termo absolutamente imprescindível, enquanto o segundo ao alvitre das partes.

Precisamente, a regra estatuída no §1º do art. 695 do novo CPC viola o elemento informação que conforma o contraditório, que impõe serem as partes comunicadas previamente, antecedentemente, sobre determinado fato processual (artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna)” (OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte. *op. cit.*, 2015, p. 104-105).

fundamentais das partes. Tais transformações geraram e ainda geram muitas dúvidas acerca das normas processuais aplicáveis aos diversos tipos de ações de família em virtude da convivência do Código de Processo Civil junto a diversas leis extravagantes que não foram expressamente revogadas.

Uma destas dúvidas diz respeito ao prazo para apresentação de contestação nas ações de alimentos, visto que a previsão do antigo artigo 5º da Lei nº. 5.478/68 conflita, aparentemente, com a do novo art. 695 do CPC/15.

A dúvida se soluciona, a princípio, pela aplicação do art. 2º, §2º da LINDB ao caso, devendo ser reconhecida a sobrevivência do antigo dispositivo por ter natureza de lei especial. A solução só se ratifica, contudo, quando se confronta o antigo dispositivo legal com a nova ordem constitucional instaurada pela CF/88 e com as normas fundamentais do processo civil previstas nos artigos 1º a 12 do CPC/15.

Feito o confronto, surpreendentemente, observa-se que o art. 5º da Lei nº. 5.478/68, inobstante tenha sido editado diante de outro cenário político e jurídico, mostra-se muito mais adequado à concretização de direitos fundamentais processuais do que o art. 695 do CPC/15 no que se refere à oportunização de defesa ao réu e à abertura de prazo para tanto, notadamente por privilegiar os princípios da celeridade, da duração razoável do processo (e, por conseguinte, a efetividade da tutela jurisdicional) e do contraditório (compreendido ao lado as noções de cooperação e boa-fé), gerando um resultado positivo e desejado por ambas as partes e, inclusive, favorecendo o alcance de uma composição justa, que certamente demanda prévia informação de todos os envolvidos sobre o objeto de discussão.

Por tal razão, conclui-se que, nas ações de alimentos familiares, deve ser observado o art. 5º da Lei nº. 5.478/68 para citação do réu e contagem de prazo para contestar. Desta forma, deverá o réu ser citado para comparecimento à audiência de conciliação designada pelo juízo mediante entrega de contrafé, abrindo-se prazo para que conteste a ação até a data de realização do ato, sem prejuízo de que se dedique todo o esforço possível na conciliação e/ou mediação entre as partes, o que demanda o desenvolvimento de técnicas adequadas à mediação e à conciliação, a capacitação dos envolvidos com estes institutos, o aparelhamento do Poder Judiciário dentre outros, e não a supressão do direito à prévia informação do réu.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei de Alimentos, ou o que sobrou dela*. 2016. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13035\)A_Lei_de_Alimentos_ou_o_que_sobrou_dela.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13035)A_Lei_de_Alimentos_ou_o_que_sobrou_dela.pdf)>. Acesso em 18 fev. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. v. 6 – Famílias. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre Araújo Souza, Alexandre Salim e outros. São Paulo: RT, 2015.

LIMA Neto, Francisco Vieira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O modelo constitucional do processo civil brasileiro, o litisconsórcio e processos coletivos. *RIDB*, ano 01, nº. 03, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 27. ed. v. I (Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, 1998.

_____. *A Urgência e o Direito de Família (as chamadas medidas provisionais do art. 888 do CPC)*. 2008. Disponível em <www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Carlos_Alberto_Alvaro_de_Oliveira/UrgenciaDireito.pdf>. Acesso em 18 fev.2017.

_____. *Do Formalismo no processo civil: uma proposta de Formalismo-Valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte. A contrafé nas ações de família. *Revista Nacional de Direito de Família*, v.1, n.5, mar/abr/2015.

ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando, TOMITA, Ivo et al.. *Novo CPC – Anotado e Comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Foco, 2016.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, Diálogos e Interações*. 2ª Edição. São Paulo: Método, 2015.

ZANETTI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Submissão: 29/04/2017
Aceito para Publicação: 14/08/2017



A DECADÊNCIA REVISITADA: CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO?

REVISITING THE DECADENCE INSTITUT: A TAX LIABILITY EXCLUSION?

André Felipe Canuto Coelho*

Bruna Estima Borba**

RESUMO: O presente artigo examina o crédito tributário, assim compreendida a relação jurídica formada entre o Estado e o particular visando à extinção do tributo. De acordo com o Código Tributário Nacional, referida relação jurídica é sujeita a hipóteses de extinção e de exclusão. O texto objetiva examinar tais hipóteses à luz de sua inserção nos planos jurídicos: de validade, de eficácia e de existência. Para tanto, torna-se necessária a distinção entre as formas de morte do crédito tributário em que ocorre o desaparecimento da própria relação jurídica. No caso da decadência, o próprio dever legal é afetado e, em consequência, a existência, a validade e a eficácia do vínculo jurídico desaparecem. Demonstra-se, ao final, que essa é a razão pela qual a decadência é causa de exclusão do crédito tributário, assim como o são a isenção e a anistia.

ABSTRACT: This article aims to discuss the phenomenon of tax liability: the relationship between the citizen and the State considering tax extinction its fulfillment. In line with the National Brazilian Tax Code, such legal relationship is subject to the terms of extinction and exclusion. This paper intends to examine these hypotheses considering the plans of the legal world: validity, effectiveness and existence. Firstly, it was necessary to distinguish between forms of disappearance of tax legal relationship. In the case of decadence, the legal duty is affected and, in consequence, existence, validity and efficacy disappear. Theoretical evidence is found, therefore, for the reason why decadence is an exclusion cause of tax relationship, as well as exemption and amnesty.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito Tributário. Existência. Validade. Eficácia. Decadência.

KEYWORDS: Tax Liability. Existence. Validity. Efficacy. Decadence.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Estatuto Jurídico dos Fatos do Mundo. 2 O Fato Gerador. 3 O Nascimento do Crédito Tributário. 4 A Morte do Crédito Tributário. 4.1 Hipóteses em que há a Saída do Fato Gerador do Plano da Eficácia. 4.2 Hipóteses em que há a Saída do Fato Gerador do Plano da Validade. 4.3 Saída do Fato Gerador do Plano da Existência. 5 A Decadência como Hipótese de Exclusão do Crédito Tributário. Referências.

INTRODUÇÃO

Este estudo trata do tema crédito tributário analisando-o a partir dos planos de validade, eficácia e existência dos fatos no mundo jurídico. Para tanto, fez-se necessário estabelecer, entre as formas de extinção e exclusão do crédito tributário previstas no Código Tributário Nacional (CTN), aquelas que resultam no desaparecimento da própria relação

* Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado e Especialista em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Mestrado e Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Pernambuco.

** Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduada em Direito e Engenharia Mecânica pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta de Direito Tributário e de Direito Financeiro do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

jurídica tributária que deram ensejo a seu surgimento. Tal tarefa será realizada a partir da análise da perda de validade, e/ou de eficácia, e/ou de existência da relação jurídica.

Considerar-se-á que a obrigação tributária nasce em razão da juridicização de um fato do mundo. Sua morte, por outro lado, decorrerá de uma das hipóteses previstas no CTN a título de extinção ou exclusão do crédito tributário. Em alguns casos, a morte do crédito pode se dar pela satisfação parcial ou total da pretensão – a exemplo da transação e do pagamento, respectivamente. Em outros, a morte pode resultar em um incumprimento - como ocorre na prescrição. Nessas situações, mantém-se, todavia, íntegro o dever jurídico que deu origem ao crédito, saindo a relação unicamente do plano da eficácia.

Contudo, há hipóteses em que a morte do crédito é consequência do desaparecimento do próprio dever jurídico, como evidenciam os casos de decadência, de isenção e de anistia. A relação obrigacional deixa de se fundar em qualquer vínculo jurídico, saindo do plano da existência.

Ademais de demarcar doutrinariamente a separação entre os institutos sob o aspecto da existência, da validade e da eficácia da relação jurídica tributária, tal distinção possui consequências práticas, vez que somente caberá restituição de valor pago a maior ou indevidamente pago a título de tributo nos casos em que o próprio dever jurídico é afetado, como ocorre com a decadência, a isenção e a anistia. No caso da prescrição, ao contrário, não cabe direito à repetição visto que o dever jurídico permanece existente, ainda que não mais eficaz.

Para realização deste estudo, será empreendida revisão bibliográfica, assim como se recorrerá à jurisprudência temática. Trata-se de investigação relevante porquanto aborda institutos - as hipóteses de extinção e exclusão do crédito tributário - dotados de características especiais no âmbito do direito tributário e cujos resultados levam à elucidação da existência ou não do direito à repetição de indébito.

1 O ESTATUTO JURÍDICO DOS FATOS DO MUNDO

As normas jurídicas têm como principal função formar o mundo jurídico (MELLO, 1995, p. 73). Como esclarece Pontes de MIRANDA (1970, p. 21): “Só o direito separa os fatos que ele faz serem jurídicos, precisando linhas entre o jurídico e o aquém ou o além do

jurídico (não jurídico), como tira, ou acrescenta, ou altera alguns desses fatos para os fazer jurídicos”.

É, portanto, a partir da incidência normativa que se dá a transformação do fato do mundo em fato jurídico¹, consequência de um ‘colorir’ os fatos do mundo, no que Pontes de MIRANDA (1970, p. 6, 21) denominou de ‘princípio da esquematização do fáctico’. A aceitação deste sistema lógico pressupõe a incidência de toda e qualquer regra matriz. Nesse mesmo sentido, explicou von TUHR (1947, p. 4): “Cuando existe in concreto el factum de cierta norma, el efecto jurídico se produce con necesidad lógica”.

Reportando-se à juridicização² dos fatos do mundo, Tercio Sampaio FERRAZ JR. (2001, p. 165) classifica as normas de incidência em normas de conduta e de competência. As primeiras estabelecem obrigações, proibições, faculdades e impõem sanções, formando relações de coordenação entre os agentes. As últimas configuram poderes, delimitam seu exercício e preveem nulidades quando descumpridas, estabelecendo relações de subordinação entre os agentes.

A relação jurídica é, portanto, o cometimento normativo decorrente da incidência da norma sobre o fato (FERRAZ JR., 2001, p. 165). Nas palavras do já citado von TUHR (1947, p. 4), “Cada norma abstracta enuncia los hechos; si éstos existen, debe producirse el efecto jurídico”.

Consoante Pontes de MIRANDA (1970, p. 6, 14), depois de entrar no mundo jurídico pelo procedimento de juridicização, o fato pode ser alternativamente desjuridicizado, ou permanecer jurídico, mas se exaurir pela satisfação, ou ser revogado pela vontade, ou ter sua validade declarada nula, ou ser anulado, ou rescindido, ou resolvido, ou resilido. Foi com essa inspiração que MELLO (1995, p. 72) propôs a sistematização das normas jurídicas

¹ Nesse estudo, utiliza-se a expressão fato jurídico em seu sentido amplo, abrangendo os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos *lato sensu*. Fato é gênero, que se estende a toda ação material do homem ou todo evento exterior ou natural, independente do homem. (SILVA, 2008, p. 601). Os fatos, em sentido amplo, podem ser naturais, quando ocorrem sem intervenção humana (fatos jurídicos *stricto sensu*) ou voluntários, quando decorrentes da ação do homem, recebendo nesses casos a denominação de atos. Quando produzem efeitos jurídicos, tais fatos e atos passam a chamar-se fatos jurídicos e atos jurídicos *lato sensu*. Os atos jurídicos *lato sensu*, por sua vez se subdividem em atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos e atos ilícitos. Compreende-se como fato jurídico “todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa”. (REALE, 1994, p. 198).

² A juridicização dos fatos é compreendida, neste artigo, como sinônimo da absorção ou assunção de estatuto jurídico. Afasta-se, assim, do significado de “estratégia extrajudicial por meio da qual, sem perder o referencial do Direito, se estabelecem formas de resolução de conflitos baseadas no diálogo” exposto na doutrina. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2014).

classificando-as em normas de juridicização, de pré-exclusão de juridicidade, de invalidação, de deseficacização e de desjuridicização.

Enquanto as normas de juridicização colorem os fatos do mundo para que eles ingressem no mundo jurídico, a norma de desjuridicização “enuncia que o fato jurídico vai deixar de ser jurídico, isto é, vai sair, ou desaparecer do mundo jurídico” (MIRANDA, 1970, p. 28). Ou, em outras palavras, a incidência das normas de desjuridicização tem “por consequência permitir que determinado fato jurídico seja retirado, excluído do mundo jurídico, trazendo-o de volta para o mundo fático” (MELLO, 1995, p. 73).

As normas jurídicas de invalidação, por sua vez, não retiram a juridicização do fato jurídico, “mas alcançam a sua validade”, de modo que o fato (MELLO, 1995, p. 75) não deixa de existir juridicamente, apenas perde a validade.

Contudo, Pontes de MIRANDA (1970, p. 13) segue além, explicando que, em razão da incidência de uma ou mais dessas normas, o mundo jurídico passa a ser composto por três planos: da existência, da validade e da eficácia.

Acompanhando o pensamento de Pontes de Miranda, MELLO (1995, p. 75) exemplifica as diferentes alocações dos fatos nos planos do mundo jurídico: I - fato juridicamente existente: I.1 - válido e eficaz: casamento entre homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes e realizado perante autoridade competente. Nesse caso, há uma única incidência, a da norma de juridicização; I.2 - válido e ineficaz: testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador; I.3 - inválido e eficaz: casamento putativo, em que os contraentes desconhecem o grau de parentesco em linha reta entre si; I.4 - inválido e ineficaz: revogação da doação por ingratidão do donatário³. A ingratidão é o fato jurídico que permite a desjuridicização da doação, que retorna do mundo do direito ao mundo fático: o fato que era jurídico é excluído do mundo do direito retornando ao mundo fático, desvestido de toda a sua juridicidade; outro exemplo consiste no casamento entre homem e mulher incapazes; II - fato juridicamente inexistente desde sua origem, por causa de preexclusão de juridicização: as causas de exclusão de ilicitude⁴ - estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito; o casamento entre homem e mulher capazes, sem

³ BRASIL. Código Civil, 2002, artigo 555.

⁴ BRASIL. Código Penal, 1940, artigo 23.

impedimentos dirimentes, realizado durante encenação de peça teatral. E, no caso do direito tributário, as hipóteses de não incidência, seja por atipicidade, seja por imunidade.

Destarte, é possível concluir que nas hipóteses em que há a saída do fato jurídico do plano da existência, a consequência lógica é a saída do fato dos planos da validade e da eficácia. Já nas hipóteses em que o fato jurídico sai do plano da validade, ocorre somente a saída do fato do plano da eficácia, mantida sua permanência no plano da existência. Por fim, as hipóteses em que há a saída do fato jurídico apenas do plano de eficácia não atingem sua permanência nos planos da existência e da validade.

2 O FATO GERADOR

A expressão fato gerador foi utilizada no Brasil desde a primeira sistematização do direito tributário, ocorrida com a publicação no Diário do Congresso Nacional de 7 de setembro de 1954, do Projeto nº 4.834 que “institui o Código Tributário Nacional”. Na exposição de motivos se informava que referido projeto havia sido elaborado por comissão instituída em agosto de 1953, formada Rubens Gomes de Sousa e servidores do Ministério da Fazenda, presidida por Osvaldo Aranha, então ministro, e que tomava por base o anteprojeto elaborado pelo primeiro. Encaminhado para a Câmara dos Deputados, não chegou a ser votado.

Naquele documento o fato gerador foi conceituado pelo artigo 82 como “o estado de fato ou a situação jurídica definidos por lei tributária como dando origem, por si só ou por seus resultados, efetivos ou potenciais, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente” (BRASIL, 1954).

Denominava-se fato gerador, assim, tanto a situação concreta ocorrida no mundo dos fatos, quanto a sua abstrata previsão normativa. Rubens Gomes de SOUSA (1964, p. 64) utilizou em sua obra doutrinária de 1964 a expressão fato gerador sem evidenciar a distinção, certamente por lhe parecer óbvia. Para ele, fato gerador é “justamente a hipótese prevista na lei tributária em abstrato”.

Em seu “Fato Gerador da Obrigação Tributária” redigido em 1964, Amílcar de Araújo FALCÃO (2013, p. 2) conceituou o fato gerador como “o conjunto de fatos ou o estado de fato do qual surge a obrigação tributária, em virtude da qual uma pessoa está obrigada a

realizar ao Estado o pagamento de um tributo determinado” sem considerar necessário apontar a distinção entre fato e norma.

Apesar de haver indicado a lacuna doutrinária ao afirmar ainda em 1963 que “o fato gerador não gera coisa alguma, além de confusão intelectual”, Alfredo Augusto BECKER (1963, p. 288) não logrou identificar a razão de tal ‘confusão’ que, posteriormente, seria evidenciada pela indistinção entre a descrição normativa do fato e a sua ocorrência no mundo concreto.

Tal miscelânea conceitual permaneceu por ocasião da redação da Lei nº 5.172/1966 pois, além de não constar em nenhum de seus dispositivos a diferenciação, o artigo 114 utiliza a expressão fato gerador da obrigação tributária principal para referir-se às duas acepções de fato gerador: “é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência” (do próprio fato gerador).

Somente em 1973 foi explicitada essa distinção por obra de Geraldo Ataliba em seu “Hipótese de Incidência Tributária”. A partir de então, passou-se a conceituar a hipótese de incidência tributária como “a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica contida em lei, de um fato” (ATALIBA, 2008, p. 58). Já o fato gerador, ou fato imponível, é “o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico” (ATALIBA, 2008, p. 68).

Em 1984, Souto Maior BORGES (1999, p. 20) publicou “Obrigação Tributária”, completando o ciclo “hipótese de incidência-fato gerador” com o estudo da sua consequência jurídica: o surgimento da relação jurídica tributária, a obrigação tributária. Para ele, “dado um certo antecedente normativamente previsto, um descriptor normativo (*Voraussetzung*), deve-se seguir um certo consequente, um prescriptor normativo (*Folgerung*)”.

Esclarecendo a distinção entre dever jurídico e obrigação, Souto Maior BORGES (1999, p. 38) explica que a conexão entre obrigação e dever jurídico não é uma relação entre espécie e gênero, mas uma relação entre forma e conteúdo: enquanto o dever jurídico corresponde a uma categoria formal passível de preenchimento por conteúdos diversos, a obrigação é uma categoria jurídico dogmática, incorporando um único conteúdo entre os possíveis.

Vale mencionar ainda a colaboração de Paulo de Barros CARVALHO (1981, p. 79-108) na edificação da doutrina tributária brasileira pela edição, em 1974, do livro “Teoria da Norma Tributária” estruturando a regra matriz de incidência tributária pela indicação precisa

dos elementos que compõem a descrição normativa do fato gerador, isto é, os critérios essenciais da hipótese de incidência tributária, assim como da consequência jurídica imputada.

A análise do nascimento e da morte do crédito tributário em face da inserção e da exclusão do fato gerador nos planos do mundo jurídico não pode prescindir, assim, da compreensão de que a obrigação tributária e, em sequência lógica ao lançamento, sua consequência jurídica que é o crédito tributário, consistem em relações jurídicas surgidas de cometimento normativo. Ademais, é preciso compreender que tanto a obrigação tributária quanto o crédito tributário representam relações jurídicas que se distinguem em razão dos diferentes graus de eficácia.

Partindo dessas considerações, cabe indagar em qual dos planos do mundo jurídico - existência, validade, eficácia - situa-se o crédito tributário quando atingido pelas modalidades de extinção e de exclusão, assim definidas no Código Tributário Nacional. Ou seja, quais as consequências das causas que fulminam o crédito tributário e que, neste estudo, são chamadas genericamente de causas da morte do crédito tributário?

Indaga-se, assim, o que ocorre com o crédito tributário - a relação jurídica tributária, individual e concreta, líquida e certa - frente às doze causas de extinção relacionadas taxativamente no artigo 156 do CTN: pagamento, compensação, transação, remissão, prescrição, decadência, conversão do depósito em renda, pagamento antecipado e sua homologação, consignação em pagamento, decisão administrativa irreformável, decisão judicial passada em julgado e dação em pagamento em bens imóveis? Nesse diapasão: o que ocorre, por sua vez, diante de uma das duas hipóteses da denominada exclusão do crédito previstas, também em rol taxativo, no artigo 175 do mesmo Código: isenção e anistia?

Perde o crédito apenas sua validade? Perde unicamente sua eficácia? Perde sua existência? Pretende-se demonstrar que há hipóteses em que a morte do crédito resulta exclusivamente em perda da eficácia da relação jurídica, permanecendo esta válida e existente, como se dá com a remissão. Em outras, resulta tanto em perda da validade quanto da eficácia da relação jurídica, como ocorre em razão da decisão administrativa definitiva que declara nulo por vício formal o lançamento, permanecendo ela existente, contudo. E ainda em outras hipóteses, como na decadência, a morte do crédito resulta em perda da própria existência, o que fará com que desapareçam também a validade e a eficácia da relação

jurídica. É com lastro nessas considerações que se passa a analisar os planos de existência, validade e eficácia da relação jurídica tributária.

3 O NASCIMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

As normas de direito tributário que interessam a este estudo consistem em normas de direito material, conforme classificação formulada pela doutrina alemã que diferencia o direito tributário material, relativo à obrigação tributária⁵, do direito tributário formal, integrado pelas normas disciplinadoras da atividade administrativa de aplicação das normas de direito material (XAVIER, 1998, p. 53). São normas de juridicização (MIRANDA, 1970, p. 114; MELLO, 1995, p. 72) e de conduta (FERRAZ JR., 2001, p. 165) e possuem como finalidade primordial ‘colorir’ juridicamente o suporte fático – o fato gerador – fazendo surgir a obrigação tributária.

A obrigação tributária, relação jurídica que é, decorre de um cometimento normativo em razão da incidência da norma sobre o fato (FERRAZ JR., 2001, p. 165). Em realidade, as obrigações têm por origem uma norma - a lei ou o contrato - e por consequência a criação de um “vínculo objetivo em que ocorre a exigência de uma prestação” (FERRAZ JR., 2001, p. 159). Segundo Tércio Sampaio Ferraz a obrigação tributária, assim como o crédito tributário, são relações de coordenação que preveem o dever de A - sujeito passivo/devedor - e a faculdade de B - sujeito ativo/credor - de exigir o cumprimento do dever por parte de A (FERRAZ JR., 2001, p. 165).

Por mérito de Paulo de Barros CARVALHO (2009, p. 116) foi definida a estrutura lógica da relação jurídica tributária, denominada regra matriz de incidência, ou seja, um conjunto de dispositivos legais contendo o antecedente, o fator deôntico (o dever ser) e o consequente.

Enfim, no âmbito do Direito Tributário pode-se afirmar que o sistema funciona por meio da incidência da regra matriz dando-se, logicamente, o consequente nela prescrito: a obrigação tributária (CARVALHO, 1981, p. 30). Ocorrido, no mundo dos fatos, o ‘estado de coisas’(HENSEL, 1956, p. 73) que coincide com a *fattispecie* prevista na norma, hipotética e

⁵ O direito tributário material tem por objeto o conjunto de normas que preveem as hipóteses de incidência tributária. (HENSEL, 1956, p. 72).

abstratamente, surge então a pretensão por parte do Estado. A hipótese de incidência - *fattispecie*, suporte fático, *tatbestand* - é, portanto, o pressuposto jurídico da obrigação.

Evidencia-se, assim, que a relação obrigacional preexiste ao lançamento. O ato administrativo de lançamento - *ascertament* na Itália (HENSEL, 1956, p. 157), liquidação (NABAIS, 2010, p. 317) em Portugal, *liquidation de l'impôt* na França (XAVIER, 1998, p. 3) - é regido pela lei material tributária vigente na data da ocorrência do fato gerador, denunciando a preexistência da relação jurídica à sua própria realização.

Logo, a obrigação, enquanto realidade jurídica, independe de haver ou não o lançamento. Esse é o regramento doutrinário e legal⁶ herdado pelo Brasil do Código Tributário Alemão de 1919. Para Albert HENSEL (1956, p. 156), a obrigação tributária compõe o valor do patrimônio do sujeito, pois “antes mesmo de estar o tributo numericamente determinado, pode ser objeto de garantia”, à exceção, claro, dos fatos geradores sob condição suspensiva.

Tal relação jurídica consiste em uma “relação jurídica entre duas pessoas em razão da qual uma parte (credora) possui a faculdade de pretender uma prestação da outra parte (devedora)”⁷.

Apesar de consistir em uma relação jurídica nos moldes do direito privado que vincula credor e devedor, o crédito tributário possui uma série de características particulares. A principal delas se deve à sua causa, pois enquanto a relação jurídica de direito privado decorre de um acordo bilateral de vontades, a formação da relação tributária se origina da lei e seus sujeitos e objeto não podem se afastar daqueles nela previamente fixados. A hipótese de incidência legal substitui, assim, a vontade das partes do direito privado⁸.

Em razão dessa constatação, muito se havia argumentado que a relação jurídica tributária consistiria em uma relação de poder e não em uma relação obrigacional. Todavia, o poder estatal se manifesta em um momento precedente, aquele da elaboração da lei. Existente, válida e vigente a lei tributária, as relações jurídicas a partir dela surgidas são relações obrigacionais, ainda que de direito público.

⁶ BRASIL. Código Tributário Nacional, 1966, artigo 144.

⁷ “Relazione giuridica tra due persone, per effetto della quale una parte (creditore) ha facoltà di pretendere una prestazione dall'altra (debitore)”. (HENSEL, 1956, p. 71).

⁸ “La fattispecie legale sostituisce, nel diritto obbligatorio d'imposta, la volontà del diritto privato”. (HENSEL, 1956, p. 72).

De acordo com a teoria dos graus sucessivos de eficácia, Alberto Xavier (1998, p. 588) trata do nascimento do crédito tributário compondo a dinâmica da sua constituição e exigibilidade:

Com a ocorrência do fato tributário, ela torna-se existente; no momento da prática do lançamento é formado um título, dotado de força executiva e que dá origem à relação jurídica abstrata em que se traduz o crédito tributário; neste momento – mas só nos tributos em que o lançamento precede necessariamente o pagamento – ela torna-se atendível; no momento da verificação do prazo de vencimento, torna-se exigível pelo credor e realizável pelo devedor; no momento em que se esgota o período de cobrança voluntária, sem que o pagamento tenha sido efetuado, torna-se exequível.

Em outras palavras, na obrigação tributária há relação jurídica de eficácia mínima, pois o direito subjetivo existe de um lado, assim como o dever jurídico de outro. No entanto, não há ainda possibilidade de exercício da pretensão, em razão de o direito não ser exigível. No crédito tributário há um maior grau de eficácia, uma vez que existe a possibilidade de exercício da pretensão.

Tal compreensão da questão dirimiu as dúvidas acerca da origem da relação jurídica tributária em torno da qual digladiavam as teorias constitutivistas e declarativistas, pacificando o entendimento de que o lançamento é ato declaratório da obrigação e constitutivo do crédito: “Essa consequência traduzir-se-ia na atribuição de uma dupla eficácia ao lançamento: uma eficácia declarativa da situação tributária subjacente (a obrigação tributária); uma eficácia constitutiva da situação tributária abstrata” (XAVIER, 1998, p. 568).

Não é correto, assim, pretender-se associar apenas a obrigação tributária ao conceito de *Schuld* (dever jurídico), restando para o crédito tributário, que nasce com a prática do ato administrativo de lançamento, a vinculação ao conceito de *Haftung*, decorrente do inadimplemento da obrigação, representando uma relação de responsabilidade. A primeira teria sede no artigo 113, parágrafo único do Código Tributário Nacional, a segunda, nos arts. 139 e 142 do mesmo Código. Isto porque a obrigação e o crédito consistem em relações jurídicas contendo tanto dever jurídico como possibilidade de responsabilização pelo incumprimento desse dever. Distinguem-se, apenas, quanto ao grau de eficácia.

Para Paulo de Barros CARVALHO (2009, p. 359-360) o crédito tributário é direito subjetivo de que é portador o sujeito ativo de uma obrigação tributária e que lhe permite exigir o objeto prestacional, representado por uma importância em dinheiro. Para Tercio

Sampaio FERRAZ (2001, p. 159), é o dever jurídico do sujeito passivo decorrente do vínculo criado pela obrigação.

O artigo 139 do Código Tributário Nacional limita-se a afirmar que “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta” o que quer significar que tanto a obrigação tributária principal quanto o crédito tributário são relações jurídicas, só que, no crédito, a prestação é líquida e certa, enquanto na obrigação a prestação ainda não foi liquidada. Logo, pode-se concluir que o crédito tributário é uma relação jurídica obrigacional resultante de dois outros institutos, a obrigação tributária - relação jurídica individual e concreta, ainda não líquida e certa - e o lançamento - ato administrativo pelo qual se torna líquida e certa a obrigação tributária.

Deve-se atentar, ainda, que o lançamento é ato administrativo que declara a existência da obrigação, assim compreendida a relação jurídica material, ou de eficácia mínima, que corresponde ao direito subjetivo do sujeito ativo e ao dever jurídico do sujeito passivo. Com o lançamento, por outro lado, constitui-se o crédito, relação jurídica formal, de eficácia maior.

288

Conclui-se, por fim, que o crédito tributário, vínculo jurídico entre devedor e credor, nasce com a juridicização do fato, tratando-se o lançamento de mero ato administrativo que confere maior grau de eficácia à relação jurídica tributária, permitindo o exercício da pretensão da parte ativa/credora.

4 A MORTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A morte do crédito tributário decorre de “qualquer ato ou fato que liberte o sujeito passivo (devedor) da sujeição em que se encontra ao poder jurídico do sujeito ativo (credor), fazendo desaparecer o direito deste contra aquele” (SOUSA, 1964, p. 79).

Rubens Gomes de SOUSA (1964, p. 79-80) esclarece que, apesar de o crédito tributário resultar da obrigação tributária, há autonomia relativa entre eles. O crédito tributário como realidade formal pode ser afetado sem que o seja a sua substância, a obrigação. Assim ocorre nas formas de extinção do crédito previstas no artigo 156 do CTN, como o pagamento, por exemplo, em que o crédito desaparece e, no entanto, a obrigação tributária respectiva não é afetada. Por outro lado, pode ocorrer que um crédito tributário seja formalizado sem que tenha ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Neste caso, não existe obrigação, mas apenas um crédito tributário, como realidade meramente formal.

Fulminado o lançamento por constatada sua improcedência conforme decisão administrativa definitiva ou decisão judicial transitada em julgado, perece o crédito tributário afetando, igualmente, a obrigação tributária.

A relação jurídica tributária é, por sua natureza, destinada à satisfação da pretensão do credor. Por essa razão, a forma mais comum de morte do crédito tributário se dá por exaurimento da pretensão, isto é, do direto subjetivo do credor simultaneamente com a extinção do dever jurídico do devedor.

Todavia, há outros modos pelos quais pode ocorrer a morte de uma relação jurídica qualquer. Isto porque, após ingressar no mundo jurídico pela juridicização, o fato pode: (i) ser desjuridicizado; (ii) permanecer jurídico, mas se exaurir pela satisfação; (iii) ser revogado por vontade; (iv) ter sua validade declarada nula; (v) ser anulado, ou rescindido, ou resolvido, ou resilido (MIRANDA, 1970, p. 114). No caso da relação jurídica tributária, entretanto, não cabe falar em revogação, haja vista a ausência de discricionariedade que a rege.

Dessa forma, o artigo 156 do CTN contempla doze hipóteses denominadas de causas de extinção do crédito tributário, relacionadas taxativamente: pagamento, compensação, transação, remissão, prescrição, decadência, conversão do depósito em renda, pagamento antecipado e sua homologação, consignação em pagamento, decisão administrativa irreformável, decisão judicial passada em julgado e dação em pagamento em bens imóveis. Em seu artigo 175, por sua vez, são elencadas hipóteses chamadas de causas de exclusão do crédito: isenção e anistia.

Contudo, o legislador não teve o cuidado de conceituar a extinção e a exclusão do crédito, nem tampouco de especificar, em relação a essas causas de extinção e exclusão, como estará sendo atingida a relação que fundamenta juridicamente o crédito e a obrigação.

A questão deve, portanto, ser estudada à luz da incidência das normas jurídicas - de juridicização, de pré-exclusão de juridicidade, de invalidação, de deseficacização e de desjuridicização (MELLO, 1995, p. 72) - e da pertença aos planos do mundo jurídico - de existência, validade e eficácia (MIRANDA, 1970, p. 13).

Como exposto anteriormente, nas hipóteses em que há a saída do fato jurídico do plano da existência, a consequência lógica é a saída do fato dos planos da validade e da eficácia. Já nas hipóteses em que o fato jurídico sai do plano da validade, ocorre somente a saída do fato do plano da eficácia, mantida sua permanência no plano da existência. Por fim,

as hipóteses em que há a saída do fato jurídico apenas do plano de eficácia não atingem sua permanência nos planos da existência e da validade.

Nessa perspectiva, propõe-se o seguinte esquema para exame das causas denominadas de extinção e de exclusão do crédito tributário: (i) hipóteses em que há a saída do fato jurídico (fato gerador) apenas do plano de eficácia, mantida sua permanência nos planos da existência e da validade; (ii) hipóteses em que há a saída do fato jurídico (fato gerador) do plano da validade, acarretando somente a saída do plano da eficácia, mantida sua permanência no plano da existência; (iii) hipóteses em que há a saída do fato jurídico (fato gerador) do plano da existência, acarretando em consequência a saída dos planos da validade e da eficácia. Tais hipóteses serão analisadas em sequência.

4.1 Hipóteses em que há a Saída do Fato Gerador do Plano da Eficácia

Entre as formas de extinção previstas no artigo 156 do CTN há sete hipóteses em que é previsto o adimplemento da obrigação, isto é, satisfação, ainda que parcial, da pretensão: pagamento, compensação, transação, conversão do depósito em renda, pagamento antecipado e sua homologação, consignação em pagamento e dação em pagamento em bens imóveis.

Nesses casos, permanece a juridicização do fato, mas a morte do crédito tributário decorre do exaurimento da pretensão. Representam, portanto, casos em que a obrigação tributária permanece existente, válida e, no entanto, não é mais eficaz uma vez que se exauriu a pretensão do credor, que foi satisfeita. Se assim não fosse, o pagamento do tributo, ainda que devido, geraria direito à repetição do indébito, pela desjuridicização da obrigação.

Nos casos de remissão e de prescrição dá-se extinção do crédito sem, contudo, haver o exaurimento da obrigação, pois a pretensão do credor frente ao devedor não foi satisfeita. São casos em que a obrigação não é afetada, apenas o crédito.

Deste modo, na prescrição a obrigação é mantida sem que a pretensão seja satisfeita pois, em razão do transcurso do tempo, o credor vê fulminada a possibilidade de exercê-la. Há, nesses casos, um procedimento de perda de eficácia da relação jurídica que não afeta existência ou a validade do fato jurídico, atingindo apenas seus efeitos (MELLO, 1995, p. 76).

Da mesma forma, o perdão do crédito pela remissão deixa intocada a obrigação, atingindo unicamente a eficácia da relação jurídica. Nesse caso o crédito é devido, mas é

perdoado. Reitere-se que no campo do direito tributário não cabe falar em revogação em razão da vinculação e obrigatoriedade que orientam a constituição do crédito tributário.

Nos casos até aqui analisados o crédito desaparece, porém a obrigação não é atingida por essa morte. Ela apenas é satisfeita, adimplida integralmente ou não, como no particular caso da prescrição, por ver-se impedida de ser oposta ao devedor.

Pode-se afirmar, assim, que no pagamento, na compensação, na transação, na conversão do depósito em renda, no pagamento antecipado e sua homologação, na consignação em pagamento e na dação em pagamento em bens imóveis, assim como na prescrição e na remissão, morre o crédito, porém permanece a obrigação. Se assim não fosse, em todas as vezes que se pagasse o crédito, seria possível alegar haver desaparecido também a obrigação, cabendo restituição do indébito. Dessa forma, ao pagar crédito prescrito, não pode o sujeito passivo pleitear repetição de indébito, exceto se “provar que o pagamento era indevido por alguma razão de direito” (SOUSA, 1964, p. 96).

291

4.2 Hipóteses em que há a Saída do Fato Gerador do Plano da Validade

Pode ocorrer de o sujeito passivo contestar a exigência ao optar pela via administrativa ou judicial, visando à desconstituição do crédito tributário. De outro lado, a própria administração tributária, em razão de seu poder de autotutela, pode rever o lançamento nos termos do artigo 145 do CTN.

Nessas situações, será proferida uma decisão administrativa definitiva ou uma decisão judicial transitará em julgado, conforme o caso, determinando a invalidade do crédito tributário nos termos do artigo 156 do CTN. Seja em razão de vício formal ou de erro material, o lançamento será declarado improcedente, extinguindo a pretensão do credor. Essa declaração da invalidade afetará, aditivamente, a eficácia do crédito tributário, mas não fará desaparecer o próprio fato jurídico objeto do julgamento.

4.3 Saída do Fato Gerador do Plano da Existência

Há, no campo do direito tributário, normas que preveem a desjuridicização do fato gerador: a isenção, a anistia e a decadência. O CTN prevê, em seu artigo 175, duas hipóteses de exclusão do crédito tributário: isenção e anistia.

Na isenção, há uma exclusão do “crédito”, ou seja, uma vedação legal à constituição do crédito tributário. Pois a dispensa do pagamento de crédito tributário lançado, devidamente constituído, ocorre por meio da remissão - ou perdão - que é causa de extinção do crédito tributário.

Para melhor compreensão, deve-se analisar quando há e quando não há incidência da norma sobre os fatos do mundo. A não incidência “é a situação em que um tributo não é devido por não ter ocorrido o respectivo fato gerador” (SOUSA, 1964, p. 72). A não incidência pode decorrer da atipicidade, a exemplo do piscar de olhos, fato que não corresponde a nenhuma hipótese de incidência tributária. Pode, também, decorrer da imunidade que é a determinação constitucional de não exercício da competência tributária. A imunidade é uma norma de incompetência tributária sendo por isso considerada uma exclusão ou supressão do poder de tributar. Para as pessoas, situações ou operações imunes, não há ocorrência do fato gerador. Daí porque a imunidade é chamada pela doutrina (CANTO, 1964, p. 190; COELHO, 2009, p. 141) e pela jurisprudência⁹, de “hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada”.

292

Na isenção, de outra parte, há uma dupla incidência normativa: a da lei que determina a exigência genérica sobre fato, situação ou operação e, em sequência, a da lei isentiva – também denominada lei de atenuação ou lei de exceção - que exclui ou afasta a incidência sobre o fato, situação ou operação particularizado por algum aspecto nela especificamente indicado.

Explica Luciano AMARO (2009, p. 281), “a isenção atua geralmente num sistema de par de normas, em que uma é a regra, outra é a exceção; uma é gênero (regra), a outra é espécie (excepcionada)”.

Ressalte-se que, para Rubens Gomes de SOUSA (1964, p. 72), a isenção consiste em “dispensar o pagamento de um tributo devido”. Para Souto Maior BORGES (1980, p. 182-183) a isenção corresponde a uma hipótese de não incidência legalmente qualificada. Contudo, o entendimento dos eminentes doutrinadores, apesar de respeitável, difere daquele exposto neste estudo em que se advoga a tese da dupla incidência normativa.

⁹ A distinção entre imunidade e isenção foi retratada pelo STF conforme segue: “a imunidade tributária é matéria típica do texto constitucional enquanto a de isenção é versada na lei ordinária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.006-MC).

Há, portanto, dois momentos jurídicos para a configuração da isenção: o primeiro, a previsão legal de um fato gerador; o segundo, outra previsão legal, afastando a aplicação da primeira lei sobre determinados fatos ou situações. A isenção, regulada nos artigos 176 a 179 do CTN é, portanto, uma forma de exclusão do crédito tributário por representar uma impossibilidade de existência da relação jurídica vez que sobre o fato é excluída a incidência da norma tributária.

Quando se tratar de reconhecimento de isenção, a decisão administrativa ou judicial, se for o caso, concluirá pela não incidência da lei tributária sobre determinado fato. Haverá “dois suportes fáticos: o da regra jurídica e o da regra jurídica de atenuação ou exceção. A limitação é apenas a negação do suporte fático da regra jurídica geral” (MIRANDA, 1970. P. 26). Dar-se-á, assim, além da desconstituição do crédito tributário, uma invalidação da própria obrigação, com conseqüente saída do fato dos planos da existência, da validade, e da eficácia.

A anistia fiscal é referida nos artigos 175 e 180 a 182 do CTN como exclusão do crédito tributário relativamente a penalidades. Assemelha-se à anistia penal por considerar que os fatos então considerados ilícitos, em face da edição de lei posterior, não mais o serão. As leis que concedem anistia são, assim, leis elaboradas para produzir efeitos no passado. Há, na hipótese de anistia, a exemplo da isenção, uma dupla incidência normativa: a incidência da lei vigente à época do fato infracional e, em sequência cronológica, a incidência retroativa da lei anistiadora que afasta a lei originária, excluindo o crédito decorrente da multa aplicada.

Para Rubens Gomes de SOUSA (1964, p. 90) na anistia as multas são perdoadas por lei. Parte da doutrina acompanha esse entendimento, considerando-a uma forma de remissão, perdão, ou dispensa legal do pagamento de multas (COELHO, 2009, p. 775). Luciano AMARO (2009, p. 455), por outro lado, defende que a anistia é “o perdão de infrações, do que decorre a inaplicabilidade da sanção. Não é a sanção que é anistiada; o que se perdoa é o ilícito”.

Não obstante, tais teses não são acolhidas neste estudo posto que se considera mais adequada a teoria da dupla incidência normativa. Dessarte, se determinada declaração deveria ter sido apresentada em certa data e não foi, cabe a aplicação de penalidade pecuniária pelo descumprimento da obrigação acessória. Editada uma lei que extingue a penalidade pelo descumprimento da referida obrigação – a de apresentar a declaração em certa data, por exemplo, perde o fato relevância jurídico-tributária.

A desconstituição do crédito, nesse caso, atinge também a obrigação tributária, com conseqüente saída do fato jurídico praticado pelo contribuinte – que corresponde ao fato gerador - do plano da existência e, conseqüentemente, da validade e da eficácia.

5 A DECADÊNCIA COMO HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A decadência é instituto que regula a perda de direito em razão do transcurso do tempo: *jus non succurrit dormientibus*. É prevista no artigo 156 do CTN como modo de extinção do crédito tributário, juntamente com a prescrição.

Distingue-se a decadência da prescrição, pois na primeira opera-se a perda do direito material e na prescrição dá-se a perda do direito da ação que assegura o direito material¹⁰. Ambas são aspectos da morte do crédito tributário particularizados, entre outras razões, por não ocorrer a satisfação da pretensão do credor.

Ocorre a decadência quando a Fazenda Pública não constitui, por intermédio do lançamento e depois de nascida a obrigação, o crédito tributário. Segundo o então Ministro Moreira Alves (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1982), “*o direito de lançar é um direito potestativo modificativo*” pois o fisco transforma a obrigação tributária ilíquida em obrigação tributária líquida, isto é, no próprio crédito tributário. Ressalte-se que o STJ¹¹ já pacificou o entendimento, relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, que a apuração e declaração do débito pelo próprio contribuinte constitui o crédito, prescindindo de lançamento e contando-se apenas o prazo prescricional. Relativamente aos tributos sujeitos a lançamento de ofício e por declaração, a constituição do crédito se dá pela ciência válida do sujeito passivo, seja por meio de notificação de lançamento ou de auto de infração.

Em outras palavras, a decadência ocorre quando o Fisco não apura, por intermédio do lançamento, depois de nascida a obrigação, o crédito tributário. Por essa razão, diz-se que o lançamento é ato declaratório da obrigação tributária e constitutivo do crédito tributário. Porém, enquanto a prescrição atinge unicamente o direito de exigir o crédito, a decadência atinge o próprio direito material a esse crédito, eliminando a obrigação tributária por atingir o fato gerador que a criou. Há na decadência, portanto, a saída do fato jurídico praticado pelo

¹⁰ SOUSA, 1964, p. 95.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 436. *A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco.*

contribuinte – que corresponde ao fato gerador - do plano da existência e, conseqüentemente, da validade e da eficácia.

Seguindo o esquema da alocação nos planos do mundo jurídico¹² já exposto anteriormente, os fatos do mundo podem ser assim caracterizados: I - fato juridicamente existente: I.1 - válido e eficaz; I.2 - válido e ineficaz; I.3 - inválido e eficaz; I.4 - inválido e ineficaz; II - fato juridicamente inexistente desde sua origem, por causa de preclusão de juridicização.

Viu-se que há hipóteses, como no pagamento, na compensação, na transação e na dação em pagamento, em que a morte do crédito decorre da satisfação total ou parcial da pretensão. Já na prescrição, na decisão administrativa definitiva e na decisão judicial transitada em julgado, também se dá a morte do crédito ainda que não tenha havido o cumprimento da prestação e a satisfação da pretensão. Em quaisquer dessas situações, entretanto, mantém-se íntegro o dever jurídico que deu origem ao crédito, saindo a relação unicamente dos planos da validade e/ou da eficácia, conforme o caso.

Há hipóteses em que a morte do crédito é consequência do desaparecimento do próprio dever jurídico, como ocorre nos casos de isenção e de anistia. Nesses casos, a relação obrigacional deixa de se fundar em qualquer vínculo jurídico, saindo do plano da existência. É o que ocorre igualmente na decadência, em que há a perda do próprio direito material. Ou seja, o fato jurídico deixa de revestir-se da condição de fato gerador, pois não é mais capaz de gerar qualquer obrigação e, conseqüentemente, nenhum crédito tributário.

A decadência, portanto, torna o fato juridicamente inexistente e, por decorrência, inválido e ineficaz. Ressalte-se que igual fenômeno ocorre com a isenção e a anistia, visto que, nesses casos, o fato que gerou a obrigação deixa de existir em razão da lei isentiva e da lei anistiadora, respectivamente. Mister observar ainda que, na prescrição, o fato também se torna juridicamente inexistente e ineficaz, porém permanece válido até porque somente o direito de ação é atingido.

Enfim, é possível concluir que nas hipóteses em que há a saída do fato jurídico do plano da existência – isenção, anistia e decadência - a consequência lógica é a saída do fato dos planos da validade e da eficácia. Já nas hipóteses em que o fato jurídico sai do plano da validade, ocorre somente a saída do fato plano da eficácia, mantida sua permanência no plano

¹² Pelo artigo 7º do Ato Complementar nº 36/1967 (BRASIL, 1967).

da existência. Por fim, as hipóteses em que há a saída do fato jurídico unicamente do plano de eficácia não atingem sua permanência nos planos da existência e da validade.

Em que pese não haver sido essa a escolha do legislador, posto que tanto no projeto do código tributário elaborado em 1954 (artigo 118, inciso IV), quanto por ocasião da edição da Lei nº 5.172/1966 (art. 156, inciso V), a decadência constou como causa de extinção do crédito, acredita-se haver sido demonstrado mediante a presente análise crítica que a decadência é hipótese de exclusão do crédito tributário.

Resumindo, pode-se elaborar o seguinte esquema referenciado à morte do crédito tributário para associar a decadência à exclusão do crédito tributário, ao lado da isenção e da anistia.

Tabela - Morte do crédito tributário		
Instituto	Efeitos sobre os planos do mundo jurídico	Efeitos sobre o crédito tributário
Isenção Anistia Decadência	Saída do plano da existência e, por consequência, dos planos de validade e eficácia	Exclusão do crédito tributário: morte do crédito, atingindo também obrigação tributária e excluindo o fato jurídico do mundo da incidência
Decisão administrativa definitiva favorável ao sujeito passivo Decisão judicial transitada favoravelmente	Saída do plano da validade e, por consequência, do plano da eficácia. Permanência no plano da existência	Extinção do crédito: morte do crédito, atingindo também a obrigação tributária sem excluir o fato jurídico do mundo da incidência
Pagamento Compensação Transação Conversão do depósito em renda Pagamento antecipado e sua homologação Consignação em pagamento Dação em pagamento em bens imóveis Remissão Prescrição	Saída do plano da eficácia. Permanência nos planos da existência e da validade.	Extinção do crédito: morte do crédito, atingindo também a obrigação tributária sem excluir o fato jurídico do mundo da incidência

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Isonções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/editor/submission/72446>>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Projeto 4.834, de 1954. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07SET1954.pdf#page=11>>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Ato Complementar 36, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-36-67.htm#art7>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 436. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?vPortalArea=471>>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.006-MC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo_bd.asp?item=%201420>. Acesso em: 05 abril 2017.
- _____. Embargos no Recurso Extraordinário 94.462. Rel. Min. Moreira Alves. J. Acórdão de 06 de outubro de 1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39289>>. Acesso em: 05 abril 2017.
- CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Temas de direito tributário*. v. III. Rio de Janeiro: Alba, 1964.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.



_____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito tributário*. Fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. São Paulo: Noeses, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Curso online de argumentação jurídica. 2014. Disponível em: http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/verbetes/verbetes5/juridicizacao.htm. Acesso em 22/06/2015.

HENSEL, Albert. *Diritto tributario*. Milão: Sott. A. Guffrè, 1956.

JARACH, Dino. *O fato imponible*. Teoria geral do direito tributário substantivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1964.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUHR, Andreas von. *Teoria general del derecho civil aleman*. Volumen II. Los hechos jurídicos. Buenos Aires: Depalma, 1947.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento*. Teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Submissão: 05/04/2017

Aceito para Publicação: 06/07/2017



AS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E O DIREITO DE PROPRIEDADE

GEOGRAPHICAL INDICATIONS AND PROPERTY RIGHTS

Junior Cesar Bueno e Freitas*

RESUMO: Este artigo debate a natureza jurídica das indicações geográficas no contexto do direito de propriedade. Discutem-se as teorias de Demolombe, Kant, Proudhon, Pufendorff, dentre outros, que levaram a incluir o direito de propriedade no rol dos direitos reais, sem desconsiderar a dicotomia entre domínio e propriedade. Com base nesta dialética, debate-se a natureza jurídica da propriedade imaterial, em suas diversas classificações, que possibilitariam inserir o instituto das indicações geográficas, considerando-se neste trabalho as indicações de procedência e as denominações de origem, dentro de um sistema amparado pelo domínio universal e pelos direitos do conhecimento. Este trabalho é o resultado de uma pesquisa doutrinária embasada no método crítico dialético.

ABSTRACT: This paper debates geographical indications regarding to its legal concept and property rights. It discusses theories developed by Demolombe, Kant, Proudhon, Pufendorff, among others, that led to include property rights in the bundle of rights list, without ignoring the dichotomy between domain and property. Based on dialectic, it talks about legal concept of intangible property in its different sorts, which would make possible to understand the Institute of geographical indications, such as protected designation of origin and protected geographical indication, within a supported system by universal dominion and knowledge of rights. This work results from doctrinal research made on dialectical critical method.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Agrário. Propriedade Intelectual. Indicações Geográficas.

KEYWORDS: Agrarian Law. Intellectual Property. Geographical Indications.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Teorias Sobre a Natureza Jurídica da Propriedade. 2 As Indicações Geográficas e o Direito de Propriedade. 3 Natureza Jurídica das Indicações Geográficas. Conclusão. Referências.

300

INTRODUÇÃO

Com base em pesquisa doutrinária, subsidiada pelo método crítico dialético, foi concebido este artigo, que busca discutir a natureza jurídica das indicações geográficas.

O tema deste trabalho está associado aos fundamentos teóricos-filosóficos da experiência jurídica. Discute-se as teorias mais importantes que amparam a natureza da propriedade. Em um discurso cronológico se estabelece um confronto crítico sobre a natureza jurídica das indicações geográficas que é dialeticamente confrontada ao direito de propriedade.

A regulação das indicações geográficas é estabelecida na Lei de Propriedade Industrial e tem sido objeto de relevantes discussões na doutrina estrangeira e no Brasil, desde Pontes de Miranda, que comentava este instituto do antigo Código de Propriedade Industrial.

* Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Consultor da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) junto ao Ministério da Justiça, no período de 2014. Advogado e professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Escola Superior Associada de Goiânia (ESUP/FGV), Goiânia.

As indicações geográficas é uma figura impar no rol da propriedade intelectual, dos direitos do conhecimento ou mesmo, sob a vertente da classificação brasileira da denominada propriedade industrial, em que é regulamentada na Lei nº 9.279/1996.

A lei brasileira define o instituto das indicações geográficas (IG) sob a forma de indicação de procedência (IP) e denominação de origem (DO). Sob o aspecto legal, o art. 177 da Lei de Propriedade Industrial define a indicação de procedência como: “o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço”¹.

Já o art. 178 concebe a denominação de origem como: “o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos”².

As indicações geográficas, protegidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio, têm se destacado como um fator de essencial importância para as matrizes estratégicas do comércio internacional, principalmente de produtos ligados à agricultura, à pecuária e ao extrativismo. São conhecidas em todo o mundo como ferramentas utilizadas pelos países europeus, principalmente, França, Portugal, Itália, Grécia e Espanha, para a valorização de seus produtos no mercado internacional.

São exemplos do rol concebido sob a forma de indicações geográficas as denominações de vinhos como *Champagne*, *Porto* e *Chianti*; de queijos como o *Roquefort*, *Vacherin-mont-d'or*, *Camembert de Normandie*, além de outras frutas, legumes e produtos transformados reconhecidos internacionalmente. A título de exemplo, podem ser citadas no Brasil as indicações de procedência (IP): Vale dos Vinhedos (vinhos), Região da Serra da Mantiqueira de Minas Gerais (café). Também as denominações de origem (DO): Litoral Norte Gaúcho (arroz) e Ortigueira (mel).

Embora seja um instituto jurídico bastante antigo, pois em 1716 o Grão-Duque da Toscana tenha determinado a demarcação da região produtora do vinho *Chianti* e em 1756 a Companhia da Agricultura das Vinhas do Alto Douro, com a finalidade de assegurar a

¹ BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, de 15 de maio 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9279.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

² Idem.

qualidade de seus vinhos e coibir adulterações, efetuou a primeira demarcação das feitorias da Região do Douro (Portugal), o instituto das indicações geográficas, efetivamente, inicia-se no Brasil a partir do ano 2000 com o pedido de reconhecimento do Vale dos Vinhedos (Serra Gaúcha) como indicação de procedência. Desde então as indicações geográficas têm despertado interesse no Brasil.

Dados coletados junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, em 2012 apresentavam o registro efetivo de 3 denominações de origem nacionais e o registro de reconhecimento de 3 denominações de origem internacionais (já reconhecidas nos países de origem más que buscam a proteção contra os similares nacionais), e de outras 15 indicações de procedência.

Em 2016, o INPI apresentou o registro de 9 denominações de origem nacionais e 8 estrangeiras. Com relação à indicação de procedência, o resultado foi de 39 registros concedidos. Em termos percentuais, os dados comparativos colhidos em 2012 com as informações atuais, apresentaram um crescimento real de 183% em relação às denominações de origem e de 160%, em relação à Indicação de procedência.

A discussão suscitada neste artigo busca compreender a natureza jurídica das indicações geográficas, inseridas no âmbito dos direitos sobre a propriedade industrial, mas que tem imensa aplicação na indústria de transformação primária e que tem despertado atenção e se tornado objeto de estudo do Direito Agrário.

1 TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE

A gênese da propriedade se desenvolve a partir do direito privado romano, no direito canônico e finalmente no direito civil, mas sempre conservando as suas bases jus filosóficas.

Indaga-se primeiramente, se seria a propriedade um direito real em sua essência?

Em princípio seria uma pergunta impertinente, pois a codificação civil brasileira herdeira da tradição civilista francesa, como direito real a define. Desde o Código Bevilacqua até o Código Civil de 2002, conforme está alicerçado no artigo 1.225. Entretanto uma análise sobre o domínio e o direito de propriedade se faz necessária, mesmo que em rápidas linhas, para se entender a relação intrínseca entre ambos em um contexto ontológico.

A concepção sobre direitos reais do séc. XIX, que deu origem ao conceito que conhecemos nos dias atuais, formou-se a partir da evolução histórico-jurídica, oriunda da “escola de bolonha”³, iniciada no séc. XI, e de seus glosadores, a partir do séc. XII.

Segundo Moreira Alves, os juriconsultos romanos não faziam a distinção entre direitos reais e pessoais no plano material, mas apenas no plano processual por meio da *actio in rem* (ação real) e da *actio in personam* (ação pessoal). Na ação real o autor afirmava o seu direito sobre a coisa, sendo oponível *erga omnes*, entretanto o réu somente era conhecido no momento da violação do direito subjetivo, pois havia um dever geral de abstenção. Na ação pessoal, o autor reclamava contra obrigação em que o réu deixara de cumprir, pois sendo devedor, era o único que se obrigava a satisfazer o direito subjetivo. Direitos reais para os romanos seriam, portanto, os direitos que se violados ensejariam a utilização da *actio in rem*.⁴

No direito privado romano os direitos reais agrupavam-se em duas categorias. De um lado o direito de propriedade e de outro, os direitos sobre coisa alheia (*iura in re aliena*), ou direitos reais limitados⁵. Esses direitos tiveram conotações distintas no direito clássico e no direito justinianeu⁶.

O direito clássico considerava *iura in re aliena: as servites* (mais tarde denominadas de servidões prediais), *o ususfructus* (usufruto), *o usus* (uso), *o pignus datum* (penhor), e *o pignus conuentum* ou *hypotheca* (hipoteca).⁷

No direito justinianeu foram incorporadas à *iura in re aliena: a emphyteusis* (enfiteuse) e as *superficies* (superfícies). As *servites* passaram a abranger as servidões, que vinham do direito clássico e que mais tarde foram denominadas “servidões prediais”. Neste período, na categoria de “servidões pessoais”, agruparam-se: *usufructus* e *usus*, *habitatio*; *operae seruorum* (serviço de escravos), e as *operae alterius animalium* (serviços de animais e outrem), que surgiram como direitos reais autônomos.⁸

³ Para maiores aprofundamentos sobre a *escola de bolonha* e as Glosas Ordinárias, recomenda-se a leitura de: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 38-59.

⁴ Vide ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 258.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 258-259.

⁶ Na história do Direito Romano, designa-se como *direito clássico* o período compreendido entre 126 a.C., até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C. *Direito Justinianeu* é a designação dada ao direito vigente no reinado de Justiniano, de 527 a 565 d.C., compreendido historicamente dentro do período denominado *direito pós-classico* ou *romano-helênico*, de 305 d.C a 565 d.C. (vide ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 2).

⁷ Vide ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 259.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 259.

Max Kaser fala que a antiga propriedade romana incluiu antecedentes dos direitos reais limitados e que:

A propriedade romana primitiva da época rural é uma manifestação do amplo poder doméstico que o *paterfamilias* tem que ter sobre determinadas pessoas (a *patria potestas* sobre os filhos de família, a *manus* sobre a mulher), quer sobre os bens materiais. Apesar de, neste período, não haver ainda um nome que designe o poder sobre as COISAS, é entendido como distinto do poder sobre as pessoas.⁹

Antes do séc. XII, a concepção sobre direitos reais e pessoais não existia sob a forma de direitos materiais, mas apenas sob uma classificação subjetiva, mais condizente com as necessidades da época para a satisfação dos direitos porventura ofendidos.

A construção histórico-jurídica que se busca demonstrar, evidencia, que tanto a categoria de direitos reais ou pessoais, quanto o direito de propriedade (originalmente concebido sob a forma de bens corpóreos) foi uma construção sobre a qual se chegou a um consenso, diga-se limitado, e que não é tido por absoluto, mesmo nos dias atuais.

Para Washington de Barros, os romanos jamais chegaram a arquitetar uma teoria sobre os direitos reais, tanto que as expressões *jus in re* e *jus ad rem*, empregadas para distinguir os direitos reais dos pessoais, surgiu primeiramente no direito canônico do séc. XII, com o intuito de designar direitos patrimoniais de natureza diversa, vindo a se incorporar, posteriormente, nas legislações modernas.¹⁰

O direito civil da primeira metade do séc. XIX compreendia a propriedade como direito exclusivo e absoluto de uma pessoa sobre as coisas materiais. Essa compreensão se incorporou ao Código Civil dos Franceses¹¹, que serviu de modelo para as modernas codificações de tradição latina. A ideia jurídica de direito de propriedade passou a se concentrar em uma classificação que lhe desse primazia em relação aos demais direitos¹².

⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 137.

¹⁰ Vide MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8-9.

¹¹ Article 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens. (FRANCE. Code civil des français: édition originale et seule officielle. A Paris, de l'Imprimerie de la République An XII 1804, p. 134. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2016).

¹² A primazia que erigiu o direito de propriedade como o mais característico dos direitos reais, a ponto de integrar as codificações nacionais modernas, ao final do séc. XVIII, como direito absoluto, parte de uma concepção filosófica complexa, que deve ser analisada a partir da leitura das obras de Santo Tomas de Aquino, São Basílio, Bartolomé de Las Casas, Lock e Voltaire, principalmente. Essa análise é bem fundamentada pelo prof. Carlos Frederico Marés (MARÉS, Carlos Frederico. *Função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003). Obra que se recomenda para maiores aprofundamentos.

Segundo Demolombe, a propriedade era arquétipo dos direitos reais: “a propriedade é evidentemente o primeiro e o mais completo dos direitos reais; é direito real por excelência”¹³.

Para Christophe Grzegorzcyk é o proprietário quem caracteriza o sujeito de direito e não a subjetividade jurídica que caracteriza o proprietário. Grzegorzcyk Reafirma as clássicas lições de Demolombe que atribuía ao sujeito de direito uma característica essencialmente ativa enquanto o objeto de direito seria necessariamente passivo, o que definiu uma análise do dualismo antológico que Demolombe atribuiu ao sujeito de direito e ao objeto jurídico:

O direito real é aquele que cria entre a pessoa e a coisa uma relação direta e imediata; de modo que pode ser encontrado dois elementos, a saber: a pessoa, que é o sujeito ativo de direito, e a coisa, que é o objeto.

Ao contrário, chamamos de direito pessoal, aquele que cria somente uma relação entre a pessoa, a qual detém o direito, e outra pessoa que se obriga perante aquela, por causa de uma coisa ou de um fato qualquer; de modo que encontramos três elementos, a saber: a pessoa que é o objeto ativo de direito (o credor); a pessoa que é o sujeito passivo (o devedor); e a coisa (ou o fato) que é o objeto. (Tradução nossa)¹⁴

305

Em essência, Mikhaïl Xifaras, ao discorrer sobre a natureza dos direitos reais e pessoais, nos mostra que em relação à sua natureza jurídica, nada de novo foi implementado desde o séc. XIX. Para Xifaras o direito real é um direito imediato e direto de uma pessoa sobre uma coisa, enquanto o direito pessoal é essencialmente ternário, pois ocorre entre duas pessoas consideradas, uma ativa e outra passiva, em relação ao objeto de direito.¹⁵ Essa dualidade entre a pessoa e a coisa, na qual se desejava estabelecer a relação jurídica de direito real, era objeto de análise desde o séc. XVIII. Immanuel Kant dentre outros, entedia ser contraditória estabelecer tal afinidade no direito de propriedade. Kant Indagava: “como uma

¹³ DEMOLOMBE, Charles. *Traité de la distinction des personnes et des biens. Cours de Code Napoléon*. Tomo IX. Paris: Durand, 1870, n. 471, p. 352, *apud* XIFARAS, Mikhaïl. *La propriété: étude de philosophie de droit*. Collection Fondements de la Politique. Paris: Press Universitaires de France, 2004, p. 28 .

¹⁴ “Le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose une relation directe et immédiate; de telle sorte qu’on ne trouve que deux éléments, savoir: la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l’objet. On appelle au contraire droit personnel, celui qui crée seulement une relation entre la personne, à laquelle le droit appartient, et une autre personne qui est obligée envers elle, à raison d’une chose ou d’un fait quelconque; de telle sorte que l’on trouve trois éléments, savoir: la personne qui est le sujet actif du droit (le créancier); la personne qui en est le sujet passif (le débiteur); et la chose (ou le fait) qui en est l’objet.” (Charles DEMOLOMBE, Charles. *op. cit.*, (n. 464, p. 336) *apud* XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, 2004, p. 29).

¹⁵ Vide XIFARAS, Mikhaïl. *La propriété: étude de philosophie de droit*. Collection Fondements de la Politique. Paris: Press Universitaires de France, 2004, p. 30.

relação jurídica pode unir uma pessoa com uma coisa, incapaz por definição de qualquer relação jurídica que fosse?”¹⁶.

À par das ideias de Kant e Planiou sobre a natureza jurídica da propriedade, Demolombe estruturara a sua teoria com base no modo de aquisição da propriedade, onde se adquire direito real por alienação e direito pessoal, por obrigação. Que a propósito, concebera por obrigação apenas as relações derivadas de um contrato, de um quase contrato, de um delito, de um quase delito ou da lei.

Demolombe torna-se principal expoente da doutrina clássica, sob a qual o Direito real é absoluto oponível *erga omnes*, enquanto o direito obrigacional é relativo a uma pessoa determinada¹⁷.

Sempre tentando encaixar a propriedade de forma a se tornar um direito absoluto, “Demolombe fez todos os esforços para definir a propriedade como o poder de uma pessoa sobre a coisa”¹⁸.

A melhor maneira de tornar absoluto o direito de propriedade, na concepção do séc. XIX, seria enquadrá-la sob a forma de direitos reais. Essas questões implicariam em uma análise sobre domínio, porém a tradição francesa do direito civil, ao que nos parece, sempre encontrou dificuldades para caracterizá-lo e distingui-lo em relação à propriedade.

Essa situação reafirmava o que propunha a doutrina clássica sob a qual o Direito real é absoluto oponível *erga omnes*, enquanto o direito obrigacional é relativo a uma pessoa determinada¹⁹.

Ao comentar que a definição de domínio dada pelo artigo 544 do Código de Napoleão rigorosamente era uma definição de propriedade, Proudhon explicava que a diferenciação entre domínio e propriedade sempre foi uma questão árdua de ser enfrentada. Considerava

¹⁶ Vide KANT. Introduction, § III. *Doctrine du droit, Métaphysique des moeurs*. Tradução francesa de A. Renaut. Paris: GF, 1994 (1795), p. 29, *apud* XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, 2004, p. 30 (tradução nossa). - O jurista francês Marcel Planiol continuou a inquietação proposta por Kant e o debate com a escola clássica do direito civil. Washington de Barros relata que Planiol não admitia a relação jurídica entre pessoa e coisa, entendendo que no direito de propriedade, a relação jurídica somente poderia se estabelecer entre pessoas. (PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*. 12. Ed. v. 1, n° 2.158 *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.*, 2000, p. 9.)

¹⁷ XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, 2004, p. 32.

¹⁸ XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, 2004, p. 43

¹⁹ XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, 2004, p. 32.

esse enfrentamento como uma distinção metafísica e que domínio e direito de propriedade são confusos, mesmo na linguagem da lei.²⁰

Charles Toulliers, outro teórico do séc. XIX, entendia que o domínio era ligado à pessoa, ao passo que a propriedade estaria ligada diretamente à coisa. O que o levava a crer que domínio e propriedade eram termos correlatos; um sendo o direito ativo de dispor, enquanto o outro, uma qualidade passiva que segue à coisa, sempre à disposição do proprietário. Essa distinção que para Pufendorff era sem uso prático, servia para responder teoricamente a natureza do direito de propriedade.²¹

Defendendo que o direito de propriedade seria uma relação pessoal e não real, Ricardo Aronne nos conduz a refletir sobre a divergência ontológica do direito de propriedade sobre a concepção da civilística clássica. Para Aronne, “a propriedade instrumentaliza o domínio”²² e sua oponibilidade *erga omnes* seria uma característica de direito pessoal e obrigacional, na medida em que, o direito de propriedade é oponível contra todos para o pleno exercício do domínio.

Domínio e propriedade seriam institutos complementares e autônomos, mas as feições atribuídas à propriedade estariam mais condizentes com uma assunção de direitos pessoais, em razão do direito de exclusão, pois o proprietário exclui todos os demais que disputam o direito de *usar, gozar e dispor* do bem.

Segundo José Serpa de Santa Maria, “a propriedade significa que a coisa está reservada somente ao proprietário, de forma que os demais sem direito, não podem subtraí-la ou retê-la, nem perturbá-la ou prejudicar de outro modo o exercício de seu domínio real [...]”²³. O conceito revela que o direito de propriedade possui um aspecto interno de feições

²⁰ “Mais malgré cette distinction qui, dans le langage métaphysique paraît fort juste, souvent le domaine et le droit de propriété sont confondus et pris l’un pour l’autre, même dans le langage des lois: c’est ainsi que, rigoureusement parlant, c’est plutôt la définition du domaine que celle de la propriété qui nous est donnée dans l’article 544.” (DEMOLOMBE, Charles. *Traité de la distinction des personnes et des biens. Cours de Code Napoléon*. Tomo IX. Paris: Durand, 1870, n. 443, p. 462, *apud* XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, p. 94)

²¹ “Et par le domaine, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, droit qu’ils regardent comme l’effet de la propriété; de sorte que selon eux, le domaine est attaché à la personne, au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs; l’un serait le droit actif de disposer, l’autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire.” “Cette distinction trop subtile, comme l’a fort bien observé Pufendorff, ne peut être d’aucun usage dans la propriété; mais en théorie, elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété.” (TOULLIER, Ch.-M. *Droit civil français suivant l’ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*. v. III. Paris: Renouard, 1839, n° 83, p. 55, *apud* XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, p. 94).

²² ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 136.

²³ SANTA MARIA, 1991, p. 53 *apud* ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 155. (tradução nossa).

econômicas²⁴ e outro externo de feições jurídicas²⁵. O aspecto interno revela os poderes que o proprietário detém sobre a coisa. Poderes tradicionalmente exercidos pelo *jus utendi*, *jus fruendi et jus disponendi* que identificam a fluência econômica sobre o bem. As feições externas exibem o poder de exigir a abstenção de terceiros em relação à propriedade.

As feições interna e externa da propriedade revelam uma dicotomia entre o tratamento que se aplica em relação à coisa e o tratamento que se espera em relação às pessoas, um de caráter real e outro de caráter pessoal. Esse tratamento conduziu a doutrina a uma bifurcação que ora identifica integralmente o domínio com a propriedade, numa condição de sinonímia, ora identifica o domínio com caráter, conteúdo e profundidade completamente diversos da identificação que se confere à propriedade. Situação que Proudhon, considerava uma distinção metafísica e que Pufendorff entendia ser eminentemente teórica, sem finalidade prática.

Comparando-se o artigo 527 do revogado Código Civil Brasileiro de 1916 com a redação do artigo 1.231 do Código Civil de 2002, verifica-se que subsiste a identidade entre domínio e propriedade. Alia-se a esse fato a elevação axiológica da propriedade a uma condicionante, presente no ordenamento constitucional, que promove uma funcionalização do direito de propriedade, denominado de princípio constitucional da função social.

A partir dessa funcionalização da propriedade, observou-se que o emprego da característica tida como absoluta, conferida aos direitos reais pela escola clássica do direito civil deixou de ter sentido pois, a propriedade passou a integrar o Estado Constitucional e os princípios inerentes ao bem estar social e a justiça social e distributiva.

Ao se conceber o direito de propriedade como direito pessoal, a propriedade revela-se no exercício de uma relação entre pessoas, onde o sujeito passivo é indeterminado. A coletividade tem o dever jurídico de se abster de atos que atentem contra a coisa alheia. A relação não se dá entre o proprietário e o objeto, mas entre o sujeito ativo e a coletividade, no sentido de se proteger das perturbações que terceiros possam exercer sobre o objeto.

Característica desse fato decorre da reivindicação sob a forma de exercício de pretensão material excludente em relação às pessoas e não em relação direta com o objeto. Aronne nos fala que haveria uma prestação, onde o “proprietário é credor de uma obrigação

²⁴ Vide TEPEDINO, 1997, p. 311 *apud* ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 59-60.

²⁵ ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 59-60.

passiva universal, e uma *obligatio* por parte dos demais indivíduos e Estado, de respeito e não de ingerência no bem”²⁶.

Arnoldo Wald chega a afirmar que “não existe relação jurídica, no direito de propriedade antes da lesão contra ele perpetrada, mas apenas sujeição da coisa à vontade do proprietário”²⁷. Em outras palavras, a propriedade exclui.

O domínio, por sua vez, tem por objeto a coisa e as faculdades dela decorrente, ambas com natureza real, enquanto a propriedade teria natureza pessoal.

Ricardo Aronne faz uma análise histórica do domínio e da propriedade a partir de estudos do romanista Eugène Petit²⁸, que baseando-se numa comparação entre textos romanos originários e glosas medievais, concluiu que o axioma *ius in re aliena* atribuído à propriedade, na verdade tratava-se de uma relação obrigacional²⁹.

Aronne apresentou um exemplo sobre o qual o proprietário de um terreno ribeirinho deveria tolerar o uso público de suas margens. Concluiu que esta seria uma obrigação de suportar e que, por não se tratar de uma servidão, não se inseriria no âmbito real. O proprietário poderia usar, fruir e dispor da integralidade do bem, revelando possuir completo domínio sobre o mesmo (*dominium est in plena re potestas*), apesar de não poder opor seu direito *in personam*, para obstar o uso público da referida margem³⁰. Assim haveria uma funcionalização da propriedade e não do domínio, cuja oposição deste estaria congelada pela propriedade.

O exemplo ilustra os limites intersubjetivos da obrigação passiva universal de que outros, inclusive o ente público, se abstivessem de perturbar o exercício em substância do direito, de usar, fruir e dispor da coisa.

Há de se concluir que o problema de limitação ao exercício da propriedade não seria objeto de direito real, ao passo que os poderes de domínio (usar, fruir e dispor) estariam todos à disposição do senhorio, que poderá exercê-los livremente em relação à coisa, inclusive transferindo-os a terceiros, porém guardando a limitação imposta pelo ente público ao exercício da propriedade.

²⁶ ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 94.

²⁷ WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 10. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 98.

²⁸ PETIT, 1892, p. 240 *apud* ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 103.

²⁹ Vide ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 103.

³⁰ ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 102-103.

Para Aronne, o domínio seria: “complexo de todos os direitos possíveis no bem, próprio ou de outrem, materializados nas respectivas relações entre o titular e o bem da vida objeto deste”³¹.

O domínio em sua natureza seria um direito real por excelência, embora não integre a codificação com esse sentido. Parte das relações existentes entre o indivíduo e o objeto de onde se emerge o exercício dos direitos dominiais.

Sob esse enfoque, torna-se bem nítido que a natureza do domínio é de direito real, enquanto a da propriedade seria de direito pessoal, embora a lei assim não entenda, tanto que a codificação civil excluiu o domínio da legislação material e deu *status* de direito real à propriedade.

2 AS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E O DIREITO DE PROPRIEDADE

As teorias do sec. XIX, que embasavam o direito de propriedade como direito real, foram construídas em cima do postulado de que a propriedade era constituída por bens tangíveis. Pontes de Miranda ao analisar os direito reais sobre bens incorpóreos relatou que “o substrato filosófico dos juristas gregos e romanos e dos próprios juristas medievais e pós-medievais não lhes permitia que vissem haver *res incorporales* que podia ser objeto de direitos reais”³².

Os direitos sobre coisas incorpóreas e bens imateriais surgem a partir do séc. XX, e ainda é uma tarefa árdua para a doutrina enfrentá-los com o discurso do direito de propriedade. Poucos civilistas o fizeram com maestria e muitos se calaram diante de uma incógnita: como poderiam direitos de uma mesma natureza ser tidos como exceção?

A resposta a esta pergunta, até os dias atuais, possui uma dubiedade impar. Ao se considerar o direito de propriedade como direito real como seria possível explicar que as características dos direitos reais não se aplicam totalmente aos direitos sobre bens intangíveis.

Dentre as características principais dos direitos reais de caráter originário, destaca-se a característica de ser suscetível de posse e de ter por um dos meios de aquisição a usucapião. Algumas dessas características não se encaixam na propriedade imaterial ou intelectual. O que

³¹ Vide ARONNE, Ricardo. *op. cit.*, p. 115.

³² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. v. 60. Tomo XVI. Parte Especial. São Paulo: RT, 1983, p. 377.

torna intrigante a sua limitação como direito real, pois se são direitos de propriedade deveriam assumir as mesmas características da origem.

Ao discorrer sobre a propriedade intelectual, Pontes de Miranda chegou a afirmar que “a claridade a que a ciência chegou, no tocante à propriedade intelectual, serviu para que se iluminassem os caminhos, por vezes obscuros, que os juristas percorriam, no trato da propriedade industrial (criações industriais e sinais distintivos)”³³. Ele considerava o bem intelectual como objeto de direito real, independentemente de qualquer formalidade. Entendia que as criações industriais somente tornavam-se objeto de direito real após serem patenteadas, excetuando as “indicações de proveniência”³⁴ e os sinais distintivos, que se tornariam objeto de direitos reais após o registro.³⁵

A excepcionalidade desses direitos pode ser observada, inicialmente, por não serem suscetíveis de posse, ao passo que a propriedade móvel ou imóvel sobre bens tangíveis é suscetível de apossamento independentemente de se haver constituído direito dominial ou de propriedade.

Tais exceções têm levado a posicionamentos que colocam a propriedade intelectual na categoria de novos direitos, pois a apropriação de bens imateriais ocorre de forma diversa da apropriação de bens materiais. Situação que segundo Xifaras e Renouard, possibilitaria a discussão de uma forma alternativa de propriedade.³⁶

³³ MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, Tomo XVI, p. 377.

³⁴ Indicações de proveniência, indicações de procedência e denominações de origem, são conceitos distintos, mas que devido a uma imperfeição da linguagem legislativa veio a causar demasiada confusão na doutrina. O conceito de indicação de proveniência, por muitos não é considerado indicação geográfica, mas mera figura para indicar a origem dos produtos. Pontes de Miranda a utiliza no sentido de indicação de procedência.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, Tomo XVI, p. 378.

³⁶ Xifaras dialoga com as ideias de Renouard nos comentários sobre o artigo 544 do Código Civil dos Franceses, em uma análise sobre o direito absoluto atribuído à propriedade e as categorias e possibilidades do domínio: “L’existence même de droits privatifs des auteurs sur leur œuvre littéraire ou scientifique nous apparaît donc, au premier abord, sous la forme d’un paradoxe: comment penser l’appropriation privative d’un domaine inappropriable par nature? Comment penser une appropriation qui n’en soit pas une, qui ne soit pas celle que porte l’article 544, alors que la glose fidèle de la lettre de cet article fournit, selon Renouard, le seul sens juridique qu’on puisse assigner au terme ‘appropriation’? En refusant d’inscrire l’empire que les particuliers exercent sur leurs idées dans la même sphère que les biens matériels appropriables, Renouard se voit contraint de bâtir une conception alternative de la propriété et de lui trouver un nom qui évite qu’on la confonde avec le seul domaine qui mérite, selon lui, d’être qualifié de propriété, à savoir celui de l’homme sur les choses matérielles, tel qu’il est déterminé par l’article 544. Cette rigueur sémantique pourrait faire douter qu’il soit possible de voir dans ce domaine réservé une conceptualisation de l’institution de propriété au sens générique du terme, si Renouard ne précisait explicitement, et à plusieurs reprises, que dans son esprit le mot propriété ne désigne que le droit établi par l’article 544, et que le droit d’auteur, pour n’être pas de même nature, n’en est pas moins un droit privatif comportant une dimension patrimoniale, qui réalise donc bien, n’en déplaise à la terminologie adoptée, une appropriation privative des œuvres. C’est donc contre la lettre du Traité, mais en plein accord avec son esprit,

O direito de propriedade em relação às indicações geográficas obedece a outras exceções que não são características dos direitos reais.

Dentre as indicações geográficas, uma em especial chama a atenção: a denominação de origem. Essa, por excelência, seria a classificação mais elevada, pois sob o seu crivo concorrem os fatores naturais e humanos, tais como a terra, o clima, todos os elementos naturais a eles agregados e também o homem com o seu conhecimento e suas técnicas. Todos esses fatores são contabilizados pelos meios naturais, leis e constantes que concorrem para a singularidade do produto e da cadeia produtiva que o compõe.

As indicações geográficas têm sido classificadas como sinais distintivos, entretanto, não se resumem a isto. Especialmente a denominação de origem, que agrega valores culturais em seu sistema. Esses valores não são adquiridos de uma hora para outra, mas se estabelecem em uma linha temporal que confere característica a uma região, a uma determinada localidade e conseqüentemente a um produto que se destaca. Tradicionalmente a maioria desses produtos estão associados ao meio agrário.

A agregação desses valores se dá por meio do reconhecimento que ocorre pelo registro. Ao analisar a indicação de proveniência, Pontes de Miranda a concebia como bem incorpóreo. Um direito de propriedade que devido ao caráter territorial do que se indica e da característica de “titularidade coletiva (a indicação não é *res communis omnium*, mas de muitos) da indicação de proveniência, não pode ser alienada, nem é suscetível de penhor ou de qualquer medida constritiva”³⁷. Salientou, Pontes de Miranda, que o direito de aquisição à indicação de proveniência seria sempre originário, irrenunciável e não se perderia pelo não uso. A renúncia seria sem alcance, uma vez que outros poderiam adquirir o direito satisfazendo os pressupostos.³⁸

O registro é uma das formas de se fazer com que a propriedade intelectual ingresse no universo dos direitos reais e venha a se tornar objeto de direito. Entretanto as indicações geográficas não se sujeitam à propriedade exclusiva de ninguém. Embora seja objeto do direito de propriedade ela não pode ser vendida ou destacada da terra, da região ou do produto.

qu'on décèlera dans ce domaine réservé une nouvelle conceptualisation de la propriété”. (XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, p. 354-355).

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, Tomo XVI, p. 196.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, Tomo XVI, p. 196.

Uma vez que haja o reconhecimento da indicação geográfica todos os que congregam as condições definidas para o reconhecimento e registro das indicações geográficas passam a ter domínio sobre a mesma.³⁹

Concebê-la apenas como uma marca ou um sinal distintivo seria reduzir sua importância. Para uma denominação de origem, por exemplo, não seria possível aliená-la, como uma marca, para que outros a explorassem. Caso isso ocorresse haveria uma descaracterização do instituto em análise. Os fatores leais e constantes que assumem a sua característica não estariam mais presentes até que o sinal distintivo se tornasse de uso comum e não mais servisse para identificar as condições naturais e humanas, determinantes para singularizar o produto. Por outro lado, qualquer um que estivesse na região demarcada e cumprisse com os requisitos definidos, geralmente em um regulamento, poderia produzir e se utilizar da denominação de origem ou da indicação geográfica.

Tradicionalmente o registro das indicações geográficas é titularizado por associações ou cooperativas de produtores. Pessoas que detêm um interesse em comum, ligados por similaridades à determinada região, buscam o reconhecimento e o registro da indicação geográfica. Mas, uma vez reconhecida, não podem vender, transferir, alugar, nem coletiva e nem individualmente. O registro é mera formalidade para se dizer que elementos naturais e culturais são relevantes para a produção de determinado produto.

Essas características nos levam a concluir que especialmente a denominação de origem, em decorrência dos fatores naturais e humanos, e dos meios constantes e leais de produção, integram o patrimônio natural e cultural de uma região.

Ressalta-se a possibilidade da inclusão das indicações geográficas na classificação de Renouard que, ao distinguir o direito dos objetos de direito, e dentre estes o domínio material

³⁹ Pontes de Miranda, em análise sobre a indicação de proveniência (leia-se indicação de procedência), a considerava como uma das mais interessantes figuras jurídicas do direito privado, pois segundo ele: “Não há laços entre os titulares; nem o direito de um limita o direito de outro. Nem há sequer comunhão *pro diviso*. O fato de ser objeto de direito real, bem incorpóreo permitiu que se tivesse como suscetível de pluralidade de titulares, sem qualquer comunhão, a indicação de proveniência. [...] Os sindicatos de produtores e outras entidades coletivas podem usar a indicação de proveniência e tal indicação de jeito nenhum se confunde com a marca *coletiva* de indústria e de comércio, cuja estrutura jurídica já foi descrita. [...] A pluralidade de direitos de que aqui se cogita é semelhante à dos pastos comuns ou compáscuo [...]. Frise-se, porém, que o direito à indicação de proveniência, posto que tenham muitas pessoas, não é compropriedade. Cada pessoa, que satisfaça os pressupostos, o adquire. Não há comunhão *pro indiviso*, em *pro diviso*: a titularidade é, talvez, de muitos, mas cada um é titular do seu direito, que somente é exclusivo em relação aos que não satisfaçam os pressupostos. Não há que pensar-se em invocação, por analogia, das regras jurídicas sobre condomínio. Se há ofensa ao direito à indicação de proveniência, qualquer dos titulares, independentemente dos outros, pode exercer a pretensão à tutela jurídica. Não há compropriedade, nem prioridade.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. v. 60. Tomo XVII. Parte Especial. São Paulo: RT, 1983, p. 200-201).

do domínio imaterial, distingue quatro categorias passíveis de domínio: o domínio material apropriável e o inapropriável, e o domínio imaterial apropriável e o inapropriável; onde seriam os domínios materiais e imateriais inapropriáveis concebidos como domínios universais. Enquanto o domínio material apropriável constituiria o domínio da propriedade, o domínio imaterial apropriável seria concebido como o domínio imaterial da propriedade. Através das ideias sobre o objeto de direito, Renouard consegue pensar o domínio inapropriável ou universal, que seriam excluídos pela concepção patrimonial de propriedade.⁴⁰

Se na vertente clássica do direito de propriedade as indicações geográficas estariam sobre a égide do domínio imaterial apropriável (conforme é possível verificar nas valiosas lições do mestre Pontes de Miranda), ao admiti-las como integrantes do patrimônio cultural e natural de uma região, estar-se-ia na verdade afirmando a sua natureza de domínio universal inapropriável. Consequentemente, de natureza jurídica contrária à doutrina clássica. Logicamente mais condizente com a situação singular desse instituto no direito de propriedade e que o excluiria do âmbito das inúmeras e inexplicáveis exceções que embasam a discussão entre domínio e propriedade no campo dos direitos reais.

314

3 NATUREZA JURÍDICA DAS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS

Ribeiro de Almeida⁴¹ apresenta uma análise sobre a natureza jurídica da denominação de origem, a qual sintetizamos, e que entendemos poder ser estendida para as outras figuras, tanto a indicação geográfica quanto a indicação de procedência.

Dentro do sistema das indicações geográficas, a denominação de origem é uma figura de maior relevância. Em seus atributos exige-se a conjugação de fatores naturais e humanos. Já, a indicação de proveniência e a indicação geográfica protegida (no caso de Portugal) não exige a conjugação desses atributos específicos.

Sobre as teorias que fundamentam a natureza jurídica desse instituto, M. Plaisant e F. Jacq admitem o caráter imaterial e coletivo da denominação de origem, concebendo-a na

⁴⁰ Vide RENOUARD *apud* XIFARAS, Mikhaïl. *op. cit.*, p. 353-354.

⁴¹ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *Denominação de origem e marca*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999, p. 102-115.

categoria de direitos pessoais ou de crédito, sob a forma de “direito de participação numa sociedade pública”⁴².

Por outro lado, M. David concebe a natureza jurídica da denominação de origem sob a forma de “direito mobiliário”⁴³ com relevância ao produto:

O laço que une a (DO) à terra é apenas indireto. Não é o solo que nos interessa em si mesmo, mas o produto. O solo só nos interessa como fator de qualidade, e a qualidade aprecia-se através do produto. O direito ao nome está ligado diretamente ao produto. E é por isso que aí vemos um direito mobiliário”.⁴⁴

Como melhoramento da teoria do direito mobiliário, M. Vivez concebeu a “teoria de direito acessório de um direito da propriedade sobre uma coisa móvel”. A ligação mediata do produto à denominação de origem seria de forma indireta, efetuando-se através da qualidade do produto. Uma forma de direito acessório ao direito de propriedade.⁴⁵

Ribeiro de Almeida também fala sobre a teoria do “direito imobiliário”⁴⁶. Essa teoria insere a denominação de origem como uma servidão que onera um prédio. Segundo Almeida:

Aqui tratar-se-ia de um direito inerente à todas as parcelas agrícolas ou terrenos que fazem parte da área geográfica da DO e conferindo-lhe, ao contrário da servidão clássica, uma valorização econômica. A DO pela sua particular ligação ao solo seria entendida como um imóvel incorpóreo, um direito imobiliário. Uma tal teoria afasta qualquer ligação da DO ao estabelecimento comercial. Na verdade, aqui, o titular do direito sobre o sinal distintivo seria o proprietário do solo, quer explore ou não a DO. O arrendatário do imóvel, por sua vez, seria apenas concessionário de tal direito.⁴⁷

Dentre alguns fatores que Ribeiro de Almeida aponta no sentido de inviabilizar a aplicação da teoria do direito imobiliário, destaca-se no âmbito deste trabalho, que a servidão predial adere ao imóvel, e nesse sentido a DO transmitir-se-ia com o direito imobiliário. Conforme dito na seção anterior sobre o direito de propriedade, nem a DO, nem a IG ou a IP, têm caráter de alienabilidade. Almeida considera que se o adquirente do imóvel efetua nova cultura que não corresponda à típica cultura da região, a qual foi registrada como DO, não

⁴² PLAISANT, M. ; JACQ. F. *Traité des noms & appellations d'origine*. Paris, 1921, *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 102-103.

⁴³ DAVID, M.. *La nouvelle législation des appellations controlées*. Paris: Faculté d'Aix, 1938, *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 103.

⁴⁴ DAVID, M.. *La nouvelle législation des appellations controlées*. Paris: Faculté d'Aix, 1938, p. 218 et seq. *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 103.

⁴⁵ VIVEZ. *Traité des appellations d'origine*. Paris: R. Pichon & Durand-Auzias, 1943, *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 104.

⁴⁶ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 105.

⁴⁷ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 105.

seria possível que o adquirente continuasse a ser titular da DO, pois a parcela agrícola constitui suporte para a elaboração da denominação de origem.⁴⁸

Sob a égide do “direito real e institucional”, M. Malapas inspirado na teoria institucionalista de Maurice Hauriou defendia que a DO é direito real cuja origem provem de um “conjunto de regras impostas pelo legislador, pela corporação ou pela jurisprudência para que a denominação de origem pudesse preencher a sua função social”⁴⁹. Segundo Almeida, essa função social seria “a proteção ao consumidor”⁵⁰.

Destaca-se ainda, a “teoria do monopólio concedido pela autoridade estatal”, defendida por Auby e Pleisant⁵¹ que criticavam a ideia de caráter exclusivo da DO, sob a forma de direito de propriedade, que se opunha ao caráter coletivo:

Em definitivo, o direito à denominação de origem aparece como um dos casos de monopólio legal, cujo fundamento é o esforço criador dos beneficiários, que o legislador protege estatutariamente no interesse destes, mas também no interesse geral.⁵²

[...]

Como os outros direitos da propriedade intelectual, o direito à denominação de origem é um monopólio concedido pela autoridade pública para certos fins definidos e segundo as condições que impõem estes fins.⁵³

316

Jean-Michel Aubouin defendia, ainda, a teoria da “denominação de origem como marca coletiva que constitui um direito absoluto de natureza fundiária”⁵⁴. Para essa teoria a natureza jurídica da denominação de origem seria de um tipo particular de marca coletiva, que na visão de Aubouin não pertenceria apenas ao produtor, mas também ao consumidor. A denominação de origem, como marca coletiva, seria um direito absoluto de natureza fundiária. Aubouin não aceitava ser um direito de propriedade (ou outro direito real), ou também um direito pessoal. Ele se afastou da tradicional classificação de direitos reais e direitos pessoais e

⁴⁸ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 106.

⁴⁹ MALAPAS, M. Jean *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 106.

⁵⁰ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 107.

⁵¹ AUBY, Jean-Marie; PLAISANT, Robert. *Le droit des appellations d’origine, l’Appellation Cognac*. Paris, 1974, p. 67 et seq. e 391 et seq. *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 107.

⁵² AUBY, Jean-Marie; PLAISANT, Robert. *Le droit des appellations d’origine, l’Appellation Cognac*. Paris, 1974, p. 92 *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 108.

⁵³ AUBY, Jean-Marie; PLAISANT, Robert. *Le droit des appellations d’origine, l’Appellation Cognac*. Paris, 1974, p. 392 *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 108.

⁵⁴ AUBOUIN, Jean-Michel. *Le droit au nom de Cognac*. Paris, 1951, p. 128 et seq. *apud* ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 110.

concebeu a denominação de origem e os demais direitos sobre a propriedade industrial, colocando-os na categoria de novos direitos, de caráter absoluto e oponível *erga omnes*.⁵⁵

Os fatores naturais, físicos e climáticos decorrentes da delimitação geográfica são os elementos que fazem da DO um direito imobiliário, ligado a terra. Bem de natureza fundiária. É, neste aspecto, uma marca coletiva que demonstra a relação entre a terra e a população, cujo trabalho de gerações de camponeses, conceberam, juntamente com o clima e o solo, um ideal de perfeição que confere as características singulares a um produto, em particular, típico da região.⁵⁶

CONCLUSÃO

A incursão ao direito de propriedade propiciada neste trabalho não teve por objetivo elucidar questões há muito debatidas pela doutrina, dentre elas: se seria o direito de propriedade um direito real ou pessoal.

Apenas, tentou-se demonstrar que em relação ao direito de propriedade, e mais especificamente sobre a propriedade intelectual, há lacunas que o coloca fora do modelo caracteristicamente adotado para os direitos reais de cunho material, do patrimônio e dos bens tangíveis.

A clássica definição de que os direitos reais, em especial os direitos sobre a propriedade seriam direitos absolutos foi superada, sem ater-se a uma análise que não invocou o debate sobre a função social da propriedade; já consagrada como excludente do absolutismo utópico do direito de propriedade.

Demonstrou-se que sob o aspecto do direito de propriedade não há exclusividade sob o instituto das indicações geográficas, como objeto do direito industrial ou da propriedade intelectual.

As indicações geográficas, como instituto correlato aos direitos sobre a propriedade industrial, imaterial, intelectual, ou do conhecimento, é um instituto jurídico bastante peculiar no rol dos direitos de propriedade.

Após uma análise circunstanciada, é possível afirmar com plena convicção, que as indicações geográficas é um instituto voltado aos direitos do conhecimento. Razão da

⁵⁵ Vide ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 112.

⁵⁶ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *op.cit.*, p. 113-115.

simbiose humana (técnica e cultural) sobre o meio natural. A natureza jurídica deste instituto está relacionada com o domínio universal inapropriável que integra o patrimônio cultural e natural de uma região.

Sob a forma de um direito acessório, é possível verificar que as indicações geográficas aderem à propriedade e permanecem enquanto existirem os fatores naturais, leis e constantes que a constituíram. A descaracterização de qualquer um destes fatores ensejaria o desaparecimento do reconhecimento.

É também um direito coletivo, podendo ser exercido por um grupo social, que em decorrência dos fatores culturais, leis e constantes, ou seja, do modo peculiar de tratamento de um determinado produto ou serviço, lhe confere uma singularidade que o destaca dentre os demais.

A importância das indicações geográficas sob as formas jurídica e comercial está justamente no fator de agregação cultural ao meio natural, o que possibilitaria, pelo menos em tese, a exploração sustentável e consciente dos sistemas produtivos, sobretudo os meios rurais, agrários e extrativistas, de forma a possibilitar melhoria dos padrões de vida do homem do campo e qualidade dos produtos relacionados à agroindústria.

318

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. *Denominação de origem e marca*. Série Studia Iuridica n. 39. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, de 15 maio 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9279.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FRANCE. Code civil des français: édition originale et seule officielle. A Paris, de l'Imprimerie de la République An XII 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.



MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. v. 60. Tomo XVI. Parte Especial. São Paulo: RT, 1983.

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. v. 60. Tomo XVII. Parte Especial. São Paulo: RT, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

WALD, Arnaldo. *Direito das coisas*. 10. ed. São Paulo: RT, 1995.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

XIFARAS, Mikhaïl. *La propriété: étude de philosophie de droit*. Collection Fondements de la Politique. Paris: Press Universitaires de France, 2004.

319

Submissão: 20/07/2016
Aceito para Publicação: 11/08/2017



O CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA DO JUIZ HEIDEGGER

THE EXISTENTIAL DAMAGE CONCEPT IN BRAZILIAN LABOR JUSTICE: THE HERMENEUTIC CONTRIBUTION OF JUDGE HEIDEGGER

Heraldo Elias Montarroyos*

RESUMO: O objetivo desse estudo é conhecer o potencial hermenêutico do conceito de danos existenciais na Justiça do Trabalho brasileira, incluindo um juiz hipotético denominado Heidegger nos processos judiciais e sentenças trabalhistas que usam esse conceito doutrinário. Como resultado desse laboratório de pesquisa constatou-se que a argumentação jurídica dos danos existenciais pode apresentar três possibilidades hermenêuticas, onde o juiz Heidegger se destaca particularmente evitando o objetivismo e o subjetivismo metodológicos.

ABSTRACT: The objective of this study is to know the hermeneutic potential of the concept of existential damages in the Brazilian Labor Court, including a hypothetical judge named Heidegger in the judicial processes and labor sentences that use this doctrinal concept. As a result of this research laboratory, it was found that the legal argumentation of existential damages may present three hermeneutical possibilities, where Judge Heidegger stands out particularly avoiding methodological objectivism and subjectivism.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Existenciais. Existencialismo Jurídico. Oportunidades Perdidas. Dignidade Humana.

KEYWORDS: Existential Damages. Legal Existentialism. Lost Opportunities. Human Dignity.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Metodologia. 2 A Emergência do Juiz Heidegger no Poder Judiciário. 3 Oportunidades Perdidas. 4 Existencialismo Judiciário. 5 Nem Objetivismo, nem Subjetivismo. 6 A Sentença do Juiz Heidegger. Conclusão. Referências.

321

INTRODUÇÃO

Esse estudo pretende investigar até onde vai o potencial de aplicação do conceito de danos existenciais na área trabalhista, usando a hermenêutica de um juiz ideal que hipoteticamente participaria no processo judicial realizando a conciliação do Direito com a Ética existencialista. A pergunta que se pretende responder nesse estudo é até onde poderia ser aplicado o conceito de danos existenciais numa sentença da Justiça do Trabalho se um juiz denominado Heidegger entrasse em ação? A resposta considera que a sentença judicial apresentaria uma estrutura lógica de raciocínio baseada substancialmente na ideologia do existencialismo jurídico, conciliando, no entanto, os métodos subjetivistas e objetivistas do conhecimento, o que na prática resultaria na presença real ou empírica do juiz Heidegger.

Conceitualmente, o dano existencial impossibilita o empregado melhorar a sua história pessoal no Mundo, compartilhando hábitos, reflexões, aspirações, atividades e laços afetivos

* Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA).



com outras pessoas fora do local de trabalho. Diferentemente do dano moral que traz repercussão *psicológica* na vítima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.), o dano existencial provoca alterações *sociológicas* nocivas à existência social e afetiva da pessoa, impossibilitando, por exemplo, que ela cuide de suas responsabilidades públicas e domésticas ou interaja com familiares e amigos (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

O dano existencial é uma espécie de dano imaterial e viola o direito da personalidade devido à conduta patronal ilícita em duas situações específicas que funcionam como parâmetros fundamentais de caracterização desse problema no cotidiano:

- *Primeiro, quando o patrão proporciona conscientemente ou não maiores dificuldades para o empregado executar livremente o seu projeto de vida social e profissional fora do horário de trabalho.*
- *Segundo, quando o patrão impõe conscientemente ou não uma rotina que dificulta o empregado de desenvolver outras formas de relações sociais e afetivas fora do ambiente de trabalho (cf. SOARES, 2009).*

A primeira espécie de prejuízo, o “dano ao projeto de vida” que pode ser social, espiritual e profissional, impede o empregado de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus planos pessoais que supostamente promoveriam o seu progresso existencial, o que não ocorre devido à vinculação abusiva do empregado ao ambiente e ritmo de trabalho dominante. Na segunda espécie de dano imaterial, que traz impacto negativo na “vida de relações” ou na vivência da pessoa fora do horário contratado, a vítima não consegue se relacionar e conviver dignamente com a sua família e comunidade, realizando, por exemplo, atividades lúdicas, afetivas, ou de descanso, pois há um excesso de carga horária e condições indignas de produção impostas pelo patrão que diminuem a capacidade de socialização do trabalhador (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013; FROTA; BIÃO, 2010; FROTA, 2010).

1 METODOLOGIA

A estrutura lógica de raciocínio do juiz Heidegger apresenta várias categorias hermenêuticas interligadas: ontologia, metodologia, axiologia, teoria, práxis e contexto espacial-temporal.

Acompanhando o modelo delimitado pelo especialista LLOYD (1995), a ontologia se refere aos pressupostos fundamentais ou essenciais da investigação, caracterizando a identidade filosófica e dogmática de determinada unidade epistêmica, ou conceito doutrinário do Direito, etc. A metodologia, por sua vez, reúne métodos e técnicas que orientam a forma como serão colhidos os dados empíricos ou mesmo bibliográficos durante a execução do projeto de pesquisa ou formulação da sentença judicial, etc. Finalmente, a teoria é dotada de vários enunciados universais e particulares que representam a visão de mundo de determinada unidade epistêmica, explicando ou reinterpretando os dados empíricos disponibilizados pelo pesquisador ou então pelo conceito de danos existenciais, etc.

Sobre esse modelo, MONTARROYOS (2010) acrescentou três categorias auxiliares: axiologia, práxis e contexto, tendo em vista suprir a necessidade específica das Ciências Humanas e das Ciências Jurídicas no sentido de acompanhar a complexidade do conhecimento social. A axiologia, segundo MONTARROYOS (2010), define os valores, desvalores e contra valores da investigação, afirmando que o conhecimento jurídico não é neutro. A práxis, por sua vez, representa os modelos de solução de problemas, sendo, portanto, uma categoria de natureza utilitarista e pragmática. Por último, a categoria do contexto indica o tempo histórico e o espaço social do objeto de estudo, nesse caso, compreende o cotidiano do conceito de danos existenciais.

Para construir o juiz hipotético desse estudo serão utilizadas algumas proposições elementares da obra “Ser e tempo” (vol. 1), do filósofo HEIDEGGER (1993), com a missão de interpretar o conceito de danos existenciais na Justiça do Trabalho brasileira embasado na teoria do existencialismo jurídico.

A construção de um juiz ideal não é novidade nas Ciências Humanas. DWORKIN (2007) em sua obra “O império do Direito” criou a figura de um juiz dotado de perfeita integridade profissional e constitucional chamado Hércules, que sendo um tipo ideal serviria para avaliar o grau de distanciamento da realidade dos Tribunais em relação aos princípios da

constitucionalidade, principalmente enfrentando os adversários convencionalistas e pragmatistas.

Ao analisar a importância do juiz Hércules, MONTARROYOS (2012) destacou a contribuição metodológica do tipo ideal nos termos propostos por Weber, em sua obra “Ética protestante e o espírito do Capitalismo”. Segundo Weber, o tipo ideal é uma hipótese exagerada da realidade e tem como função heurística observar aspectos discretos do cotidiano, outras vezes, pode ser capaz de propor alguma diretiva destinada à melhoria da qualidade dos fenômenos sociais na direção do parâmetro idealizado.

Especificamente sobre o juiz Hércules, DWORKIN (apud MONTARROYOS, 2012, s.p.) considerou que:

Hércules é um juiz fictício paciente, íntegro, bem informado; conta com tempo infinito à sua disposição; é cheio de sabedoria; seu estilo de trabalho é metódico, reflexivo, criterioso, perspicaz e repleto de virtudes. Entretanto, quando observamos o cotidiano dificilmente encontramos o juiz Hércules presente no Poder Judiciário. Hércules serve a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade formam o direito constitucional que ele aplica. Não precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade alguma, como inevitavelmente acontece com qualquer juiz mortal, de encontrar uma linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias, inclusive a suas caracterizações iniciais do direito. Servimo-nos de Hércules para fazer uma abstração desses problemas de ordem prática, como deve fazer qualquer análise bem fundada, para assim podermos ver quais soluções de compromisso os juízes reais consideram necessárias enquanto compromissos com o direito.

324

Ampliando a utilidade metodológica do tipo ideal, o economista BUCHANAN (1993) aplicou a hipótese do homem econômico de Adam Smith, justificando que essa figura artificial poderia não só descrever pela semelhança ou analogia a conduta racional dos cidadãos sob determinados pré-requisitos, mas também projetar impactos virtuais nas instituições jurídicas e políticas, revelando por conseguinte possíveis custos e benefícios que afetam o agente racional quando interage hipoteticamente com as estruturas institucionais. Na teoria da escolha racional buchiana, a pergunta fundamental é sobre o que faz mudar o desempenho ideal das instituições? A resposta se volta diretamente para o comportamento estratégico dos agentes racionais que utilizam e subutilizam certas normas e estruturas administrativas (cf. ALBUQUERQUE; MONTARROYOS, 2014).

Recentemente, MONTARROYOS (2015) também elaborou um juiz ideal denominado Hart com a intenção de prever a lógica de argumentação jurídica de um juiz perfeitamente

positivista, baseado em Kelsen, Hart e Bobbio. Desenvolvendo essa estratégia heurística, MONTARROYOS (2015) concluiu que o juiz Hart aplicaria uma fórmula de raciocínio composta por uma ontologia, metodologia, axiologia, teoria, práxis e contexto espacial-temporal. Sinteticamente, mostrou o referido autor que o juiz Hart tem como ontologia o dogma da legalidade. Mas na prática, sua metodologia é convencionalista. Sua axiologia reporta-se, por sua vez, ao ideal da segurança institucional, por isso refuta o ceticismo (onde *cada cabeça é uma sentença*) e o dogmatismo frio da Lei (que não atende ao caso concreto), valorizando por conseguinte a tradição hermenêutica do Tribunal onde ele atua, copiando o estilo hermenêutico e tradição corrente de sua comunidade judiciária.

Sendo conservador e estrategista o juiz Hart não deseja que sua sentença seja anulada ou então revogada pelos colegas do Judiciário; como resultado, ele se apega ao convencionalismo da comunidade judiciária e desenvolve o grau zero do poder discricionário que tem direito natural de usar. Deixa de lado, portanto, qualquer iniciativa de criação pessoal dentro da Lei quando se encontra perante casos difíceis envolvendo lacunas e antinomias.

Do ponto de vista teórico, o juiz Hart se preocupa com a *norma concreta* ou mais especificamente com as regras e interpretações convencionalizadas na instituição onde trabalha. Do ponto de vista prático, por sua vez, enfrentando problemas e propondo soluções, o juiz Hart adota soluções que estão previstas na Lei, buscando transformar os fatos em proposições jurídicas “puras”.

O juiz Hart é normativista. Ele não se preocupa, nem fica sensibilizado ou se incomoda com os fatos humanos apresentados no processo. A sua preocupação é com o discurso normativo imperfeito ou duvidoso que chega à sua mesa representando fatos humanos em litígio sobre os quais acredita que deve alcançar a justiça formal fazendo a aplicação de uma metodologia legalista e convencionalista.

Finalizando, explicou MONTARROYOS (2015), o discurso do juiz Hart reflete dois contextos integrados: o ordenamento jurídico nacional e a comunidade judiciária. A visualização desse duplo contexto assume a forma de uma pirâmide normativa, onde as regras ou Leis são invocadas e articuladas implícita ou explicitamente numa relação de superioridade-inferioridade normativa. Entretanto, o modo de subir essa pirâmide vai ser ditado pela convenção hermenêutica fixada na prática pela instituição judiciária onde esse juiz trabalha.

Em suma: a construção de um juiz ideal proporciona um parâmetro capaz de descrever a realidade ou então de especular resultados ideais ou, ainda, permite realizar prognósticos, servindo como hipótese de trabalho através da qual visualizamos possíveis impactos dentro e fora do ordenamento jurídico.

Especificamente, o resultado especulativo promovido pelo juiz Heidegger deve ampliar os debates nacionais sobre o tema dos danos existenciais, propondo uma terceira via metodológica que não é destacada claramente pelos especialistas brasileiros até então. Ou seja, através dessa hipótese de trabalho poderemos conhecer didaticamente as duas variações extremas do conceito de danos existenciais e apresentar como alternativa uma fórmula capaz de fortalecer a hermenêutica desse conceito doutrinário no Judiciário, maximizando a contribuição do existencialismo jurídico.

2 A EMERGÊNCIA DO JUIZ HEIDEGGER NO PODER JUDICIÁRIO

O próprio conceito de danos existenciais pressupõe a participação mínima de um juiz existencialista no Poder Judiciário; por esse motivo, acreditamos na hipótese inicial de que o juiz Heidegger é *espelho e resposta máxima ao conceito de danos existenciais*.

Sua filosofia existencialista parte da premissa ontológica de que o essencial do ser humano é o direito de existir ou de “estar-no-Mundo”; portanto, a preocupação analítica desse juiz ideal focaliza a qualidade da presença do ser humano na Sociedade, relacionando-se com outras pessoas e executando projetos intelectuais que poderão possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade.

Reforçando essa ontologia, contribui um trecho do filósofo HEIDEGGER (1993, p.40) ao afirmar que:

[...] a presença possui um primado múltiplo frente a todos os outros entes: o primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência.

O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação da existência, a presença é em si mesma “ontológica”.

[...] A presença tem por conseguinte, um terceiro primado que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias.

Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.



Para fundamentar a sua analítica existencialista, o juiz Heidegger utilizaria os métodos da fenomenologia e hermenêutica. A análise da presença do indivíduo no Mundo usando esses dois métodos orientaria o desafio do juiz em conhecer a realidade existencial do ser humano, incluindo aspectos valorativos e sociológicos do Direito. Entretanto:

Na construção da presença não se deve aplicar, de maneira dogmática, uma ideia qualquer de ser e realidade por mais “evidente” que seja. Nem se deve impor à presença “categorias” delineadas por aquela ideia, ao contrário, as modalidades de acesso e interpretação devem ser escolhidas de modo que esse ente possa mostrar-se em si mesmo e por si mesmo. Elas têm de mostrar a sua cotidianidade. Não se deve extrair estruturas ocasionais e acidentais, mas sim estruturas essenciais. Essenciais são as estruturas que se mantêm ontologicamente determinantes em todo modo de ser da presença. Como referência à constituição fundamental da cotidianidade da presença, poder-se-á então alcançar um esclarecimento preparatório do ser desse ente [a presença] (HEIDEGGER, 1993, p. 44).

O juiz Heidegger incluiria no debate fenomenológico e contextualizador a categoria tempo, pois através dessa categoria se projeta o sentido do ser da pessoa com suas respectivas virtudes e defeitos ao longo de suas múltiplas vivências na Sociedade.

327

Na opinião do juiz ideal e concordando com o filósofo HEIDEGGER (1993, p. 45):

[...] deve-se mostrar que o tempo é o ponto de partida do qual a presença sempre compreende e interpreta implicitamente o ser.
 Por isso, deve-se mostrar e esclarecer, de modo genuíno, o tempo como horizonte de toda compreensão e interpretação do ser.
 Para que isso se evidencie, torna-se necessária uma explicação originária do tempo enquanto horizonte da compreensão do ser a partir da temporalidade, como ser da presença, que se perfaz no movimento de compreensão do ser.
 No todo dessa tarefa inclui-se a exigência de se delimitar e distinguir a compreensão do tempo.

Para o juiz Heidegger é necessário tornar transparente a existência da presença humana, bem como o sentido da existencialidade, no sentido de conhecer a historicidade e avaliar o sentido dos fatos históricos apresentados pela biografia da pessoa (cf. HEIDEGGER, 1993, p. 49). É pelo passado do indivíduo que registramos encaminhamentos, questões, respostas e fracassos, ligados necessariamente ao modo de ser da presença (HEIDEGGER, 1993, p. 47). Pela tradição, especificamente, “a presença se compreende a si mesma”, pois a tradição antecede os passos do presente. “A tradição abre e regula as possibilidades do seu ser” (HEIDEGGER, 1993, p. 48). Entretanto, por apresentar esse poder diretivo na vida das pessoas, há o risco de que a tradição possa causar um bloqueio para o livre desenvolvimento

da presença humana, retirando-lhe “a capacidade de se guiar, de escolher e de questionar a si mesma” (HEIDEGGER, 1993, p. 48).

Segundo o filósofo Hiedegger, a tradição faz parte dos manuais que orientam as condutas e a rotina social; por esse motivo, para se obter a transparência da história de vida do indivíduo:

É necessário que se abale a rigidez e o endurecimento de uma tradição petrificada e que se removam os entulhos acumulados.
Entendemos essa tarefa como destruição do acervo da ontologia, legado pela tradição.
Deve-se efetuar essa destruição, seguindo-se o fio condutor da questão do ser até se chegar às experiências originárias [relativas ao problema atual] (HEIDEGGER, 1993, p. 51).

O essencial no pensamento do juiz Heidegger é a dignidade da pessoa humana que tem o direito de existir plenamente ou de “estar-no-Mundo”; sendo assim, esse juiz consideraria que o trabalhador precisa dispor de tempo para usufruir e praticar seus direitos fundamentais. O juiz Heidegger protegeria também o direito que todo ser humano tem ao desenvolvimento integral de sua personalidade, visando à melhoria de seus atributos físicos, psicológicos, profissionais, sociais, espirituais, que dizem respeito à felicidade e à própria razão de ser da pessoa humana.

A metodologia de interpretação desse juiz empregaria os métodos hermenêutico e fenomenológico colocando em debate, fato, norma e valor; coincidindo, nesse ponto, com a “Teoria tridimensional do Direito” do jurista brasileiro Miguel REALE (1999), que integrou pela dialética da complementariedade essas três variáveis da realidade.

Entretanto, no momento de utilizar a metodologia hermenêutica, o juiz Heidegger admitiria que:

[O conceito de danos existenciais] deve ser enfrentado pelo Judiciário Trabalhista com a necessária prudência, sob pena de banalização de tão importante instrumento de tutela, apto, em razão de sua natureza, e desde que adequadamente interpretado, à preservação da normalidade do cotidiano do trabalhador. Incumbe, portanto, ao magistrado agir com ponderação, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, e aquelas previstas de lei, de molde a aferir a real corporificação do dano existencial, e achando-se este presente, fixar quantia que concomitantemente desestime a reincidência e compense a privação sofrida pelo trabalhador vítima do dano existencial, sem onerar excessivamente o ofensor e sem enriquecer a vítima, atendendo, assim, aos fins da responsabilidade civil (LORA, 2013).

A axiologia ou sistema de valores da sentença do juiz Heidegger procuraria equilibrar a liberdade dos contratantes com a eficiência da empresa e a responsabilidade social do patrão. Nesse sentido, o empregado como qualquer pessoa humana deve ter o direito de usufruir de sua liberdade de ação, de pensamento e de manifestação de habilidades diversas que vão além dos imperativos laborais. O princípio da eficiência deve ser levado também em consideração na balança da Justiça de modo que a indenização e a multa a serem aplicadas em decorrência dos danos existenciais não prejudiquem a vitalidade ou eficiência da empresa. Por sua vez, a responsabilidade humana e social do patrão pressupõe que ele deve ter controle sobre a qualidade de vida do seu empregado dentro do local e horário de trabalho, de tal forma que esse trabalhador não seja impedido de buscar o seu progresso familiar, social e intelectual devido ao excesso ilegal de carga horária ou devido às transferências geográficas frequentes e abusivas para outras cidades que não permitem, por exemplo, que esse mesmo empregado prossiga regularmente seus estudos numa Faculdade ou mantenha firme os laços afetivos com seus filhos, cônjuge e familiares em geral. Além do prejuízo psicossocial do empregado, que vive *enclausurado* no local de trabalho, concluiria o juiz Heidegger que o aumento abusivo das horas extras e a dependência do trabalhador ao sistema patronal afeta o seu desenvolvimento profissional no sentido mais amplo, inviabilizando uma série de oportunidades que poderiam facilitar a evolução de sua personalidade fora do ambiente e horário de trabalho. Na avaliação do juiz Heidegger, evitar esse tipo de problema social não é tarefa fácil, pois:

Os períodos de descanso [...] não são sempre respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos trabalhadores prejuízos biológicos, sociais e econômicos. Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, e situações muito mais graves de violação contumaz da norma, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma, e facilitada pelo frágil sistema brasileiro de fiscalização governamental das relações de trabalho, que carece de servidores suficientes para fiscalizar todas as empresas existentes nesse país (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Outro desafio encontrado pelo juiz Heidegger no cotidiano se refere à chamada “sociedade do conhecimento”, que ao contrário da sociedade baseada no modelo fordista-taylorista, desenvolve, agora, relações de trabalho sem controle objetivado do tempo relativo à produção (por exemplo: horário de trabalho indefinido e ausência de registros eletrônicos de entrada e saída do trabalhador, etc.), o que acarreta um processo de naturalização do trabalho



para certos tipos de empregos ou atividades que não conseguem mais discernir o *espaço-tempo laboral* do *espaço-tempo público* e do *espaço-tempo-doméstico*. Nesse tipo contemporâneo de mais valia absoluta, conforme a terminologia de Marx e Engels, o empregado fica condicionado ao poder do sistema capitalista do padrão 24 horas por dia (ARAÚJO, 2011). Diante desse fato, o juiz Heidegger avaliaria que as empresas devem adotar uma política humanizada como medida preventiva para não cometerem essa grave violação do direito humano do trabalhador, de não poder existir plenamente no Mundo; devendo o patrão assumir a sua responsabilidade existencialista, evitando o excesso de horas de produção e serviço, ainda que seja vantajosa economicamente essa alternativa para o empregado, pois tal fato viola o direito de qualquer ser humano de *cuidar de si e dos outros*.

A sentença do juiz Heidegger acreditaria que pode existir uma *empresa humana que tenha responsabilidade existencialista sobre seus empregados*. Nessa perspectiva, o juiz Heidegger consideraria que *tempo não é dinheiro*, contrariando a afirmação clássica do americano Benjamin Franklin. Para ele, diferentemente, *tempo é dignidade*. Além disso, o juiz Heidegger avaliaria que a indenização é um instrumento pedagógico para que outros casos não aconteçam, portanto, pelo critério da proporcionalidade, a condenação deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante; mas ao mesmo tempo não se desprezaria a função simbólica e educativa da indenização. Desse modo, para surtir algum efeito pedagógico e monetário, o valor fixado pela sentença deve causar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, preservando-se, no entanto, a integridade econômica da mesma.

Elaborando a sua decisão, o juiz Heidegger levaria em consideração os seguintes parâmetros:

- *A injustiça do dano*. Pois somente o dano injusto pode ser considerado ilícito.
- *Mais a situação presente do trabalhador*.
- *Mais os atos realizados no passado* que causaram danos ao projeto de vida pessoal e social do trabalhador.
- *Mais a situação futura* que a pessoa poderá vivenciar negativamente depois da ocorrência dos fatos ilícitos.

- Mais a *razoabilidade do projeto de vida*. Quer dizer: o trabalhador precisa demonstrar que a sua conduta no passado demonstrava boa disposição para realizar certos projetos e relações sociais que foram finalmente prejudicados pelo patrão (BEBBER, 2009).

A sentença do juiz Heidegger se preocuparia com a abertura da empresa humana para o Mundo, refutando o paradigma do homem-máquina em favor de uma concepção humanista afetiva e participativa na família e comunidade. Na contextualização das ideias desse juiz, envolvendo o tempo histórico e o espaço social, teria prioridade o Mundo moderno, onde a pessoa tem direito de estar presente, desfrutando o direito social e humano de existir e de progredir dentro e fora do local de trabalho. De acordo com a análise existencialista de FROTA; BIÃO (2011, s.p.):

O projeto de vida espelha, em outros termos, as relações do ser com a sua ambiência e seu lugar sociocultural (*mundo circundante*), as relações que estabelece, seja em casa, junto aos familiares, seja nos espaços sociais (*mundo humano*), e a relação perante si mesmo (*mundo próprio*). Assim, compartilhando-se o cotidiano, as experiências, os projetos e os objetivos comuns no respectivo contexto sociocultural, o indivíduo é chamado a construir, de forma *realista*, sua própria história vivencial. portanto, mesmo diante de uma sociedade permeada de individualismo, de valores utilitaristas e de exacerbado hedonismo, é preciso observar que toda *projeção de futuro* em derredor do projeto de vida traz consigo a *presença dos outros* e da *construção* que essa presença pode gerar para *o ser em movimento*, que se define e é definido pelos outros, e, sensível a esse olhar cambiante de outrem para si e a novos aprendizados e circunstâncias, sente-se impelida a se reinventar de tempos em tempos (*vir-a-ser*).

331

3 OPORTUNIDADES PERDIDAS

A decisão autoritária do patrão em privilegiar o princípio da eficiência desrespeitando o princípio da liberdade da pessoa humana (como é o caso extremo do *trabalho análogo ao do escravo*) determina que o empregado escolha alguma alternativa imediata: ou concorde ou discorde dessa conduta patronal. Se não concordar, o risco de perder o emprego ou de sofrer retaliações é alto. Se concordar, internaliza, injustamente, dois *custos de oportunidade*, que são os prejuízos ao projeto de vida e às relações sociais.

Nesse processo de tomada de decisão, contribui o conceito de *custo de oportunidade*, segundo o economista e filósofo BUCHANAN (1993), indicando que toda escolha pessoal implica necessariamente sacrifício, corte ou abdicção de algum prazer ou bem-estar que se

fariam presentes em outras alternativas disponíveis, mas que são descartadas por apresentarem um alto custo monetário ou institucional na avaliação do sujeito envolvido.

Na Ciência Econômica, o *custo de oportunidade* é um custo subjetivo ou psicológico experimentado por aquele que toma determinada decisão sacrificando alguma alternativa principal para ficar com outra secundária.

As escolhas causam impacto não apenas sobre o decisor, mas também sobre a qualidade de vida da comunidade ou parte dela, trazendo malefícios nas relações cotidianas conhecidos como *externalidades negativas* ou males públicos que podem ser de alcance individual e social (BUCHANAN, 1993).

Na conceituação do economista BUCHANAN (1993, p. 74):

No contexto de pós-escolha ou de escolha influenciada pelo custo, comparativamente, as oportunidades perdidas são aquelas que poderiam ter sido desfrutadas na medida em que se reflitam nos prejuízos em utilidade ou nos sacrifícios experimentados. Poderá haver uma diferença psicológica importante nos prejuízos em utilidades que envolvem o custo que influencia a escolha e o que é por ela influenciado. No momento da própria escolha, o custo será a avaliação do indivíduo que escolhe em relação aos prazeres esperados a que deve renunciar após ter efetivado o seu compromisso; o custo também será aquilo que o indivíduo poderá evitar se escolher uma outra opção. Neste contexto, o custo deve ser e permanecer um evento puramente mental. A utilidade para o indivíduo que faz a escolha somente estará reduzida na medida em que seja funcionalmente dependente da utilidade esperada nos períodos de pós-decisão.

332

Da mesma forma, o juiz Heidegger avaliaria racionalmente que o *custo de oportunidade* representa *oportunidades perdidas* que o trabalhador sofreu ou sofrerá por causa dos efeitos de sua escolha *inautêntica* contaminada na ocasião pelo medo de perder o emprego.

Concordando com esse conceito, o juiz Heidegger reconheceria o fato de que:

[Pela] senda da *inautenticidade*, [a pessoa] se desvencilha do *ônus de decidir*, por meio da *má-fé* de delegar a outrem (*verbi gratia*, cônjuge ou companheiro (a), família, círculo de amigos próximos, colegas de trabalho, partido político, autoridade eclesiástica ou formadores de opinião da mídia) [o poder de fazer] a escolha. Trata-se de um ensejo à *crystalização*: repete o indivíduo comportamentos sociais (por vezes, patológicos) que conflitam com os anseios de sua alma, ao ceder, diria William J. Richardson, “à sedução de *ser-em* com a multidão”, e se perder em meio aos projetos existenciais alheios e às escolhas que os demais fazem em seu lugar e para si. Da *inautenticidade* surge o mecanismo de autopunição psicológica consubstanciado no *sentimento de culpa* (FROTA; BIÃO, 2010, s.p.).

Ao contrário da *vida inautêntica*, quando se garante uma *vida autêntica* para o trabalhador aparecem aspectos louváveis na visão do juiz Heidegger, pois:

[O indivíduo] tem a necessidade de se projetar “para fora de si mesmo para poder encontrar seu próprio significado” ao perseguir “metas transcendentais”, à proporção que “procura realizar seu projeto de vida” no bojo da “eterna superação de si mesmo”, percurso em que, dentro de sua dimensão histórica, econômica, social, cultural e axiológica, e diante do leque de possibilidades que se apresentam no cotidiano, o ser humano se vê obrigado a realizar escolhas, *autênticas* (“frutos da autocompreensão”, em linha de coerência consigo mesmo, ao assumir que as próprias escolhas são frutos da sua liberdade e responsabilidade) ou pautadas pela *má-fé* (caso repila “a sua liberdade de escolha e a sua responsabilidade” e, em consequência, negue “a possibilidade de escolher livremente o seu futuro” (FROTA; BIÃO, 2010, s.p).

4 EXISTENCIALISMO JUDICIÁRIO

Atualmente, o debate judiciário se divide entre o objetivismo e o subjetivismo metodológicos. De um lado, defende-se a materialidade da comprovação dos danos existenciais; de outro lado, defende-se a presunção dos danos que não se configuram em provas materiais, mas na descoberta da essência do fato delituoso, ou seja, na visualização da relação do excesso de carga horária com o direito de “estar-no-Mundo”.

No Tribunal Superior do Trabalho (TST), encontra-se o julgamento do Recurso de Revista nos autos do processo n. 154-80.2013.5.04.0016, 4ª Turma, com a relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, que teve o seguinte direcionamento: “RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO À JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS”. Nesse julgamento, considerou-se que:

- a) A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações.
- b) O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral.
- c) O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.
- d) A sobre jornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja *demonstração inequívoca* [grifo nosso] do comprometimento da vida de relação.
- e) A condenação ao pagamento de indenização por dano existencial não subsiste, no entanto, se a jornada de labor exigida não era sistematicamente de 15 horas de trabalho diárias, mas, sim, alternada com jornada de seis horas diárias. Robustece tal convicção, no caso, a circunstância de resultar incontroverso que o contrato de trabalho mantido entre as partes perdurou por apenas nove meses. Não se afigura

razoável, assim, que nesse curto período a conduta patronal comprometeu, de forma irreparável, a realização de um suposto projeto de vida em prejuízo à vida de relações do empregado.

f) Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em (*workaholic*), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador lhe exigiu labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações (apud FERREIRA, 2016).

Segundo os juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), o fato de *haver jornadas excessivas por si só aponta a presença dos danos existenciais*. Por outro lado, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) julgando caso recente considerou que as jornadas de trabalho excessivas e habituais exigidas pelo empregador *não geram automaticamente indenização por dano existencial*. Para que este se configure, o *trabalhador precisa provar que as horas extras de serviço comprometeram de forma grave e irremediável o seu projeto de vida*. Esse foi o entendimento firmado pela ao dar provimento ao Recurso de Revista por divergência jurisprudencial que absolveu a WMS Supermercados do Brasil a pagar indenização por dano existencial a uma ex-funcionária. No caso, a mulher moveu ação contra a empresa pedindo indenização por dano existencial. Ela afirmou que tinha dois tipos de jornadas diárias, que se alternavam: em um dia, trabalhava 15 horas (das 6h às 21h), no dia seguinte, seis horas (das 12h às 18h). Além disso, a empregada disse que só tinha duas folgas por mês. Anteriormente, o juízo de primeira instância deferiu o pedido da mulher reclamante e o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) confirmou a sentença e condenou o supermercado a pagar indenização de R\$ 8,1 mil à sua ex-empregada. De acordo com o TRT-4, “a exigência de jornada excessiva, inclusive em dias destinados ao repouso semanal e em feriados, fere a dignidade do empregado, tolhendo o seu direito ao descanso, invadindo sua privacidade, prejudicando o seu lazer e o seu convívio familiar”. Além disso, *o Tribunal entendeu que o dano é presumido, não precisando ser provado*. Mas o Ministro João Oreste Dalazen, relator do caso no TST, discordou dessa interpretação regional. *Segundo ele, a trabalhadora não comprovou que seu projeto de vida foi prejudicado pelo tempo que passava em serviço*. Para Dalazen, o fato de que sua jornada de trabalho não era

sempre de 15 horas e de que seu contrato de trabalho durou apenas nove meses *não autoriza presumir* a ocorrência do dano existencial. Para fortalecer o seu argumento, o relator citou diversos precedentes do TST que consideram que extensas jornadas de trabalho não geram, por si só, indenização por danos morais. O mesmo magistrado afirmou também que o dano existencial devido ao excesso de serviço só ocorre quando a pessoa fica muito tempo à disposição do empregador que acaba prejudicando de forma irreversível suas relações com familiares e amigos, seu descanso, seus *hobbies* e seus sonhos. Com isso, Dalazen votou pelo provimento ao Recurso de Revista para excluir da condenação da WMS Supermercados no pagamento da indenização por dano existencial à trabalhadora. A maioria dos ministros da 4ª turma do TST seguiu o seu entendimento (RODAS, 2015).

5 NEM OBJETIVISMO, NEM SUBJETIVISMO

No ordenamento jurídico brasileiro não existe no momento uma norma específica sobre os danos existenciais. Por essa razão, a maioria dos juízes que são adeptos desse conceito têm geralmente praticado, por livre escolha, em vários tribunais brasileiros, o *integralismo constitucional* aplicando a *interpretação extensiva* das Leis no sentido de preencher a lacuna formal e substancial diagnosticada em relação a essa demanda do cotidiano envolvendo patrão-empregado. Na interpretação extensiva são ampliadas as normas gerais existentes na direção do caso concreto sem perder de vista os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal. Porém, conforme visto anteriormente, uma das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) rejeitou uma decisão do Tribunal Regional do Rio Grande do Sul, ressaltando que há necessidade de provas contendo documentos e testemunhas para o bem da segurança jurídica e da Justiça formal.

Esse debate hermenêutico que se desenrola nos Tribunais e na bibliografia nacional também é objeto de crítica do juiz Heidegger. Em sua visão, deve ser evitado o intuicionismo, porque existe a legalidade delimitando direitos e deveres, através dos manuais jurídicos que orientam idealmente os processos decisórios. Por outro lado, o extremo oposto, o objetivismo, isoladamente, também deve ser rejeitado, porque faz acreditar que os registros materiais e testemunhais seriam os elementos decisivos para se provar a ocorrência dos danos existenciais, o que do ponto de vista existencialista resulta numa *interpretação restritiva* desse conceito; em ambos os casos.

Entre esses dois extremos, que apesar de tudo são minimamente favoráveis ao olhar existencialista do conceito de danos existenciais, encontra-se uma terceira via, sintetizadora do intuicionismo com o objetivismo, equilibrando a *evidência* das provas materiais com a presunção do dano que ganha corpo e alma através da reflexão fenomenológica e hermenêutica do juiz que mergulha na essência do fato denunciado e, sobretudo, na *vivência* da parte reclamante, a vítima.

- a) *O passado é representado pelos registros materiais e memória das testemunhas que relembram os delitos cometidos no local e horário de trabalho.*
- b) *O presente traz a evidência dos danos e a frustração existencial da pessoa com a vivência traumatizada pelos danos existenciais.*
- c) *O futuro prevê as reais e virtuais sequelas dos danos existenciais a partir do contexto concreto e história de vida da vítima que são visualizadas por meio da intuição e sensibilidade do juiz.*

336

Para o juiz Heidegger concluir em grau máximo de análise que houve algum dano existencial é necessário incluir materialmente não apenas o *nexo causal* entre a ocorrência ilícita do passado e a conseqüente situação traumática do empregado hoje.

O juiz Heidegger consideraria por meio de sua intuição pessoal, e usando a sua compreensão humanista, que a reclamação e os registros materiais e testemunhais referentes ao dano ganham melhor entendimento com a dialética promovida entre o passado, o presente e o futuro, projetando-se os *nexos virtuais* entre a realidade dos fatos e o fracasso do projeto de vida e das vivências pessoais que poderiam ter sido experimentados em outra situação ideal pelo empregado, caso não tivesse ocorrido a interferência injusta do patrão. Portanto, o juiz Heidegger avaliaria as perdas salariais e materiais que a vítima sofreu ou vai arcar economicamente em curto, médio ou longo prazo em conjunto com as sequelas existenciais que ficarão gravadas por muito tempo na vida social e particular desse mesmo trabalhador, desenvolvendo-se aqui o poder intuitivo no terreno da Constitucionalidade e nos limites do conceito de danos existenciais.

Em um extremo metodológico, o objetivismo se detém na objetividade das coisas. Segundo o epistemologista HESSEN (2000, p. 70), é o objeto quem determina o sujeito nesse modo de produção do conhecimento. O sujeito deve ser um tradutor da mensagem implícita

ou explícita do objeto, “pois [o objeto] apresenta uma estrutura totalmente definida que será reconstruída pela consciência do cognoscente”.

Em harmonia com o modelo objetivista, encontra-se o realismo crítico que se baseia nas informações e experiências compreensíveis por uma metodologia igual ou semelhante à Física e às Ciências Naturais, sintetizando o saber em termos materiais, quantitativos e fatuais.

O realismo crítico faz uma diferença fundamental entre percepções e representações. “[...] nas percepções lidamos com objetos que podem ser percebidos por diversos sujeitos, enquanto os conteúdos das representações são perceptíveis para o sujeito que as possui” (HESSEN, 2000, p. 79). Nesse sentido, HESSEN (2000, p. 78) apresentou o seguinte exemplo: “se mostro a pena que está em minha mão a uma outra pessoa, a pena será percebida por uma multiplicidade de sujeitos; quando pelo contrário, “recordo-me de uma paisagem, que já vi, ou quando a represento na fantasia, o conteúdo dessa representação só está aí para mim”. Ou seja, as percepções seguem a objetividade do saber, enquanto as representações dependem do sujeito produtor das imagens ou desenho do objeto que poderão ser compartilhados por outros sujeitos desde que haja entre eles identidade de valores, de ideologias, de crenças, etc.

O mesmo analista destacou que o realismo crítico considera a independência das percepções com respeito à vontade. Quer dizer, “as representações eu posso provocar, modificar e fazer desaparecer segundo a minha vontade, mas com as percepções isso não é possível, porque os objetos existem realmente, independentemente do sujeito que os percebe” (HESSEN, 2000, p. 79).

Ainda na visão do realismo crítico, existe a independência dos objetos em relação às nossas percepções humanas, ou seja, “amanhã encontrarei a mesma escrivania no mesmo lugar que estou deixando à noite” (HESSEN, 2000, p. 80). Além disso, fica evidente essa independência quando visitamos um determinado lugar e depois de um ano, percebemos uma série de mudanças, “sem que eu tenho feito absolutamente nada” (HESSEN, 2000, p. 80). Conseqüentemente, o realismo crítico entende que tudo depende da vivência e da experiência do sujeito sobre o objeto, entretanto, nesse caso, as coisas da realidade não dependem da nossa vontade e geralmente “resistem à nossa vontade” (HESSEN, 2000, p. 80).

Em outro extremo metodológico, no subjetivismo, o centro da gravidade do conhecimento está na subjetividade. Significa dizer que o sujeito tem o poder de modelar o

conhecimento ou representação que se refere à essência e à forma do objeto de estudo. Ou seja, todos os objetos são produtos do pensamento; são produções da consciência.

Em harmonia com esse método, e no grau extremo de subjetivismo, aparece o intuicionismo. Segundo o analista HESSEN (2000, p. 97) nesse caso conhecemos algo pelo “olhar” da consciência. Em outras palavras, o conhecimento é apreendido numa relação interna ou externa com o objeto real. Nessa modalidade, existem as intuições formal e material. Na modalidade formal, visualizamos a existência de alguma forma de relação entre as coisas (conflito, cooperação, interdependência, etc.). Na modalidade material, por sua vez, a intuição busca conhecer o conteúdo dessa relação pela via imaginativa e especulativa do sujeito. O conhecimento intuitivo depende, portanto, da estrutura psíquica do ser humano, dotado de três aspectos fundamentais: querer, pensar, sentir (HESSEN, 2000, p. 99). Em geral, pelo método da intuição alcançamos alguma visão de realidades invisíveis e indizíveis pelo senso comum e pela objetividade física e sensorial proveniente do contato que se tem com determinado objeto. Nesse sentido, HESSEN (2000, p. 107) citou o hermeneuta Dilthey, que afirmou que a intuição é algo irracional, “um entrar em contato emocional e volitivo com a realidade”. Dilthey também criticou os racionalistas e intelectualistas, dizendo que “nas veias do sujeito cognoscente não corre sangue, mas suco diluído da razão enquanto mera atividade mental” (apud HESSEN, 2000, p. 110). Preocupado com a totalidade do Homem, Dilthey afirmou, além disso, que devemos considerar o fato de que “o mesmo deseja, sente, representa; ou seja, existe uma multiplicidade de forças que devem ser apreendidas pelo pesquisador pela via da intuição, que não é acessível pela via do entendimento” (HESSEN, 2000, p.115).

De acordo com HESSEN (2000, p. 115), “o conteúdo interno, a verdadeira qualidade valorativa de disposições do espírito, como a justiça, a moderação e a pureza só podem ser imediatamente vivenciadas, só podem ser intuídas”. Portanto, para se visualizar questões éticas ou de valores, precisamos da intuição, admitiu categoricamente o referido autor.

HESSEN (2000, p. 107) também resgatou em seu estudo algumas ideias do fenomenologista Husserl, que afirmou que “onde existe intuição, ou seja, a visão da consciência, há também a possibilidade da ideação ou intuição da *essência correspondente*”.

Continuando a caracterização do método intuicionista, HESSEN (2000, p. 107) citou Scheler, que considerou ao lado da intuição racional de Husserl a intuição emocional. “Vendo nela [na intuição emocional] o órgão para o conhecimento dos valores”. Ou seja, segundo

Husserl, “os valores são apreendidos imediatamente por nosso espírito do mesmo modo que as cores são apreendidas pelos olhos” (HESSEN, 2000, p. 107). De outra forma, “para Scheler a intuição emocional gera um sentir intencional, que ilumina ou visualiza valores ocultos” (HESSEN, 2000, p. 107).

Especificamente em nosso modelo, o juiz Heidegger não adotaria o objetivismo e o intuicionismo de forma excludente. Sua conduta seria um espelho do raciocínio do filósofo Heidegger e nesse caso buscaria sintetizar esses dois extremos, concretamente, personalizando e humanizando o Direito positivo em relação ao caso concreto. O juiz Heidegger entende que o Direito positivo tem sua materialidade no papel, nos manuais, códigos e instituições. Mas é apenas um ideal materializado pela sociedade, pensado em abstrato, e baseado no critério da validade jurídica através do qual se pretende promover a justiça formal (cf. DUARTE; FONSECA, 2014). Ele sabe também que o Direito positivo é uma ordem normativa dotada de potencial coercibilidade. “Nesta conceituação, o Direito se apresenta no modo de ser da coisa, possuindo como substância ideal a ordem normativa e como propriedade ser esta ordem normativa dotada de coercibilidade” (DUARTE; FONSECA, 2014, p.482). Consequentemente, “se o Direito, entendido como coisa ideal, é uma ordem normativa, esta ordem deve ser ordenada da mesma forma que a linguagem entendida como coisa, pois o ente ideal nada mais é do que linguagem. Ou seja, a ordem normativa é ordenada logicamente” (DUARTE; FONSECA, 2014, p. 482).

Considerando essas preliminares, a sentença do juiz Heidegger passa pelo formalismo, mas amplia os limites dos códigos; ou seja, contextualiza e resignifica a aplicação da Lei. Em sua metodologia de trabalho, portanto, “o Direito se mostra inseparável daquela aplicação particular dada na lida prática e, também, inseparável do conceito de justiça, que inclui todo o mundo circundante do Direito, mundo historicamente determinado” (DUARTE; FONSECA, 2014, p.483). Reforçando esse argumento, temos a seguinte situação hipotética:

[...] se vivêssemos em uma época em que fosse permitida escravidão por dívida, em que essa prática fosse considerada justa, provavelmente o nosso homem que foi barrado na boate não usaria o argumento que usou no primeiro exemplo; provavelmente ele sairia correndo de pronto. O mundo circundante, agora, portanto, determina o que é e como deve ser usado o direito. A Ciência que estuda o direito neste modo de ser já não é a Lógica Jurídica, mas a Hermenêutica Jurídica (DUARTE; FONSECA, 2014, pag. 483).

A metodologia do juiz Heidegger parte da premissa de que:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto - lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre também aplicar. Se o direito possui o momento característico do modo de ser do homem, o estar livre para suas possibilidades, isso quer dizer que o direito, além do modo de ser da coisa e do modo de ser do para-quê, também se mostra - e propriamente se mostra - a partir da estrutura ontológica da cura (DUARTE; FONSECA, 2014, p. 484).

A filosofia de trabalho do juiz Heidegger é humanista: coloca as necessidades e potencialidades do Homem no centro de suas atenções, por isso o Direito é um objeto repensado e reconstruído no Mundo no sentido de elevar a dignidade da pessoa e da sociedade humana. Consequentemente, “[...] toda interpretação do Direito sempre se dá no modo da reinterpretação de sua história. A própria justiça, que é um conceito histórico, tem que ser compreendida como não determinada historicamente pelo seu mundo circundante, tem de ser entendida como livre” (DUARTE; FERREIRA, 2014, p. 486). Na visão do juiz Heidegger:

340

O conceito de justiça - está aberto em seu ser. A justiça se pergunta, a cada momento, pelo seu próprio ser. A cada decisão de um juiz, ou pedido de um advogado, ou mesmo em um contrato, o conceito de justiça tem que ser perguntado em seu ser. E isso não poderá nunca deixar de ser assim, porque isso não é uma propriedade de uma substância, mas uma estrutura ontológica, o direito sempre será assim, a justiça sempre estará em aberto. Isso não significa, devemos acentuar, liberalidade total, já vimos que o direito é livre, mas ele é sempre, ao mesmo tempo, inserido em um mundo; ele é sempre um já-ser-em. Sua liberdade, portanto, apesar de não ser determinada, é sempre fática, é sempre uma liberdade para possibilidades e estas, por sua vez, são sempre possibilidades historicamente e existencialmente dadas. Com essa concepção de direito, o fim do direito, a justiça, deixa de ser considerada um conceito pronto e acabado que estaria em algum lugar, seja no mundo das ideias, na linguagem, seja em uma razão transcendental, ou ainda, em um hipotético consenso universal (DUARTE; FERREIRA, 2014, p. 486).

Nessa concepção humanista de Justiça, o juiz Heidegger considera finalmente que:

A culpa de injustiça cai sobre o homem que a praticou, e não mais sobre a economia, a política, a história. Com essa compreensão de direito e de justiça não se pode mais dizer: - “Eu fiz porque estava na lei”. A única resposta possível agora é - “Eu fiz porque eu sou injusto” (DUARTE; FONSECA, 2014, p.488).

6 A Sentença do Juiz Heidegger

Na sentença relacionada ao processo n. 643-27.2014.5.08.0128, da 3ª Vara do Trabalho de Marabá, 8ª Região, o juiz indeferiu o pedido de adicionais de insalubridade e de periculosidade em razão de o laudo pericial legalmente exigido nessas situações não atestar ambiente de trabalho perigoso ou insalubre. Apesar dessa negativa, efetuou-se na sentença o equilíbrio metodológico entre o objetivismo e o intuicionismo no que se refere à busca do ressarcimento pelos danos existenciais.

De um lado, o juiz decidiu embasado nas provas materiais contundentes, que demonstraram a ausência do reclamante de seu ambiente familiar e social; ficando comprovado assim que o período contratual foi abusivo no horário de trabalho das 6:00h às 23:00h, de domingo a domingo, sem folga semanal, sem gozo integral da hora de refeição e sem haver o gozo integral de intervalo entre o fim e o início de outra jornada.

De outro lado, o juiz desenvolveu a sua intuição notando algo invisível, o nexos virtual, projetando as implicações existencialistas decorrentes da ausência do convívio familiar e social, destacando assim convicção de que a parte reclamante perdeu outras oportunidades afetivas e recreativas que comprometeram a sua integridade física e mental.

Verificou-se e intuiu-se, portanto, que a lesão alegada pela reclamante era plenamente coerente e razoável com o seu histórico pessoal, tendo ela conseguido provar até certo ponto que se afastou das relações familiares e sociais em virtude das tantas horas extras trabalhadas.

Houve a fixação da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título indenizatório, sem onerar o ofensor em demasia, levando-se em consideração o caráter pedagógico da indenização concentrado exclusivamente no critério da proporcionalidade. Nesse caso, os valores fixados não prejudicaram a saúde da empresa que possui legalmente função social importante junto à Sociedade.

Diante dessa manifestação, conclui-se que a decisão judicial trouxe equilíbrio à balança da Justiça, seja do ponto de vista formal e substancial, havendo nesse sentido uma decisão legítima que além das provas apresentadas que fundamentaram as causas e os efeitos da situação problemática considerou-se também a intuição do juiz no sentido de construir o nexos virtual entre o que aconteceu e o que deveria acontecer e o que pode resultar no futuro da parte reclamante.

Essas informações foram extraídas da pesquisa realizada na Justiça do Trabalho de Marabá, Estado do Pará, de autoria do acadêmico de Direito Adriano Guimarães de Oliveira, em Trabalho de Conclusão de Curso defendido em março de 2017, sob orientação do professor Heraldo Montarroyos, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA).

CONCLUSÃO

O juiz Heidegger foi projetado nesse estudo para responder virtualmente à seguinte questão: como seria uma sentença trabalhista no Poder Judiciário se um juiz ideal de personalidade existencialista pura entrasse em ação?

A resposta desse estudo considerou hipoteticamente que o juiz Heidegger usaria uma série de critérios, obedecendo a uma ordem lógica de raciocínio, visando julgar o caso concreto sempre na sua singularidade, evitando dois extremos que isoladamente subestimam a riqueza hermenêutica do conceito de danos existenciais.

Nem objetivismo, nem subjetivismo metodológicos, e sim, integracionismo ou síntese desses dois extremos caracterizariam, portanto, a visão de mundo do juiz Heidegger. Consequentemente, a sua sentença buscaria maximizar a hermenêutica do conceito de danos existenciais, conciliando a evidência das provas com a vivência dos fatos traumáticos na vida do trabalhador.

Pelo critério *ontológico*, o juiz Heidegger observaria dois parâmetros fundamentais: o prejuízo à vida de relações e ao projeto de vida do trabalhador. Idealmente, a pessoa deve “estar-no-Mundo”, mas infelizmente o dano existencial no Direito do Trabalho chamado de “dano à existência do trabalhador” impede que o mesmo se relacione e conviva em maior ou menor escala com a Família e Sociedade.

A *metodologia* aplicada com o objetivo de conhecer a realidade dos fatos ilícitos e ilegais desenvolveria a dialética entre a intuição e a objetividade do saber, equilibrando a sensibilidade embasada na presunção do dano com a objetividade ou materialidade das provas e depoimentos. Além do nexo causal, ligando a conduta anterior ao resultado ilícito, o juiz Heidegger focalizaria o *nexo virtual* entre a realidade e a idealidade do futuro sacrificada devido à interferência negativa do padrão, ficando aqui evidentes através da vivência do

trabalhador e da sensibilidade intuitiva do juiz as *oportunidades perdidas no passado, presente e futuro*.

Respeitando a legalidade, o juiz Heidegger com sua hermenêutica existencialista reinterpretaria as normas genéricas da Constituição federal brasileira (artigos 1, 5 e 6); do Código Civil brasileiro (artigos 12, 186 e 927); e da CLT (Legislação Trabalhista), procurando delimitar tecnicamente a reparação dos danos causados por ação ou omissão quando há violação aos direitos da personalidade, ou seja, ele estaria preocupado em personalizar a Lei para o caso concreto, pensando sempre na equidade e Justiça que se encontra dentro e fora do texto legal; nesse sentido produziria uma releitura humanista dos manuais jurídicos.

O juiz Heidegger procuraria personalizar a Lei e conferir abertura do Direito para o Mundo, resolvendo o caso concreto com justeza, combinando validade e efetividade da Lei. Em sua metodologia de observação dos fatos, aplicaria também o critério auxiliar da razoabilidade; quer dizer, o projeto de vida sacrificado pelo trabalhador deveria ser minimamente coerente com os meios adotados até então, em determinado período da história de vida da parte reclamante no processo.

Do ponto de vista *axiológico*, seriam invocados valores fundamentais, como liberdade do trabalhador; responsabilidade existencialista do patrão; eficiência da empresa do ponto de vista humano e constitucional; mais dignidade da pessoa e da sociedade humana. Seria possível, inclusive, que o juiz Heidegger condenasse a irresponsabilidade praticada pelo trabalhador sobre si próprio, quando induziu e convenceu o patrão a aumentar a sobrecarga de trabalho, pretendendo receber melhor salário, negando nesse caso o princípio fundamental do existencialismo, que é “cuidar de si”, com desprezo nessa situação da própria saúde física e mental, da liberdade pessoal e do direito inalienável de “estar-no-Mundo”.

Pelo critério *teórico*, o juiz Heidegger observaria a natureza conceitual do delito praticado, separando o dano moral do existencial. O primeiro tipo de dano representa lesões psicológicas e éticas, enquanto o dano existencial provoca consequências sociológicas que são visualizadas através das *oportunidades perdidas* no histórico existencialista de cada pessoa, fato esse problematizado em determinado contexto onde impera o princípio da eficiência cega e egoísta em detrimento da função social da empresa.

Pelo critério *prático de solução judicial do problema*, o juiz Heidegger recorreria à moderação e proporcionalidade; ou seja, pela moderação aristotélica, determinaria pagamento

de indenização em quantia que pretende desestimular a reincidência e compensar a privação sofrida pelo trabalhador, sem onerar excessivamente o ofensor e sem enriquecer a vítima. Especificamente, o critério da proporcionalidade avalia a gravidade do delito associada com a capacidade econômica da empresa. O resultado final dependerá da intuição do aplicador do Direito, pois não existe uma tabela monetária pronta, nacionalmente, à sua disposição.

Pelo critério *contextual*, por último, o juiz Heidegger admitiria que existem três modos de existência no Mundo: das coisas, do manual e do ser. No ordenamento jurídico existem coisas objetivas, leis, instituições, processos e provas materiais. Também no Direito funcionam manuais diversos estabelecendo e guiando oficialmente condutas e relações interpessoais e coletivas não exclusivamente pelo viés da coerção, como é o caso, virtuoso, da Constituição, ou do Código Civil ou da CLT ou dos Direitos Humanos Internacionais. Além disso, existem pessoas que devem ser livres em suas escolhas e têm direito e necessidade antropológica de “existir”.

Sendo um vigilante atento contra a alienação da pessoa humana, o juiz Heidegger reconhece que o sistema pode *coisificar as pessoas*, havendo o risco da massificação administrativa, cultural e econômica na sociedade moderna com o *fechamento* existencial ou enclausuramento do trabalhador na empresa, fato esse geralmente associado com a exclusão ou demissão daqueles que desobedecem ao pedido do patrão.

Contra esse problema, o juiz Heidegger transforma a sua sentença num manifesto político do Direito. Desse modo, o ideal do conceito de danos existenciais é reinterpretado no sentido de reafirmar o bem-estar e a saúde do trabalhador no Mundo, com dignidade, responsabilidade, liberdade, fraternidade e legalidade.

Concretamente, as sentenças dos juízes que adotam esse paradigma representam uma tentativa constitucional de se garantir a integridade existencial do trabalhador, assegurando-lhe o direito de “estar-no-Mundo, onde ele deve conviver dignamente com sua família e comunidade e construir a sua história de vida autêntica e particular, mas sempre com responsabilidade social e individual no sentido de cuidar de si e dos outros.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Andrei Cesário de Lima; MONTARROYOS, Heraldo Elias. Economia política constitucional: programa de pesquisa de James Buchanan e as tecnologias civis. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, v. 9, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50563>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

ARAÚJO, Emília Rodrigues. Política de tempos: elementos para uma abordagem sociológica. *Política & Trabalho: Revista de Ciências Sociais*, n. 34, p.19-40, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/download/12182/7047>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial: breves considerações). *Revista LTr - Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p.26-29, jan. 2009. In: FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2653, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BOUCINHAS Filho, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. Dano Existencial e o Direito do Trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Paraná*, Curitiba, Escola Judicial, v. 2, n. 22, p. 26-51, 2013. Disponível em: <<https://www.ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/...html/ConstituicaoTextoAtualizado_EC84.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. *Código Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BUCHANAN, James. *Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica*. Tradução de Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

DUARTE, Francisco Carlos; FONSECA, Felipe Duarte Almeida Da. Fenomenologia hermenêutica: o Direito na visada de Ser e Tempo de Heidegger. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 2, mai./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Vanessa Rocha. O dano existencial nas relações de trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3, n. 1, p. 97-116, jan./abr. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito Comparado. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVII, p. 229-242, 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27650.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Noções fundamentais sobre os danos existenciais. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Paraná*, Curitiba, Escola Judicial, v. 2, n. 22, p. 62-78, 2013. Disponível em: <<https://www.ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1993.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Dano Existencial no Direito do Trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Paraná*, Curitiba, Escola Judicial, v. 2, n. 22, p. 10-25, 2013. Disponível em: <<https://www.ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

LLOYD, Christopher. *As estruturas da História*. 1. ed. Tradução de Maria Julia Goldwasser. Revisão de Ronaldo Vainfas. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1995.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. O observatório judiciário de Ronald Dworkin. O império do Direito e o conceito de integridade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 17, n. 3117, 13 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20850>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. A lógica da argumentação jurídica positiva: como é a sentença do juiz Hart? São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 950, p. 235-257, dez. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/106751/RTDoc%20%2016-8-31%203_56%20%28PM%29.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Inventário epistemológico das ideias neocontratualistas do economista James Buchanan: a racionalidade econômica e sua aplicabilidade microssocial. *Revista Direito e Humanidades*, Universidade de São Caetano do Sul, a. XI, n. 19, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/1093/898>. Acesso em: 16 jun. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. RO 105-14.2011.5.04.0241. Relator Des. José Felipe Ledur. 1ª Turma. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 03 jun. 2011. In: Boucinhas Filho, Jorge Cavalcanti; Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.lex.com.br/doutrina>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

RODAS, Sérgio. *Jornada de trabalho excessiva não gera automaticamente dano existencial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/jornada-trabalho-excessiva-nao-gera-si-ano-existencial>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2009.

Submissão: 23/03/2017
Aceito para Publicação: 14/07/2017



ESTUDO DIRIGIDO AO LATROCÍNIO: UMA ABORDAGEM AO DELITO NO MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ NO PERÍODO DE 2003 A 2013

LARCENY DIRECTED STUDY: AN APPROACH TO CRIME IN MUNICIPALITY OF GRAVATAÍ IN THE PERIOD OF 2003 TO 2013

Andrea Porto da Costa *

José Antônio Gerzson Linck **

RESUMO: A pesquisa teve como objetivo problematizar cursos de ação exercidos por autores de crime de latrocínio na cidade de Gravataí e a existência de ocorrências violentas na execução da pena destes autores. Para isso, primeiramente buscou-se identificar quantos crimes foram elucidados no Município de Gravataí no período de 2003 a 2013. Após esse levantamento, averiguou-se como e onde esses autores cumprem a pena a fim de rastrear a existência ou não de atitudes violentas no estabelecimento prisional que possam ser caracterizadas como uma extensão da violência. Para responder ao objetivo da pesquisa foram adotados três trajetos: no primeiro relatou-se o contexto da violência na região metropolitana, bem como, um possível parâmetro entre os autores selecionados, no segundo analisou-se a execução penal desses autores e no terceiro trajeto verificou-se de que maneira a Administração Carcerária aborda as condutas no cárcere. No cenário da pesquisa foram utilizadas as opiniões de profissionais que lidam diariamente com o tema violência tanto na sociedade como no ambiente prisional. Não foram verificadas atitudes que demonstrem uma continuidade da violência no ambiente prisional a partir de duas assertivas: primeiro porque os autores analisados não apresentaram condutas violentas no curso da sua execução penal e segundo porque, aparentemente, a Administração Carcerária possui um controle sobre as atitudes violentas no cárcere. Por fim, foi realizado esboço crítico sobre os resultados da pesquisa.

ABSTRACT: This study aimed to investigate if the violent attitude exercised by robbery crime perpetrators can be caught or return to manifest in the course of execution of the sentence. For this, first sought to identify how many crimes have been elucidated in the municipality of Gravataí from 2003 to 2013. After this survey, it was investigated how and where these authors met the sentence to trace the existence of violent attitudes prison that can be characterized as an extension of violence. To met the objective of the research there was adopted three paths: the first reported to the context of violence in the metropolitan area, as well as a possible parameter of the selected authors, the second analyzed the criminal enforcement of these authors and the third path found itself that way the prison Administration addresses the conduct in prison. In the scenario of the research were used the opinions of professionals who daily deal with the topic violence both in society and in the prison environment. Finally, attitudes have not been verified to demonstrate a continuity of violence in the prison environment from two assertions: first because the authors analyzed showed no violent conduct in the course of its criminal enforcement and second because, apparently, the Prison Administration has control over violent attitudes in prison.

PALAVRAS-CHAVE: Violência. Comportamento. Latrocínio. Cárcere. **KEYWORDS:** Violence. Behavior. Armed Robbery. Prison.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Sobre o Latrocínio. 2 Metodologia. 3 O Retrato do Latrocínio no Município de Gravataí/RS. 4 A Execução Penal e a Situação Atual dos Autores. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Disposto na legislação brasileira no rol dos crimes contra o patrimônio e classificado como um crime hediondo, o latrocínio abrange ao mesmo tempo dois bens jurídicos tutelados:

* Graduada em Direito pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade (CNEC), Rio Grande do Sul.

** Pós-Doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor Colaborador do programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor da Faculdade de Direito da Campanha Nacional de Escolas da Comunidade (CNEC), Rio Grande do Sul.

o patrimônio e a integridade física da pessoa. Ainda, pode-se supor que nem todos os autores são violentos, ou exerceram de violência ao praticar o delito. Contudo, conforme o decorrer desta pesquisa, verificou-se que há enorme complexidade quanto a conduta do(s) autor(es), o patrimônio auferido e os fatores que desencadearam tais atitudes.

Em relação à metodologia, a forma utilizada para esse estudo envolveu a coleta e análise de dados, pesquisa qualitativa e quantitativa, além de pesquisa bibliográfica. Para esse fim, delimitou-se a região a ser estudada, bem como, os autores a serem analisados. Em relação ao perímetro, a escolha foi à região metropolitana, precisamente o Município de Gravataí, utilizando-se como critério a busca de todos processos com trânsito em julgado na Comarca entre o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2013. A porção encontrada não contabiliza aqueles crimes que mesmo investigados não foram concluídos ou ainda aqueles que sequer foram descobertos no Município, porém cabe ainda mencionar, que a presente análise parte da totalidade dos casos elucidados no período.

1 SOBRE O LATROCÍNIO

Historicamente a palavra latrocínio vem do Direito Romano como “uma estreita ligação com o chamado homicídio mediante paga, [...] como modalidade de homicídio praticado por motivo torpe¹”. Na Roma Antiga, o latrocínio chegou a ser conceituado como um delito mercenário no qual o executor recebia para tal ação uma recompensa ou ainda um pagamento.

Segundo Marcelo Fortes Barbosa, a tradicional expressão latrocínio, utilizada para classificar a forma mais gravosa do crime de roubo, “foi prevista no art. 359 do Código de 1890 e reproduzida na Consolidação das Leis Penais com numeração e letra idêntica²”.

Ainda, de acordo com o autor, a evolução histórica do latrocínio passou por algumas etapas:

No Brasil, o latrocínio passou a integrar o elenco dos crimes previstos no famoso livro V das Ordenações Filipinas, por meio de um alvará de 20 de outubro de 1763, e, portanto, a partir de então, passou a ser punido sendo certo que a pena imposta era a morte por meio de força³.

¹ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Latrocínio*. 1. ed. São Paulo. Malheiros. 1997, p. 13.

² BARBOSA, Marcelo Fortes. *op. cit.*, p. 13

³ BARBOSA, Marcelo Fortes. *op. cit.*, p. 15.

Além disso, refere o autor:

No código de 1830 a modalidade do delito passou a ser punida de maneira mais grave com a pena de homicídio qualificado, tendo como sanção a pena mínima de 20 anos de galés, a média de galés perpétuo e a máxima de morte⁴.

Oliveira diz que “o latrocínio foi especificado, em dispositivo autônomo, no Código Penal de 1890, no art.359, sendo que a estipulação referente à tentativa, prevista no art.360, já provocava acirrados debates na época⁵”.

Em concordância com a autora enumera Barbosa:

Art.359 – Se para realizar o roubo ou no momento de ser perpetrado, se comete morte:

Penas - de prisão celular de doze a trinta anos.

I – Se cometer-se alguma lesão corporal das especificadas no art. 304:

Penas de prisão celular por quatro a doze anos.

Art.360 – A tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violência, ainda que não se opere a tirada da coisa alheia, será punida com as penas do crime se dela resultar a morte de alguém, ou a pessoa ofendida alguma das lesões corporais especificadas no art.304⁶.

351

O Código de 1940, atualmente em vigor na legislação brasileira, dispõe o roubo qualificado pelo resultado morte no capítulo destinado aos crimes contra o patrimônio, porém a nomenclatura latrocínio, não vem especificada no corpo do texto.

O tipo penal roubo qualificado pela morte é definido como um crime complexo⁷, isto é, o mesmo tipo penal abrange a fusão de dois ou mais crimes (constrangimento, ameaça ou violência acrescido de furto), porém, para que esse crime seja consumado se faz necessária a realização de todo o tipo penal. Ainda, de acordo com a doutrina, o tipo penal pode ser definido como um crime pluriativo⁸ visto que, a conduta delituosa atinge ou lesiona mais de um bem jurídico ao mesmo tempo (patrimônio e a integridade física da pessoa).

De acordo com o Código Penal Brasileiro:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

⁴ BARBOSA, Marcelo Fortes. *op. cit.*, p. 15.

⁵ OLIVEIRA, Patrícia de. O Latrocínio na Legislação Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 25, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12022>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

⁶ BARBOSA, Marcelo Fortes. *op. cit.*, p. 16.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*



Pena – reclusão, de quatro a dez anos e multa.

[...]

§3º Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, sem prejuízo da multa⁹.

Nota-se que o legislador ao tipificar essa agravante no rol dos crimes patrimoniais buscou primeiramente a defesa do patrimônio, pois esta é a intenção inicial do agente - subtrair coisa móvel alheia ainda que para isso tenha que atingir o bem jurídico vida.

Desta forma, no latrocínio o autor mata para assegurar a posse do bem subtraído ou para cometer o roubo em si, o que reforça a sua intenção que é meramente patrimonial. É o caso, por exemplo, do autor que atira na vítima para roubar um bem ou rouba e depois atira a fim de impedir que a vítima busque socorro.

Conforme Bitencourt:

Pode-se afirmar, com certa segurança, que doutrina e jurisprudência não discrepam quanto à aplicação do disposto no § 3º tanto ao roubo *próprio* quanto ao *impróprio*; é indiferente que o agente produza o resultado mais grave na vítima (lesão grave ou morte) para cometer a subtração, durante a sua execução ou após a sua realização¹⁰.

352

Cabe ainda ressaltar que a tipificação contida no § 3º demonstra que o resultado da violência utilizada deve surgir da peculiaridade da intenção do agente, ou seja, seu único objetivo naquele momento é de subtrair o bem e a morte é o meio pelo qual o autor utiliza para alcançar esse objetivo.

Assim discorre a doutrina:

Importa frisar que a morte deve decorrer do emprego de violência pelo agente, com o fim de se apoderar da *res* ou assegurar a sua posse ou garantir a impunidade do crime. Se, contudo, a morte advier de motivos outros, como ciúmes, vingança, etc., haverá o crime de roubo em concurso com o crime de homicídio¹¹.

A segunda peculiaridade deste crime refere-se à modalidade consumação e tentativa. De acordo com o Código Penal diz-se que o crime é consumado quando este reúne todos os elementos da sua definição legal e tentado quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente¹².

⁹ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 91.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 448.

¹² BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Art.14, I e II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015.

Nesse sentido, temos latrocínio consumado sempre que houver lesão ao bem jurídico vida, ou seja, sempre que houver o resultado morte, não importando se o agente realizou ou não a efetiva subtração patrimonial.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima¹³”.

Conseqüentemente, observa-se que no crime de latrocínio a particularidade do agente está diretamente ligada a sua intenção que no caso deve ser de subtrair o patrimônio alheio utilizando para esse fim o uso de violência sem mensurar a consequência do seu ato.

Ainda cabe mencionar, que a terminologia latrocínio foi utilizada pelo legislador e inserida na Lei 8.072/90¹⁴, tanto na modalidade consumada como tentada¹⁵. Esses crimes de natureza hedionda são definidos como delitos de máxima potencialidade lesiva, e em razão da sua maior gravidade, são objeto de punições mais severas como forma do Estado assegurar um tratamento mais rigoroso na punição do delito, e ainda, oferecer a sociedade uma resposta mais positiva na contenção dos crimes considerados como mais graves e/ou repugnantes.

Verifica-se que para o caso em tela é imposto ao autor o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, considerado como o mais rigoroso, devendo ser necessariamente cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, porém sua aplicação deve obrigatoriamente respeitar o limite máximo de 30 (trinta) anos.

Conforme Santos:

O limite máximo de 30 (trinta) decorre da proibição constitucional de penas perpétuas (art.5º, XLVII, b, CF). A única exceção ocorre na hipótese de condenação por fato punível cometido *após o início da execução* da pena em que a *reunificação* determinada pela nova pena *aplicada* desconsidera o tempo de pena já cumprido¹⁶.

Ressalta-se ainda, que com o advento da Lei 8072/90 os crimes classificados como hediondos, como é o caso do latrocínio, também poderão ser beneficiados com a progressão

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 610. DJ de 31 de outubro de 1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2562>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹⁴ Lei 8072/90 dispõe sobre os Crimes Hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os Crimes Hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹⁵ Esta análise acerca do tipo penal é importante para a presente pesquisa, mas as divergências entre os autores não fazem parte do objeto do trabalho.

¹⁶ SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 490.

de regime¹⁷. Neste caso, para que ocorra a progressão é necessário o cumprimento de 2/5 da pena para o condenado primário, e de 3/5 da pena para o condenado reincidente.

2 METODOLOGIA

Esta pesquisa acadêmica teve início em 16 de julho de 2015 quando houve a primeira visita às Varas Criminais da Comarca de Gravataí/RS a fim de verificar a viabilidade de pesquisar processos referentes ao crime de latrocínio. Após a autorização iniciou-se a busca por esses processos na Comarca, buscando para isso, uma relação dos casos, transitados em julgado, sentenciados de acordo com o art. 157 § 3º do Código Penal¹⁸ - foco da presente pesquisa de campo. A seleção necessitou também de uma delimitação temporal, pois somente seria possível o levantamento de processos cadastrados no atual programa do Judiciário¹⁹. Desta forma foram selecionados todos os processos relativos ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2013, tendo em vista que o período anterior a 2003 estava cadastrado em um sistema desabilitado na Comarca restando, conseqüentemente, inviável a busca cronológica de julgados da década de 90.

Após a delimitação temporal, verificou-se que no cadastro de processos do Poder Judiciário não havia a nomenclatura latrocínio, sendo assim, foi necessário buscar processos cadastrados com a classificação genérica de classe CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E EXTORSÃO²⁰, tendo como resultando 1119 processos.

¹⁷ “A progressão representa a passagem do preso de regime de maior rigor para regime de menor rigor punitivo, após cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário comprovado pelo Diretor do estabelecimento (art.112, LEP), mediante decisão judicial motivada precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa (art.112, §1º, LEP)” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, p. 475).

¹⁸ Verificou-sei que o magistrado fundamentou algumas sentenças referindo-se ao parágrafo 3º *in fine* e em outras ocasiões apenas ao parágrafo 3º, contudo para a presente pesquisa foram utilizadas todas as sentenças transitadas em julgado que relacionavam o delito cometido como latrocínio, independente da modalidade tentativa ou consumação.

¹⁹ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul implantou em 152 Comarcas do Estado o novo sistema Themis, que tem por finalidade automatizar o trabalho desenvolvido nos Foros.

²⁰ A busca pelo tipo penal ocorreu com as respectivas palavras-chaves em razão da distribuição feita pelo TJ/RS. A partir do momento que o Inquérito Policial aporta no Judiciário, o setor de distribuição verifica como o delegado indiciou o suposto autor. A classificação pelo tipo penal ocorre de acordo com o indiciamento, ou seja, os delitos tipificados e relacionados ao patrimônio são classificados conforme a sua natureza e disposição no Decreto-Lei nº 2848/40. Ainda, de acordo com dispositivo da “Consolidação Normativa Judicial Art. 399 – Para efeito de distribuição, os processos serão divididos em classes, com relação à natureza, e em séries, conforme o valor”.

A partir desta primeira amostra o próximo passo foi verificar no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) os processos sentenciados de acordo com o artigo 157 § 3º do Código Penal. Cabe mencionar que, do montante total da primeira amostragem, grande número de processos não possuía sentença cadastrada no site do TJ/RS, sendo necessário que a pesquisa fosse verificada nos dados de 2º grau - Acórdãos e Decisões Monocráticas. A partir deste recorte obteve-se um total de 30 processos distribuídos e 41 autores.

Com o aprofundamento da pesquisa, constatou-se que durante a instrução processual algumas alterações ocorreram: um autor foi absolvido no Tribunal de Justiça tendo em vista a insuficiência de provas e o não reconhecimento das vítimas em Juízo, um autor foi a óbito durante a instrução processual, um autor foi a óbito não sendo informado o motivo e três autores foram separados do processo principal.

Assim, a pesquisa de campo foi analisada em 25 processos distribuídos para 35 autores. Após esse novo recorte verificou-se onde esses processos estavam arquivados, constatando-se que a grande maioria estava no Arquivo Judicial de Porto Alegre/RS, para onde se encaminhou requerimento para acessá-los. Com o deferimento do Arquivo Judicial e após o desarquivamento iniciou-se a análise dos autos²¹.

Para a verificação e análise das informações que constam nesta pesquisa foram localizados 18 processos físicos (todos no Arquivo Judicial de Porto Alegre), 06 processos pelo sistema Themis (onde as informações foram retiradas da Sentença ou do Acórdão) e, em um processo, não foi possível obter as informações mais relevantes, apenas os dados cadastrados na pasta da execução penal do autor.

3 O RETRATO DO LATROCÍNIO NO MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ/RS

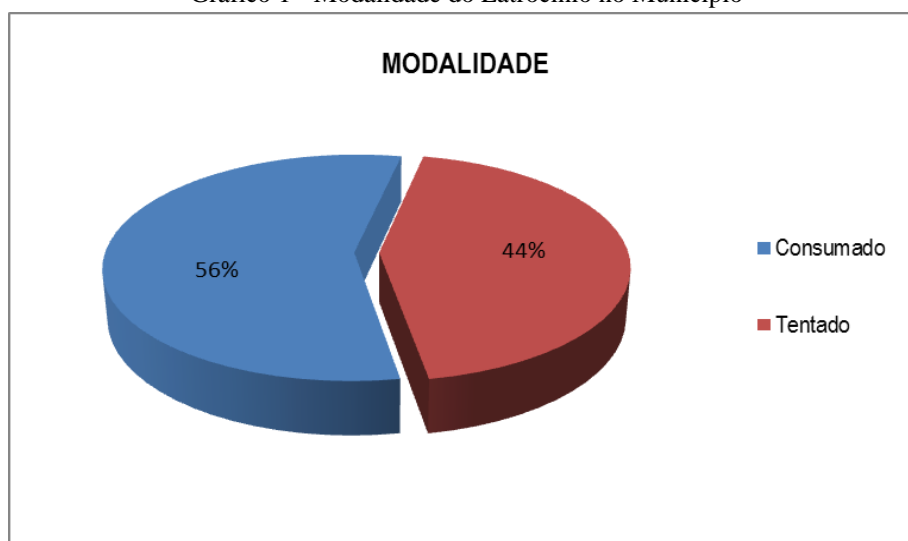
O Município de Gravataí/RS está inserido na Região Metropolitana de Porto Alegre/RS e como tal, apresenta diariamente um grande fluxo de pessoas que transitam de várias localidades. Além disso, o Município possui divisões urbanas e rurais dentro do mesmo perímetro e essa extensão vem contribuindo para o aumento da insegurança da sociedade local.

²¹ As visitas ocorreram nos dias 25 de fevereiro de 2016 e 03 de março de 2016. O setor responsável disponibilizou o acesso integral aos autos, com cópia de todas as informações necessárias para o trabalho, com exceção das cópias de cd's que não foram autorizadas.

Antes de discutir os principais aspectos da identidade do latrocínio, é importante mencionar que mesmo abordando o retrato da violência não se pode traçar um perfil definitivo para esses autores. Presume-se, que os indicadores encontrados durante a avaliação aos autos possam deduzir algumas características comportamentais, mas longe de defini-las como um padrão. O que se vislumbra é, a partir dos dados coletados, apresentar o contexto do crime de latrocínio na Região Metropolitana, especificamente na localidade selecionada.

O levantamento inicial desta pesquisa está relacionado com a modalidade do próprio tipo penal que apresenta em seu enquadramento as particularidades consumação e tentativa. Dos 25 processos analisados, verificou-se que em 14 casos a vítima foi a óbito (o que configura o crime como latrocínio consumado) e em 11 casos, o crime foi caracterizado como tentado (não havendo a morte da vítima) independentemente da subtração do bem patrimonial. Esta explanação resta demonstrada no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Modalidade do Latrocínio no Município



Fonte: Elaborado pela autora, 2016.

Conforme o levantamento das informações o parâmetro do delito no Município foi de 56% na modalidade consumada e 44% na forma tentada.

Em relação à autoria, foram encontrados 34 autores do sexo masculino e apenas um do sexo feminino com participação efetiva. Por outro lado, a realidade do delito no Município demonstrou que há efetivamente o envolvimento de menores, e de acordo com a análise aos autos essa atuação foi essencial em alguns casos para a consumação do crime. Logo, constata-

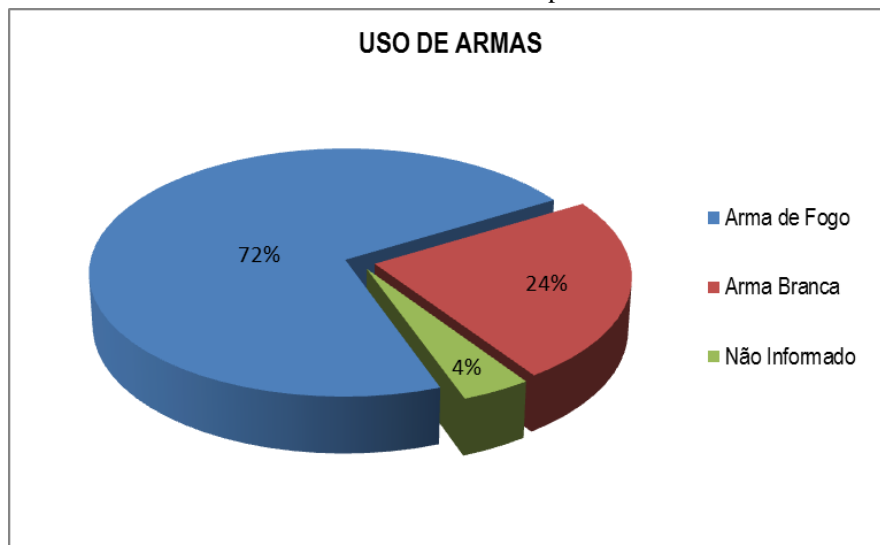
se que dos 25 delitos ocorridos no período estudado, em 07 deles houve a participação de menores, correspondendo a 28 % do total.

Ainda, em relação à autoria, observa-se que, na maioria dos casos, os autores fizeram o uso de arma de fogo para atingir o resultado, ou seja, a intimidação e subtração do bem patrimonial desejado. Igualmente, verifica-se que alguns autores fizeram o uso de arma branca (na presente pesquisa descrita como faca e facão).

Desta maneira, do montante de 25 processos analisados, identifica-se que em 72% dos casos os autores fizeram o uso de arma de fogo para cometer o delito e em 24% dos casos fizeram o uso de arma branca, o que em números corresponde a 18 casos com o uso de arma de fogo e 06 casos com arma branca.

Esta informação resta demonstrada abaixo:

Gráfico 2 - Armas utilizadas pelo Autor



Fonte: Elaborado pela autora, 2016²².

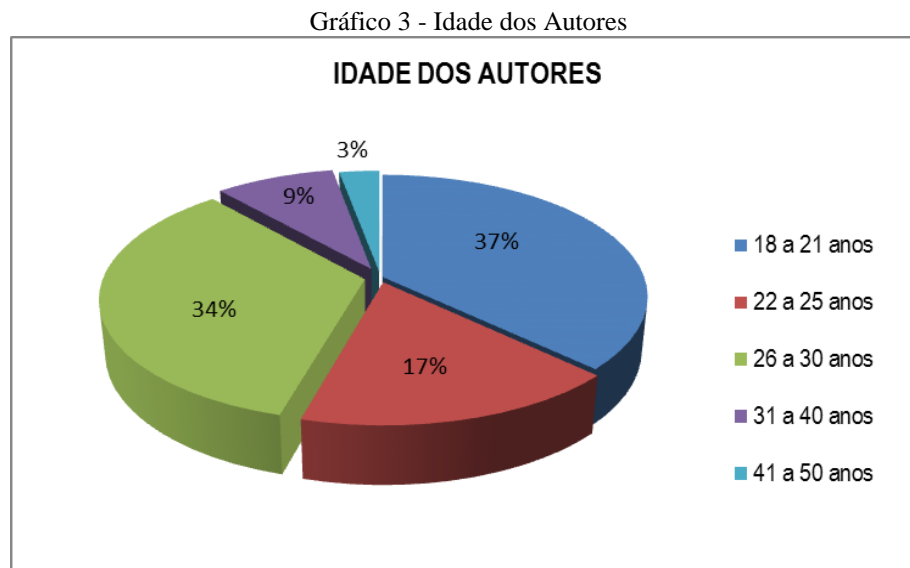
Com essa relação estabelecida, obteve-se a informação sobre a proporção de vítimas fatais. Quando os autores fizeram o uso de arma de fogo esta porcentagem chegou a 50%, já quando a arma branca foi utilizada o número de vítimas aumentou consideravelmente chegando a 83% de vítimas fatais. Verificando os autos não há indicação, na maioria dos casos, da procedência das armas de fogo, mas acredita-se que estas foram obtidas por meios

²² A porção de 4% corresponde ao processo que não está cadastrado no sistema Themis. Assim, em razão do fato ter ocorrido antes da informatização do Judiciário, não foi possível verificar o tipo de arma utilizada pelo autor.

ilegais. Essa circulação de armas estabelece na sociedade um temor em relação à segurança e, pode ainda, contribuir indiretamente para o crescimento da criminalidade.

Outra informação relevante para esta pesquisa foi em relação à idade que os autores possuíam quando cometeram os delitos.

Conforme o gráfico abaixo:



Fonte: Elaborado pela autora, 2016.

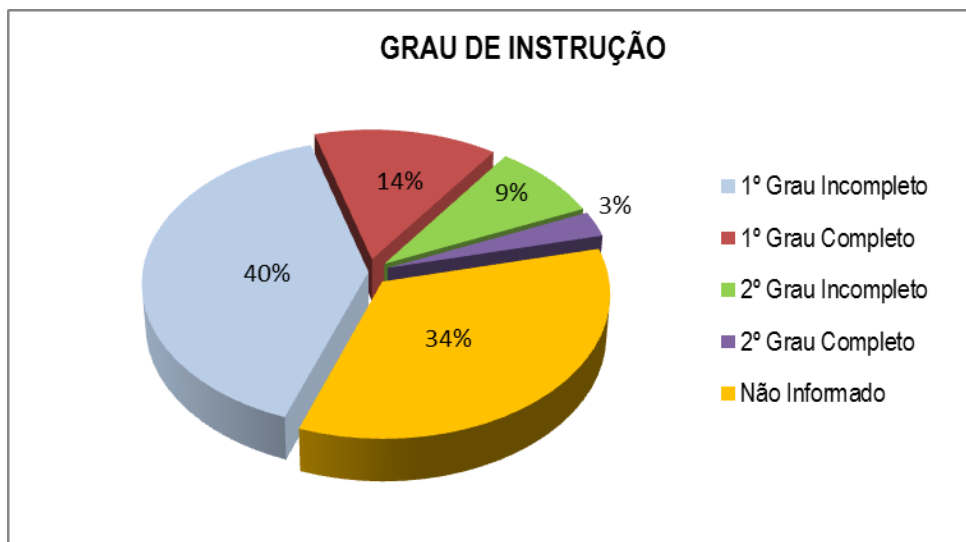
Em relação à idade, percebe-se que há uma fragmentação muito próxima entre duas faixas etárias. Deste modo, constatou-se que na época do fato, 13 autores possuíam entre 18 e 21 anos de idade, 12 autores entre 26 e 30 anos, 06 autores entre 22 e 25 anos, 03 autores entre 31 e 40 anos e somente um autor possuía a idade entre 41 e 50 anos.

No que diz respeito à educação, o gráfico demonstra que 14 autores possuem o 1º grau incompleto, 05 possuem o 1º grau completo, 03 possuem o 2º grau incompleto, 01 concluiu o 2º grau, 12 não informaram a escolaridade.

Embora não exista um padrão para o cometimento do delito, tão pouco para as características intelectuais dos autores, nota-se que uma grande porção apresenta o 1º grau incompleto. Ainda, verifica-se que há um índice muito baixo de autores com o 2º grau completo e a total ausência de autores com nível superior.

Estes dados restam demonstrados conforme o gráfico abaixo:

Gráfico 6 - Escolaridade dos Autores



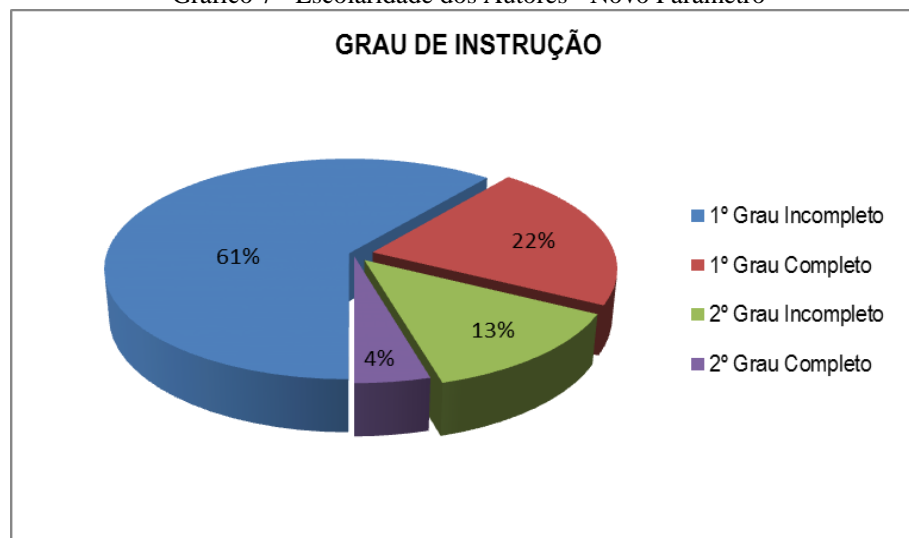
Fonte: Elaborado pela autora, 2016.

359

Percebe-se também, que a porção correspondente à escolaridade não informada, pode mascarar a realidade do delito. Assim, para evitar que esses dados ficassem ocultos retirou-se do total da amostra o percentual de 34% redefinindo este cenário. Com a tabulação dos dados restantes obteve-se uma nova estimativa, e conseqüentemente, novos parâmetros.

Esta nova exposição resta demonstrada abaixo:

Gráfico 7 - Escolaridade dos Autores - Novo Parâmetro



Fonte: Elaborado pela autora, 2016.

No que diz respeito à profissão, averiguou-se que apenas 9% dos autores exerciam atividades intelectuais, provavelmente, pelo próprio grau de instrução que estes apresentavam. Em contrapartida, o trabalho braçal abrange a maioria dos pesquisados e de certa forma poderia ser um pressuposto para o cometimento do delito. Talvez as atitudes dos autores estejam baseadas na própria realidade vivida por eles em meio a sociedade, uma vez que a vulnerabilidade social, a baixa escolaridade, à falta de acesso a melhores empregos e as restrições econômicas, cooperariam para o desencadeamento de condutas atípicas.

Conforme a Tabela demonstrada abaixo:

Tabela 1 - Profissões dos Autores

Profissões	Quantidade de Autores
Açougueiro	2
Auxiliar Administrativo	1
Auxiliar de Depósito	1
Auxiliar de Produção	1
Ajudante	1
Ajudante de Pedreiro	3
Carpinteiro	1
Cinegrafista	1
Comerciário	1
Cortador de Pedreira	1
Desempregado	1
Eletricista	1
Não informado	13
Pedreiro	3
Sem profissão	1
Servente de Obras	2
Serviços Gerais	1
Total	35

Fonte: Elaborada pela autora, 2016²³.

Assim, na época dos fatos, a ocupação profissional dos autores correspondia ao percentual de 9% para aqueles que desenvolviam atividades intelectuais e 48% para os que desenvolviam algum tipo de atividade braçal. Resta ainda a informação de que 03% dos autores estavam desempregados, 03% dos não possuíam profissão definida e 37% dos autores não indicaram a profissão nos autos.

²³ Estas informações partem da análise de todos os processos, inclusive os que não foram encontrados no arquivo judicial. Para esses processos utilizou-se a busca dos dados pelo sistema Themis do Judiciário.

Em análise acerca das condutas dos agentes no cometimento do delito, através dos dados colhidos em pesquisa realizada nos processos pertencentes ao acervo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi possível produzir as seguintes informações:

Tabela 1- Informações Quanto À Execução Do Delito

QUESTÃO VIOLÊNCIA A violência exercida pelo autor antecede ou sucede a posse do bem?		QUESTÃO REAÇÃO A(s) vítima(s) reagiu(ram) ao roubo?		QUESTÃO SUBTRAÇÃO Houve subtração do bem patrimonial?	
Antes da Posse	Depois da Posse	Sim	Não	Sim	Não
17	03	15	05	07	13

Fonte: Elaborada pela autora, 2016

Observou-se, conforme a Tabela, que na questão referente à violência, a agressão exercida pelo autor no cometimento do delito antecede a subtração do bem patrimonial em 17 dos processos analisados e em 03 processos essa violência sucede a subtração do bem. Na questão reação, observa-se que houve algum tipo de reação em 15 processos analisados e em 05 processos não foram detectadas reações por parte da(s) vítima(s). Por fim, na questão subtração, observa-se que em 07 processos houve a subtração do bem patrimonial e em 13 processos não houve a efetivação da subtração ao bem patrimonial.

Cabe ainda mencionar, que os dados levantados nesta Tabela partem da totalidade de 20 processos (porção de processos que possuíam informações relevantes para essa tabulação) além de um processo que foi analisado separadamente uma vez que apresentou 03 fatos distintos que ocorreram no intervalo de uma hora: no 1º fato houve a subtração do bem, a violência exercida pelo autor foi posterior à posse do bem subtraído e não houve reação da(s) vítima(s), no 2º e 3º fato houve a subtração do bem, a violência foi exercida antes da subtração e não houve reação da vítima.

4 A EXECUÇÃO PENAL E A SITUAÇÃO DOS AUTORES

De acordo com a Lei de Execução Penal (LEP)²⁴, após o trânsito em julgado de sentença condenatória será confeccionado um novo processo. Trata-se de uma nova relação jurídica, administrativa e jurisdicional destinada ao efetivo controle da pena onde,

²⁴ BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.



obrigatoriamente, são registradas as anotações pertinentes à condenação, ao andamento da execução, a concessão ou não de benefícios, as decisões do juízo entre outras informações.

Ainda, conforme a lei, para os casos em que o autor esteja segregado antes do trânsito em julgado e que não seja possível apelar da sentença em liberdade, a fim de que não exista prejuízo, é assegurada a expedição da guia de recolhimento provisória onde ficam resguardados todos os direitos e benefícios da condenação definitiva. Assim, o autor do crime de latrocínio quando encaminhado para o estabelecimento prisional, poderá em alguns casos, estar recolhido provisoriamente aguardando o andamento do processo de conhecimento até que haja a condenação irrecorrível.

Logo, para a continuidade desta pesquisa verificou-se a necessidade de localizar os processos de execução²⁵ a fim de obter informações pertinentes ao andamento do processo e do Juízo responsável pela fiscalização da pena. Ressalta-se que do total de 35 autores, 27 destes foram recolhidos provisoriamente durante a instrução processual, não sendo oportunizado o direito de apelar da sentença em liberdade. Essa situação, cada vez mais recorrente em nossa realidade prisional, traz em seu contexto algumas consequências: a primeira delas, é que esse período de segregação provisório deve ser contabilizado do total da pena quando a sentença não for mais recorrível²⁶, e desta forma, computar um novo cálculo para o regime prisional; a segunda se refere à inclusão do autor no ambiente prisional, pois ao adentrar no mesmo espaço a convivência com outros detentos torna-se obrigatória e é inevitável a adaptação aos padrões da prisão e da nova comunidade formada no meio carcerário.

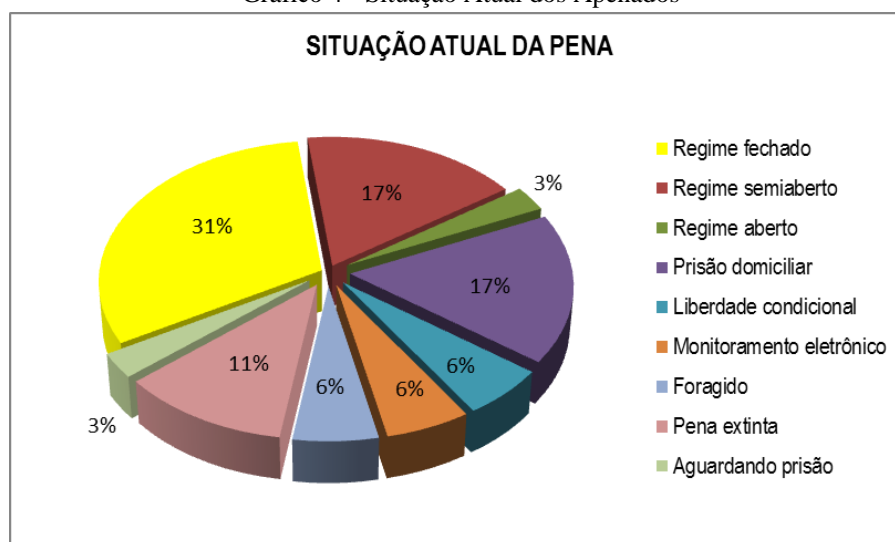
362

²⁵ Para o levantamento desses processos foi utilizada uma ferramenta existente na pasta de trabalho do programa Themis/TJ da Vara de Execução Criminal onde atuo profissionalmente.

²⁶ A detração está prevista em norma legal. Art. 42 do Código Penal: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Utilizando os parâmetros colhidos verifica-se que a situação atual dos apenados está assim definida:

Gráfico 4 - Situação Atual dos Apenados



Fonte: Elaborado pela autora, 2016

363

A pesquisa analisou quantos e quais dos autores selecionados cometeram alguma atitude que pudesse ser caracterizada como violenta dentro do cárcere. Para isso, verificou-se a necessidade de abordar dois trajetos indispensáveis: um em relação à atitude do autor durante o cumprimento da pena e, outro em relação ao funcionamento da Administração Carcerária com a finalidade de apontar de que forma são abordadas e reprimidas as infrações disciplinares curso da execução penal.

A partir do momento que o autor é inserido no Estabelecimento Prisional é dever da própria administração o cientificar das suas normas reguladoras e disciplinares, o que em sentido estrito pode-se interpretar como a colaboração da ordem e da disciplina. Afastar-se ou opor-se a esse conjunto de regras insere necessariamente em verificação de faltas disciplinares, que podem ser leves, médias ou graves.

Cabe a cada Estabelecimento Prisional a enumeração das faltas disciplinares de natureza leve e média, e ainda, dispor sobre as suas sanções. O Estado do Rio Grande do Sul através do Decreto-Lei nº 46.534 instituiu o Regimento Disciplinar Penitenciário no sentido de auxiliar as disposições da Lei de Execução Penal e ainda, instituir os princípios básicos da conduta, disciplina e direitos dos presos no Sistema Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.

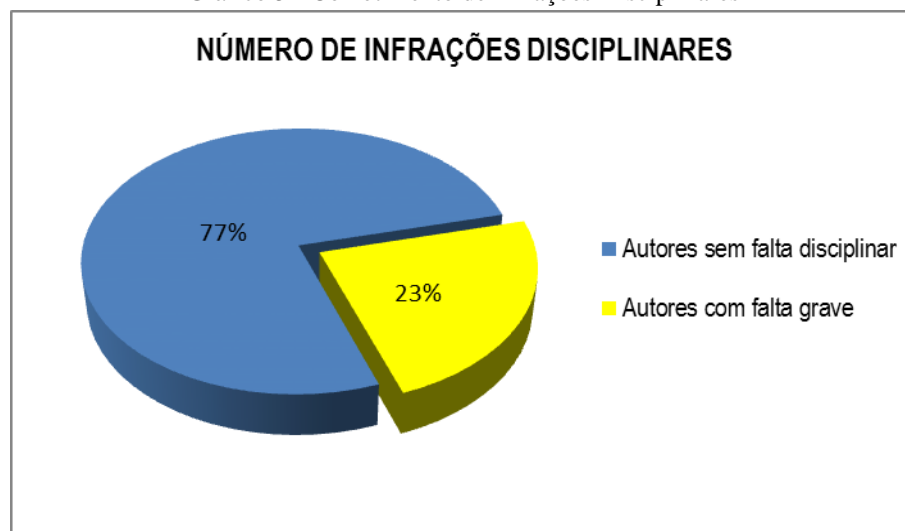
Em relação às faltas disciplinares graves, deve-se observar a disposição da LEP²⁷ visto que podem ser adotadas medidas que alterem a execução da pena. Desta forma, quando o preso desrespeita alguma norma (classificada como falta grave) instaura-se um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para averiguação das possíveis infrações cometidas assegurando ao preso o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Para que fosse possível examinar a continuidade ou não da violência no ambiente prisional, analisou-se individualmente cada Processo de Execução (PEC)²⁸ a fim de averiguar se, do rol de autores selecionados, houve a prática de alguma infração disciplinar.

Os dados obtidos partem da totalidade de 30 apenados, visto que conforme demonstrado no *gráfico 4*, um apenado ainda não iniciou o cumprimento da pena, dois foram a óbito e dois cumpriram a pena sem nenhuma ocorrência disciplinar.

Logo, o número de apenados que tiveram alguma falta disciplinar no ambiente prisional resta demonstrado:

Gráfico 5 - Cometimento de Infrações Disciplinares



Fonte: Elaborado pela autora, 2016

Constata-se que do total de 30 apenados, 23 não cometeram nenhum tipo de infração disciplinar e 07 apenados cometeram infrações definidas pela legislação como falta disciplinar grave.

²⁷ As condutas estão descritas no artigo 50 da lei.

²⁸ O levantamento dos Processos Administrativos foi feito através da pasta da VEC, disponível no sistema Themis do Judiciário.

A tabela abaixo demonstra quais as condutas praticadas:

Tabela - Processos Administrativos Disciplinares

Nº de Infrações	Conduta	Vara de Execução (VEC)
Uma	Fuga	Porto Alegre
Duas	Desacato ao servidor e participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina	Osório
Uma	Fuga	Osório
Uma	Fuga	Porto Alegre
Uma	Participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina	Porto Alegre
Duas	Posse de celular	Ijuí
Uma	Fuga	Porto Alegre

Fonte: Elaborado pela autora, 2016.

Com o rastreamento das informações, verificou-se que embora haja a existência de infrações disciplinares no ambiente prisional, nenhum dos delitos apreciados são condizentes com a questão da violência ou com a continuidade da mesma. Analisando os processos administrativos percebe-se que nas condutas de fuga os apenados estavam cumprindo pena em regime semiaberto, enquanto que, nas condutas de desacato ao servidor, subversão da ordem e disciplina e posse de celular os apenados cumpriam a pena em regime fechado.

De acordo com as informações obtidas o resultado é que não foi verificado nenhum tipo de conduta que demonstre a continuidade da violência, ou seja, não há o seguimento de atitudes violentas dentro do ambiente prisional para os autores analisados. Discutir sobre violência e delimitar seus possíveis motivos requer uma reflexão mais abrangente já que as circunstâncias que envolvem o referente delito são infinitamente difusas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das constatações perceptíveis foi que, em muitos casos, os autores já conheciam a rotina de suas vítimas e aproveitaram-se dessa confiança para atingir seu objetivo. Em contrapartida, observa-se também que alguns autores desfrutaram das oportunidades mais identificadas com o cometimento do crime de roubo (desatenção, ostentação de bens, etc). Em relação à forma de agir do autor percebeu-se uma gama de informações diretamente vinculadas as ações que desencadearam a violência. Primeiramente, constatou-se que o poder de intimidação que o autor executa sobre suas vítimas ocorre, na maioria dos casos, pelo uso

de arma de fogo, que pode desencadear no ofendido a reação ao delito no intuito de tentar salvar seu patrimônio ou defender sua integridade física.

No tocante a obtenção da posse, a reação do ofendido e a subtração do bem patrimonial constatou-se que, na maioria dos casos, a reação das vítimas desencadeou no agente o uso da violência, contudo não há como afirmar que essa reação tenha estimulado o autor a conter a vítima, pois também se observou a ocorrência de atitudes violentas sem aparentemente nenhuma reação. Ainda em relação à violência, percebeu-se que em muitos casos a agressão exercida pelo autor ocorreu posteriormente à subtração do bem, não sendo caracterizada como necessária para garantir a posse ou a manutenção do objeto.

Em relação à obtenção de lucro, constatou-se que em muitos casos as vítimas não tinham sob seu poder bens que representassem um grande valor patrimonial, pelo contrário, o que se vislumbrou foram autores inseridos em uma classe social inferior subtraindo pessoas que faziam parte da mesma classe.

Em relação à execução penal desses autores, observou-se que, ainda que tenham utilizado de extrema violência ao cometer o roubo, estas condutas não foram reiteradas no ambiente prisional. Inicialmente pode-se questionar porque rastrear tais condições já que não existem bens patrimoniais disponíveis para a subtração naquele ambiente. Entretanto, como mencionado, muitos casos fogem do contexto da subtração e, por isso, podem estar incluídos no cenário do cárcere como, por exemplo, a posse e manutenção de entorpecentes, as discussões, a conquista de espaços, a tentativa de afirmação de poder entre outros aspectos que efetivamente podem desencadear, nesse ambiente hostil, condutas violentas.

Ainda, restou comprovado que parte dos latrocínios ocorreram pelo desejo da apropriação e, nesse ambiente, inclui-se a obtenção de lucro para os fins mais variados possíveis. Todavia, comprovou-se também, que em alguns casos, há uma concretização da violência sem ligação aparente com a finalidade do crime, ou seja, sem a subtração, a posse e a manutenção do bem, e ao mesmo tempo sem uma explicação plausível para o cometimento das ações.

A produção de dados acerca da violência é importante pela coleta de informações que podem ser utilizadas por pesquisadores em momentos diversos, mas não supre a necessidade da reflexão sobre os dados e a importância da discussão teórica, muitas vezes subvalorizada em relação aos trabalhos quantitativos. Neste caso específico, há o risco sempre presente da patologização dos autores e do esquecimento das consequências usuais de políticas

conservadoras de segurança pública. Afora a tradicional limitação operativa das instituições policiais, a cultura do medo do outro acentua a desproporção entre a imensidão do programa que discursivamente é recomendado às agências de criminalização secundária e sua capacidade efetiva: *Não querendo corroborar a imagem de incompetência que a sociedade lhe atribui, as agências de criminalização optam pela seleção criminalizante do mais vulnerável, também para se fortalecer enquanto instituição, demonstrando efetividade*²⁹. A extensa existência das polícias nessa conjuntura de impotência e os imperativos constantes de rotulações em um país rigidamente hierarquizado estimulam a reiteração ritual da criminalização como medida tranquilizadora, também condicionada pelo poder de outras agências, como as de comunicação social. A seletividade é ainda mais excessiva em sociedades estratificadas como a brasileira, com maior concentração de riqueza e insuficientes possibilidades de mobilização vertical, o que se ajusta insidiosamente com a atuação violenta das agências de criminalização secundária.

Existe, geralmente, uma distorção na percepção da população sobre criminosos e criminalidade, causada, entre outros fatores, pela desigualdade social; pelo preconceito; pela ênfase da imprensa em certos tipos de crimes de interesse jornalístico; pelo contato com programas televisivos sobre o tema, ou ainda pela exploração política do tema da segurança pública. A questão fica mais clara quando se observa não só a magnitude, mas também o “sentido” das distorções. Não é casual que os grupos de status negativamente privilegiados – negros, migrantes, desempregados, viciados - tenham sua participação nos crimes, invariavelmente, superestimada³⁰.

A rotulação generalista dos autores de crimes violentos resulta no fortalecimento das atuações repressivas com tons racistas e classistas, tendo em vista a impossibilidade de fiscalização homogênea pelo aparato diminuto das agências em relação aos delitos e, também, pelos devaneios proféticos acerca da possibilidade de identificar previamente certo grupo de pessoas que estariam na iminência de cometer um delito futuro: *a penalidade passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão na iminência de fazer*. Trata-se de uma virtualidade que projeta uma penalidade que procura punir/corrigir o próprio *perigo* e que proporcionou a grande e escandalosa noção de periculosidade: *A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de*

²⁹ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44.

³⁰PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 77.

*suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam*³¹.

Importante recordar que a medicina não atropelou o direito penal, foi antes, ao lado dos mecanismos de punição e dos sentidos que lhes foi atribuído que a medicina mental penetrou na penalidade. Punir tornou-se, dentre todas as novas técnicas de controle e transformação dos indivíduos, um conjunto de procedimentos orquestrados para modificar os infratores: O exemplo aterrorizante dos suplícios ou a exclusão pelo banimento não podiam mais bastar em uma sociedade na qual o exercício do poder implicava uma tecnologia racional dos indivíduos. As formas de punição, às quais aderem todos os reformadores do final do século XVIII e todos os legisladores do início do século XIX (ou seja, o aprisionamento, o trabalho obrigatório, a vigilância constante, o isolamento parcial ou total, a reforma moral) implicam que a punição aja menos sobre o crime do que sobre o próprio criminoso e seus instintos, motivações e subjetividade³².

No caso dos relatos expostos, em que a motivação utilitária muitas vezes não esteve tão destacada, tendo o motivo do crime se tornado o motivo de punir, como punir quando o crime não tem motivo? Como atribuir sentido à punição quando não há motivo para o cometimento do crime? A hipótese Foucaultiana coloca nesse paradoxo as condições de possibilidade da inclusão da medicina mental no controle punitivo. Os magistrados, buscando saída para o paradoxo em que estavam encerrados, aceitam de bom grado o conjunto de conceitos levantados pelas noções médicas, sobretudo a integração do crime à conduta global do sujeito. Quanto mais essa integração aparecer, mais o sujeito aparecerá como punível. Quanto menos ela for evidente, mais o ato parecerá irromper no sujeito como mecanismo súbito e incontrolável e menos o responsável aparecerá como punível. A justiça, então, aceitará se desincumbir dele por ser louco, confiando-o à prisão psiquiátrica. Assim, a intervenção da medicina mental na instituição penal e nos seus discursos legitimantes torna-se consequência tanto da concepção da medicina como higiene pública como do funcionamento da punição legal como técnica de transformação individual³³.

Que justiça e medicina mental disputem o ato de Rivière levanta primeiramente um problema de classificação em referência aos dois núcleos de saber: culpado ou louco. Atrás deste confronto teórico, esboça-se igualmente uma concorrência entre os agentes que defendem seus lugares na divisão de trabalho social: a que tipo de especialistas confiar este homem, e qual será sua “carreira”, em função do veredicto ou do diagnóstico? Mas assiste-se ainda, em terceiro lugar, através da unanimidade da psiquiatria nascente, a tentativa de ganhar um espaço de intervenção entre o

³¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Machado e outros. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 85.

³² FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 12.

³³ FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 14.

depois e o antes, a repressão consecutiva e a ação preventiva, no qual o futuro da medicina mental vai se desdobrar. Num sentido, o aparelho judiciário se põe em marcha quando os jogos são feitos. Do lado da medicina mental, procura-se um novo dispositivo: uma intervenção que não seria condenada a chegar sempre muito tarde, porque ela estaria fundamentada sobre um saber capaz de antecipar a possibilidade de uma conduta delituosa antes mesmo que ela se produza³⁴.

A prevenção especial positiva coloca-se como alternativa ao retribucionismo irracional, pois parte do pressuposto de que a pena é um bem para quem a sofre. Se a pena é um bem, sua medida é aquela necessária para realizar a ideologia ressocializadora que for sustentada, ou seja, ilimitadamente. O Estado neste caso há de se tornar paternalista e causador de supostos benefícios biológicos-materialistas advindos de um argumento criminológico positivista ou correcionalista, sendo que *mesmo que fossem contrariados todos os dados históricos e sociais que atestam sua ineficácia, tal concepção discursiva consistiria numa imposição de valores privada de ética e que desconhece a autonomia própria da pessoa*³⁵.

Os indivíduos tidos como perigosos tornam-se portadores de elevados índices de probabilidade criminal, sendo *em si mesmo* risco de crime. A punição passa a ter finalidade de diminuir, na medida do possível, seja por eliminação, exclusão, restrições diversas ou medidas terapêuticas o *risco* de criminalidade representado pelos indivíduos perigosos. Nesta concepção, o livre arbítrio ou a escolha voluntária pelo mal já não está em questão, o indivíduo é criador de risco unicamente por sua existência. São criadas, assim, condições de possibilidade para outros questionamentos: Há indivíduos intrinsecamente perigosos? Como é possível reconhecê-los³⁶?

O discurso científico da inferioridade bio-psico-antropológica não permitia duvidar da superioridade branca européia. Agora não mais o herege, mas o perverso; não mais o satânico, mas o selvagem. Este pensamento etiológico - modelo substancialista racista e totalitário - é desqualificado no período pós-guerra por suas conseqüências políticas, e logo depois é retomado sob a feição humanizadora do movimento da Nova Defesa Social, visando identificar os sujeitos perigosos e reabilitá-los desde o enfoque médico-psiquiátrico: da ótica jurídica ao universo das ciências médicas. O advento da dogmática não logrou extirpar este discurso etiológico, apenas deslocou a Criminologia a um saber auxiliar na tipologia das enciclopédias penais. A defesa social repousa na substituição da pena retributiva pelo tratamento. Ao antecedente criminoso, a Criminologia apresenta a promessa de

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...* Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 260.

³⁵ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.*, p. 125.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Ditos & Escritos V: Ética, sexualidade e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 22.

uma nova vida sob o mágico postulado da “recuperação”. A ciência ocupada por pensadores do direito e da política até meados do séc. XIX é invadida por uma série de profissionais alheios ao mundo jurídico: médicos, psiquiatras, anatomistas [...]”³⁷.

Michel Foucault expressa que os discursos legitimantes do sistema penal fizeram com que os juízes julgassem bem mais do que crimes, através de instrumentos extrajurídicos de justificação que ao mesmo tempo eram utilizados como escusa para punir arbitrariamente³⁸. Nesse contexto, é que entra em cena o psiquiatra como conselheiro de punição, cabendo-lhe dizer se o indivíduo é *perigoso*. A legitimação do saber jurídico, diante deste *novo regime da verdade* se dá desde o discurso clínico, isto é, *a justiça criminal hoje em dia só se justifica por essa perpétua referência a outra coisa que não é ela mesma, por essa incessante reinscrição nos sistemas não jurídicos*³⁹ que obedece a uma lógica marcadamente maniqueísta⁴⁰. Por isso, a penalidade do século XIX torna-se forma de controle que não vincula a pena com o crime, mas com a projeção de perigo atribuída ao indivíduo selecionado. Virtualmente cria-se uma suposta relação entre a *pena* e a noção escandalosa de *periculosidade*:

A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam⁴¹.

O acréscimo nas taxas de criminalidade sustenta o receio público do crime e produz padrões complexos de comportamento de evitação. A área da cidade revela-se um mapa intrincado de zonas proibidas, de metrô e parques a serem evitados, de estacionamentos que se podem atravessar a espaços públicos que devem ser utilizados com atenção⁴². Este temor, decorrente seja de imagens, palavras, alegorias ou mesmo de experiências concretas, sejam elas autênticas ou fantasiosas, colabora na desagregação social, na destruição das redes de

³⁷ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 70.

³⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 22-23.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, 1987, p. 23.

⁴⁰ MAYORA, Marcelo; LINCK, José; PANDOLFO, Alexandre Costi; LUCHESE, Marcelo. Centauros no Central: Análise dos Preconceitos Morais no Imaginário dos Juristas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 29, p. 115-128, 2008.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Machado e outros. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 85.

⁴² YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 37

sociabilidade e na dificuldade em edificar uma coletividade democrata. Suscita aflição e propicia novas formas de segregação social, discriminação e preconceito⁴³.

Essas alegorias, esses discursos, essas imagens, produzem um arranjo estético, em que a ocupação dos espaços públicos pelas classes subalternas (pelos pobres de tão pretos, ou pelos pretos de tão pobres) produz fantasias de pânico do caos social. Aparece a cidade como jardim, metáfora fundadora das utopias urbanas retrógradas, a necessitar de limpeza de pragas, de ervas daninhas. Conflui para a explicação desse arranjo estético o discurso higienista e ilusões de igualdade política invocada na primeira constituição republicana, mirando a 'economia étnica' da população como desafio – chave de análise⁴⁴.

Uma demarcação intensa é criada entre o grupo nuclear e os de fora através de uma série de medidas como projetos de urbanização, circuitos de rodovias que dividem cidades, o gradeamento de propriedades privadas, o bloqueio de espaços para impedir o acesso fácil e acima de tudo pelo dinheiro: custo do transporte público e dos bens nas lojas, especulação imobiliária nas áreas nucleares, controle por polícia particular ou pública, etc⁴⁵.

Cada vez mais as cidades brasileiras assumem características ditadas por uma arquitetura do medo - muros altos, cercas em voltas das residências, modernos sistemas de segurança e alarme -, assim como se verificam fenômenos correlatos: crescimento visível das empresas privadas de vigilância, elevada quantidade de armas de fogo em circulação, êxodo de zonas em que o risco de transitar sozinho pressupõe-se bastante elevado, além de demais mecanismos de autoproteção. Diante disto, os indivíduos e as instituições modificam comportamentos e reorientam-se para conviver com o medo e a insegurança, sob a tensão e a expectativa de serem vítimas de ofensas criminais⁴⁶.

A transformação do crime em doença deixou marcas relevantes nos modos de proceder dos técnicos do sistema e nos discursos punitivos. No momento atual, porém, a crença nas possibilidades de tratamento parece estar em franca decadência, estimulada pelo discurso da tolerância zero, focando com mais intensidade o cárcere do que o tratamento baseado na individualização da pena⁴⁷.

A aceitação da inevitabilidade da sociedade do risco, dominada pela racionalidade econômica, implica em gerenciar a criminalidade com técnicas de gestão atuarial. No âmbito criminológico, se abandonada a ideia de que a delinquência existe como consequência de determinadas privações ou problemas sociais. No âmbito da

⁴³ BAIERL, Luzia Fátima. *Medo Social*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 209

⁴⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de uma História*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 52.

⁴⁵ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

⁴⁶ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 64.

⁴⁷ RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 12.

política criminal, o atuarialismo considera que os conceitos econômicos básicos, como racionalidade, maximização, custos e benefícios, etc., são fundamentais para entender, explicar e combater de maneira efetiva a atividade criminal. As políticas neo-conservadoras de combate ao delito tem como principal objetivo a dissuasão do delinqüente, mediante a modificação do preço do delito, ou a sua pura e simples contenção. Se trata de encontrar políticas de otimização da relação custo benefício do combate ao crime, com o mínimo custo possível para o Estado⁴⁸.

Colocar o aumento da criminalidade como um fator normal da sociedade contemporânea e alertar para a ineficácia do controle estatal como forma de resolver definitivamente as taxas de delinquência tornam-se argumentos cada vez mais recorrentes e estimulam novas medidas por parte das políticas de segurança pública⁴⁹.

As normas de ação decorrentes não se endereçam apenas aos organismos do Estado, endereçam-se às organizações, instituições e indivíduos da sociedade civil. As teorias dão por estabelecida a capacidade limitada do Estado. Os novos programas de ação procuram influenciar a conduta das vítimas potenciais, armar os alvos vulneráveis, melhorar a segurança em zonas perigosas e reestruturar as rotinas da vida cotidiana que têm por consequência desagradável propiciar ocasiões para o crime. Essa criminologia expeditiva visa, de fato, modificar as rotinas cotidianas da vida social e econômica em direções que limitem a ocasião, redistribuam os custos e criem efeitos dissuasivos. Ela procura instaurar controles antes no seio do desdobramento da interação normal do que num plano superior, na forma de um comando soberano. Mas lá onde a idéia de repressão interna remetia ao domínio de si e à civilidade de humanos que participam de uma cena, recorrem-se hoje às tecnologias de segurança e supervisão⁵⁰.

372

Ao contrário de um controle que busque apenas por fatos delituosos ou faça perguntas para desvelar uma subjetividade anormal e sua necessidade de correção, a contenção é dinâmica e o mecanismo de seletividade mais funcional, utilizando-se de signos semi-identitários, independentes de intenções institucionais ou projetivas. *No Brasil, a difusão do medo legitima estratégias de neutralização e reitera o cerimonial da morte como espetáculo de lei e ordem*⁵¹. Tendo experimentado os benefícios da violência e da perseguição como solução para a crise em que vive, a sociedade busca meios para perpetuar a estabilidade por ela proporcionada, passando a ritualizar frequentemente o sacrifício.

Os países periféricos nunca adquiriram características relevantes de dispositivos criminais disciplinares, mantendo sempre a eliminação subjetiva e física que condena à morte

⁴⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Visões da Sociedade Punitiva: Elementos para uma Sociologia do Controle Penal*. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

⁴⁹ GARLAND, David. *As Contradições da Sociedade Punitiva*. *Revista de Sociologia e Política*, Departamento de Ciências Sociais UFPR, 1999, p. 63.

⁵⁰ GARLAND, David. *op. cit.*, p. 66.

⁵¹ BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de uma História*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53.

amplo setor periférico⁵². No Brasil, os signos de neutralização e contenção característicos das prisões periféricas foram vastamente fortalecidos por dois longos períodos autoritários, sustentando a edificação de uma estrutura repressiva de tamanha envergadura que, mesmo a democratização das mais importantes esferas institucionais, não conseguiu quebrar sua coesão, manifesta nos sequestros institucionais e nas burlas jurídicas⁵³:

As características do avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das conseqüências jurídicas (penas como medida de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal de autor. Na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (teoria do conhecimento), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os conseqüentes processos de clonagem que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco, etc⁵⁴.

373

A pesquisa, portanto, não pretendeu expor uma realidade de violência na expectativa de controle através de mecanismos cujo resultado recorrente é a reprodução de perversidades, mas uma série de questões ficaram abertas para trabalhos posteriores. Há falta de pesquisas específicas sobre execuções no Brasil contemporâneo, focadas nos autores. Os roubos combinados com torturas, sequestros ou execuções parecem exceder um pouco o conceito "criminalidade urbana violenta". Existiria relação entre o agravamento da situação prisional e o aparente aumento de intensidade da violência urbana? Há relação entre os discursos fascistas nas classes média/alta e o aparente aumento de intensidade da violência? Há relação entre a fetichização das moradias/automóveis e a presença de perversões nos modos de obtenção dos objetos por parte dos autores? Qual a relação entre a organização dos grupos e a violência? Aparentemente, quanto mais organizado, menos violento. É a organização (em si) ou o controle horizontal que possibilitam maior regulação ética?

⁵² FREIRE, Christiane Russomano. *A Violência do Sistema Penal Brasileiro Contemporâneo: O caso RDD*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 113.

⁵³ FREIRE, Christiane Russomano. *op. cit.*, p. 115.

⁵⁴ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.*, p. 15.

Poderia ser interessante pesquisar sobre os autores desses crimes para tentar construir algo sobre suas narrativas e trajetórias, evidentemente contendo a ânsia pela patologização ou despersonalização dos Sujeitos. Interessante problematizar, também, os casos de violência policial com nítidos tons de sadismo, como os que são observados (e filmados) em manifestações sociais e ações em periferias, corroborados não apenas com absolvição dos torturadores, mas inclusive com a condenação da vítima, demonstrando a cultura de violência em que ampla parcela populacional está inserida.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. et al. Juventude, Violência e Vulnerabilidade Social na América Latina: Desafios para Políticas Públicas. UNESCO BRASIL. 2002. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127138por.pdf>>. Acesso em 23 abr.2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2003.

_____. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 30, Jun. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>. Acesso em 23 abr.2016.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da Sociedade Punitiva: Elementos para uma Sociologia do Controle Penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BAIERL, Luzia Fátima. *Medo Social*. São Paulo: Cortez, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Latrocínio*. 1. ed. São Paulo. Malheiros. 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de uma História*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 mar. de 2016.

_____. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em 02 mai. 2016.

_____. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os Crimes Hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 31 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 610. DJ de 31 de outubro de 1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2562>>. Acesso em: Acesso em 31 ago. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

CARVALHO, Luiz Penteadado de. *Furto, Roubo, Latrocínio*. 3. ed. São Paulo: Editora Juruá: 1977.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCALT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Machado e outros. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

_____. *Ditos & Escritos V: Ética, sexualidade e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...* Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREIRE, Christiane Russomano. *A Violência do Sistema Penal Brasileiro Contemporâneo: O caso RDD*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GARLAND, David. As Contradições da Sociedade Punitiva. *Revista de Sociologia e Política*, Departamento de Ciências Sociais UFPR, 1999.

GOLDENBERG, Mirian. *A Arte de Pesquisar: Como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record. 2004.

JÚNIOR, S. F. O. Da Remição. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org.). *A Execução Penal à Luz do Método APAC*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MAYORA, Marcelo; LINCK, José; PANDOLFO, Alexandre Costi; LUCHESE, Marcelo. Centauros no Central: Análise dos Preconceitos Morais no Imaginário dos Juristas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 29, p. 115-128, 2008.

OLIVEIRA, Patrícia de. O Latrocínio na Legislação Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 25, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12022>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PERALVA, Angelina. Democracia e Violência: a modernização por baixo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 40/41, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n40-41/a10n4041.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário - Corregedoria-Geral da Justiça. Consolidação Normativa Judicial. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNJCGJ_Outubro_2012_Prov_18_2012_VC_.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Decreto 46.534, de 04 de agosto de 2009. Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SCHMIDT, A. Z. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- VELO, Joe Tennyson. *Criminologia Analítica*. Conceitos de Psicologia Analítica para uma hipótese etiológica em Criminologia. São Paulo: IBCCrim, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998.
- YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Submissão: 01/08/2016
Aceito para Publicação: 03/01/2017



SISTEMA PENAL FUNCIONALISTA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

FUNCTIONALIST PENAL SYSTEM AND ENEMY CRIMINAL LAW

Ricardo Bispo Razaboni Junior*

Rafael José Nadim de Lazari**

RESUMO: O presente trabalho objetiva tecer considerações acerca do funcionalismo penal e do direito penal do inimigo. Para isso, faz referência às escolas penais e às teorias do delito, adentrando, posteriormente ao estudo do funcionalismo teleológico-racional e ao funcionalismo sistêmico-radical. Adiante, faz considerações acerca das velocidades do direito penal, objetivando expor o direito penal do inimigo e seus fundamentos. O método empregado é o dedutivo, pois procura resgatar as principais justificativas das teorias que fundamentaram o pensamento funcionalista e do direito penal do inimigo, obtendo como problemática a possível aplicação das referidas teorias. Deste modo, conclui-se que a teoria oferecida por Claus Roxin aparenta ser a mais aceitável no plano jurídico atual, sendo dispensada, conseqüentemente, o funcionalismo de Günther Jakobs e totalmente pugnada sua teoria do inimigo.

PALAVRAS-CHAVE: Escolas Penais. Teorias do Delito. Funcionalismo. Velocidades do Direito Penal. Direito Penal do Inimigo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O início das Escolas Penais. 2 Causalismo, Neokantismo e Finalismo- Teorias do Delito. 3 O sistema Funcionalista Teleológico-Racional. 4 O sistema Funcionalista Radical ou Sistêmico. 5 O Direito Penal do Inimigo de Jakobs. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: The present work aims to make considerations about the criminal function and criminal law of the enemy. To this end, it refers to criminal schools and theories of crime, going further to the study of rational-teleological functionalism and systemic-radical functionalism. He then makes considerations about the speeds of criminal law, aiming to expose the criminal law of the enemy and its foundations. The method used is the deductive, since it seeks to recover the main justifications of theories that founded the functionalist thinking and the criminal law of the enemy, obtaining as problematic the possible application of these theories. In this way, it is concluded that the theory offered by Claus Roxin seems to be the most acceptable in the current juridical plane, being consequently dispensed with the functionalism of Günther Jakobs and totally challenged his theory of the enemy.

KEYWORDS: Criminal Schools. Tort Theories. Functionalism. Speeds of Criminal Law. Enemy Criminal Law.

379

INTRODUÇÃO

O Funcionalismo Penal e o Direito Penal do Inimigo são teorias que ganham a cada dia relevância no cenário mundial, devido ao fato de serem propostas e estudadas por grandes doutrinadores nacionais e internacionais.

O objetivo deste trabalho é analisar a dogmática destas teorias, fazendo a reconstrução histórica dos fundamentos que levaram a criação destas, apresentando-as posteriormente, para ao final concluir qual teoria funcionalista seria a melhor aplicável e se o Direito penal do inimigo e seus fundamentos se mostram aceitáveis atualmente. Para isso, o método

* Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha, São Paulo.

** Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha, São Paulo.

empregado é o dedutivo. Utilizam-se pesquisas bibliográficas como principal fonte de observação histórica e teórica.

Deste modo, em síntese, a pesquisa trata, inicialmente, do início das escolas penais, fazendo referência ao surgimento da Escola Clássica e a Escola Positivista.

Em capítulo seguinte, abordar-se-á os sistemas cognominados como: Causalismo, Neokantismo e Finalista, os quais se mostrarão essenciais para o entendimento dos sistemas funcionalistas.

Adentrando ao apogeu, será discorrido o Funcionalismo Penal Teleológico-Racional, criado pelo alemão Claus Roxin em meados de 1980, sendo posteriormente exposto o Funcionalismo Sistemico-Radical, originado pelo também jurista alemão Günther Jakobs.

Por fim, serão analisadas as velocidades do direito penal, criadas pelo doutrinador espanhol Silva Sanchez, com foco, em especial, na terceira velocidade do direito penal, o chamado Direito Penal do Inimigo, criado também por Jakobs, o qual se mostra como uma teoria fundada no funcionalista sistêmico-radical e na racionalidade comunicativa.

Justifica-se que o presente estudo não tem como intuito esgotar o tema, mas sim trazer informações que instiguem o debate, a fim de colaborar para futuras pesquisas dedutivas e hipotético-dedutivas acerca da temática.

1 O INÍCIO DAS ESCOLAS PENAIS

Primeiramente, analisar-se-á a origem das escolas penais, cognominação apresentada por Flávio Augusto Monteiro de Barros para as escolas provindas do pensamento jurídico-filosófico acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos do sistema penal (MORAES, 2011, p. 109).

Num contexto histórico penal, percebe-se que as escolas penais marcaram os períodos humanitários (“o homem deve conhecer a Justiça”) e científico (“o Direito deve conhecer o homem”), no que se refere à matéria criminal. Tais ideologias transformaram e influenciaram a evolução da dogmática penal, tanto na perspectiva da teoria do delito, quanto nas concepções acerca das finalidades das penas (MORAES, 2011, p. 110).

Nesse sentido, em meados do século XVIII, Cesare Beccaria, baseado nos princípios do contrato social do direito natural e do utilitarismo, trazidos por Montesquieu, Hume e Rousseau, se mostrou como um ícone da personificação do movimento humanitário, o qual

lutou contra penas cruéis, torturas, dentre outras incoerentes incriminações e desigualdades que eram determinadas de acordo com a classe social do malfeitor (MORAES, 2011, p. 110).

Surge, desde então, a Escola Jurídica Italiana, denominada posteriormente por Enrico Ferri de Escola Clássica Criminal. Tal movimento originou outros percussores, como Carrara, Romagnosi (*Genesi Del Diritto Penale*) e Rossi (*Tratatto di Diritto Penale*).

A fim de compreender a definição de escola clássica, tem-se que é útil analisar a delimitação do delito que Carrara apresentou e que centraliza os “postulados capitais” dessa escola. Neste plano, ensina-se que delito é a infração da lei estatal proclamada para escudar a segurança social, resultante de um ato externo do homem, sendo este positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso. (GARCIA, 1976, p. 86).

Passando a análise do período científico, esse que se pauta na necessidade do Direito conhecer o homem, deu-se lugar à ideia de Lombroso, Garofalo e Ferri, a qual fora chamada de Escola Positiva. No âmbito político-social, a Escola Positiva afirmou a necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e os do Estado. (MORAES, 2011, p. 112).

(...) se a Idade Média tinha visto somente o delinqüente e a Escola Clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o homem delinqüente, não desconhecendo no delinqüente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinqüente (FERRI, 1999, p. 64-65).

Conforme pautado por Ferri, a dessemelhança da Escola Clássica e da Positiva está pautada no método hipotético-dedutivo e na lógica abstrata, já que a primeira tem como objeto o crime, como entidade jurídica, e esta tem como objeto o delinqüente como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigoso pelo delito praticado (FERRI, 1999, p. 64).

2 CAUSALISMO, NEOKANTISMO E FINALISMO- TEORIAS DO DELITO

Neste tópico, abordar-se-á as principais teorias do delito. Primeiramente, analisar-se-á a teoria causal da ação, ou causal-naturalista, a qual fora desenvolvida por Franz Von Liszt e Ernst Von Beling.

A teoria pressupõe que ação é a transfiguração do mundo externo causado pelo líbito humano, isto é, causação cuja resultância se deu por um ato de vontade, compreendido como gesto corpóreo voluntário, com “tensão (contradição) dos músculos”, determinada, não por

imposição, mas por convicções ou representações e executadas pela intervenção dos nervos. (MORAES, 2011, p. 119).

A influência do positivismo penal sobre a teoria causal foi responsável por uma concepção de ciência que somente poderia ser apreendida através dos sentidos, sobre aquilo que seria mensurável (FONSECA, 2009, p. 159).

O sistema compreende de modo diverso a afirmação de que o tipo penal abrange os elementos objetivos e descritivos; a antijuricidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo (MORAES, 2011, p. 119). Nasce assim a definição de que o tipo compreende uma descrição objetiva de uma modificação do mundo exterior. A antijuricidade se define formalmente, como oposição à ação típica de uma norma do direito, a qual se fundamenta na ausência de causas de justificação. A culpabilidade, por sua vez, é psicologicamente conceituada como a conexão psíquica entre o agente e o fato (GRECO, 2000, p. 2).

Por fim, condensa Claus Roxin que o sistema ‘clássico’ do delito de Von Liszt e Beling, o qual foi predominante no início do século e que na atualidade permanece bastante influente, cujas categorias perduram na atual dogmática alemã, principiava da conjectura de que injusto e culpabilidade se conectavam um ao outro como o lado externo e interno do delito. (ROXIN, 2002, p. 198-199).

No que se refere ao Neokantismo, tem-se que este nasceu da superação do paradigma positivista-naturalista, o qual adotou dois entendimentos essenciais.

O primeiro se fez por meio da Escola de Marburgo, por seu principal representante Stammler, o qual se mostrava de limitada reflexão nas Ciências Penais. Em segundo plano, tem-se a Escola Sul-ocidental, formada por Lask, Radruch e Sauer.

Diferenciando-as, observa-se que a Escola de Marburgo, por meio de ensinamentos de Stammler, expôs o alicerce formal da ciência jurídica, enquanto a Escola Sul-ocidental, por meio de seus pensadores, procurava conceder conteúdo valorativo às estruturas formais. (MIR PUIG, 1976, p. 232 e ss.).

Ainda neste sentido, resgata-se o pensamento de Radruch, o qual expõe que:

(...) a teoria do “delito justo” de Stammler é só um método que não desenvolve nenhum sistema de Filosofia de Direito (...). Adquire a validade geral de seus conceitos em virtude de seu caráter puramente formal. Assim, é menos uma filosofia jurídica que uma lógica da consideração valorativa do Direito, uma crítica da razão



jurídica; certos cimentos de utilidade pouco comum para toda filosofia do Direito, mas ainda não o edifício mesmo (...) (1976, p. 236).

Seguindo adiante, Stammler, adotando o conhecimento de Kant (daqui se originou o termo Neokantismo) distingue a “matéria” da “forma”, bem como observa a distinção entre as ciências “causais”, ou “naturais”, das ciências “finais” (GOMES, 2007, p. 135).

As ciências “causais” ou “naturais” são demonstradas pela independência da Ciência do Direito em relação à ciência natural, independência esta fundada na ciência dogmática do Direito que não investiga as “causas”, mas os “fins”, em sentido de uma preposição jurídica ou de uma instituição. Em que pese às ciências “finais”, considerada por Larenz como mais importante, cabe ao Direito ordenar e classificar conforme um critério superior, o qual torna possível nesta ideia a superação do positivismo jurídico. (LARENZ, 1966, p. 100).

Como forma de sucessão aos ideais do Neokantismo, surge à teoria finalista, a qual em síntese procura vencer o dualismo metodológico do neokantismo, declinando-se a premissa sobre o qual este se firma, ou seja, sob o fato de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de se ultrapassar. A realidade, para a corrente finalista, já apresenta em si um mandamento interno, possui uma coerência intrínseca: “a lógica da coisa (Sachlogik). Neste plano, o direito não pode “flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade”. (GRECO, 2000, p. 5).

Apesar de ambos serem respostas ao movimento que lhe antecederam, o Neokantismo fora resposta à restrita interpretação da realidade levada fielmente pelo positivismo e o naturalismo. Por sua vez, o finalismo, inclinava-se pela ontologia, pelo “ser”, demonstrando-se como resposta ao ponto de vista considerado unilateral do Neokantismo (GOMES, 2007, p. 139).

Depreende-se então que o “ser” só age finalisticamente; logo se o direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas (GRECO, 2000, p. 5).

Nesta esteira, logicamente o finalismo segue estruturas lógicas-reais, tornando-se explicável que, esta teoria, que fora criada por Hans Welzel, e também é chamada de teoria final da ação, refere-se, em síntese, que a conduta humana é o exercício de uma finalidade e, por isso, a ação é um acontecer final, e não, apenas causal.

Assim explica Claus Roxin:

(...) a chamada teoria finalista, que dominou a discussão dogmática penal das primeiras duas décadas do pós-guerra, chega, por sua vez, a um novo sistema do Direito Penal. Seu ponto de partida é um conceito de ação diverso das antigas concepções sistemáticas, consideravelmente mais rico de conteúdo. Para ela, a ‘essência’ da ação que determina a totalidade de estrutura do sistema, encontra-se no fato de que o homem através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, ‘supradeterminando-o finalisticamente’ (ROXIN, 2002, p. 200).

Em crítica à teoria finalista, Hassemer apresenta que apesar de esta não ter estimulado o nazismo ou ampliado o coro das escolas anti-liberais da era nazista, resta axiomático que o entendimento pessoal de ação e de antijuricidade, como se retira dos ensinamentos penais finalísticos, encontravam um correspondente contemporâneo, mesmo que desvirtuado, no ‘Direito Penal da vontade’, elaborado pelo pensamento penal nazista (HASSEMER, 1993, p. 20-21).

3 O SISTEMA FUNCIONALISTA TELEOLÓGICO-RACIONAL

Ao analisar o Funcionalismo Teleológico-Racional, observa-se, em primeiro plano, que a estrutura dessa dogmática penal reside na teoria do consenso de Habermas e na teoria sistêmica de Luhmann, ambas estabelecidas nas ideias de Merton e Parsons.

Assim, nota-se que no âmbito penal há três linhas básicas funcionalistas. A primeira, criada por Claus Roxin, se faz por meio do funcionalismo moderado, o qual é voltado para a necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal (MORAES, 2011, p. 127).

No mesmo plano, expõe o funcionalismo limitado, o qual se justifica por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites - exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade e proporcionalidade, proposto por Mir Puig (MORAES, 2011, p. 127).

Por fim, denota o funcionalismo radical ou sistêmico, oferecido por Günther Jakobs, o qual é representado pelo funcionalismo sociológico inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann (MORAES, 2011, p. 127).

Porém, elucidamos que há outras correntes funcionalistas, como, *in verbis*, o funcionalismo do controle social, ofertado por HASSEMER (1998, p. 37), o qual se ampara no garantismo penal de Luigi Ferrajoli e propõe um “novo ramo” do direito, cognominado como direito de intervenção, e o funcionalismo reducionista ou contencionista, ofertado por Zaffaroni, o qual procura reestruturar os elementos do crime, com foco principal na tipicidade. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2001).

Adiante, seguindo os ideais do funcionalismo estrutural de Parsons, o qual é identificado no Direito Penal como teleológico, valorativo e ‘moderado’, surge o sistema funcionalista moderado ou teleológico-racional, que fora concebido pelo jurista alemão Claus Roxin, considerado um dos mais influentes dogmáticos do direito penal germânico.

Desde meados de 1970, de acordo com ROXIN (2002, p. 205), tem sido desenvolvido um sistema “jurídico penal teleológico-racional ou funcional”, o qual busca superar, de modo definitivo, o modelo científico-natural ou lógico causal por um conjunto de normas orientadas a uma valoração jurídica. (PORTUGAL, 2013, p. 12).

Apesar de existirem diversas teorias funcionalistas, podemos observar que os defensores deste movimento estão de acordo - apesar das muitas diferenças quanto ao resto - em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal (GRECO, 2000, p. 7).

A princípio, Roxin destaca que o funcionalismo, a rigor, encontra-se inserido em uma conjuntura metodológica ampla, a chamada jurisprudência de valores. Nesse sentido:

(...) esta pode ser entendida como o método segundo o qual as construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades. Toda jurisprudência dos valores tem, portanto, uma questão fundamental a resolver: de onde se retiram os valores sobre os quais se edificará o sistema? (ROXIN, 2002, p. 62-63).

Roxin destaca ainda que desde 1970 encontra-se “empenhando esforços bastante discutidos no sentido de desenvolver um sistema jurídico co-penal ‘teleológico-racional’ ou ‘funcional’” (ROXIN, 2002, p. 205).

Trata-se de um método firmado pelo cuidado pragmático, o qual é considerado como resposta à demasiada abstração do finalismo, *sui generis*, ao seu ontologismo, tencionando

guiar a dogmática penal por meio das funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, modificando-a funcional ou funcionalizando-a.

Nessa esteira, Luís GRECO (2000, p. 7) manifesta a conjectura da patente dessemelhança entre o finalismo e o funcionalismo, se referindo primeiramente ao finalismo como sendo a fixação de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel soluciona o dilema por meio de considerações meramente ontológicas, não questionando a valoração jurídico-penal. Assim, a finalidade se faz pela vontade de realização, compreendendo não só o que o autor efetivamente deseja, como, *in verbis*, as consequências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de gerar. Deste modo, conclui que o valor pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade se mantém finalidade, ainda que passe a ser cognominada de dolo.

Em outra conjuntura, no que se refere ao funcionalismo, observa que não interessa, *prima facie*, até que ponto a estruturação lógico-real da finalidade pode alcançar, visto que ainda que algo exista e seja univocamente cognoscível, a problemática que se tem à frente é um “problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso?”. Neste plano, o funcionalismo entende que, quando mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, à custa da proteção de bens jurídicos, e conseqüentemente, quanto menos exigências formular para que haja o dolo, mais terá a proteção de bens jurídicos e mais limitará a liberdade dos cidadãos. (GRECO, 2000, p. 8).

Conclui Greco, expondo que são diversas as concepções possíveis da realidade, coroando que:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano-falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal. (GRECO, 2000, p. 8).

Numa análise da teoria de Claus Roxin, esta se apresenta como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos). Defende-se assim, que o Direito Penal somente deve atuar nos casos em que o bem jurídico venha a ser violado, de modo que se não for, deverá ocorrer a incidência do princípio da insignificância como forma de excludente material de tipicidade. (GRECO, 2000, p. 9).

Ademais, defende ainda que mesmo o fato sendo típico, ilícito e culpável, há outras formas mais eficazes e oportunas do que a sanção penal.

Deste modo, conclui-se que o finalismo se mostra como uma doutrina ontologista, que prejulga o problema de um modo valorativo, já o funcionalismo de Roxin se trata de uma doutrina teleológica, orientada para realização de certos valores provindos de Política criminal acolhida pelo Estado social de direito, a fim de assegurar os bens jurídicos tidos como indispensáveis para a sociedade.

4 O SISTEMA FUNCIONALISTA RADICAL OU SISTÊMICO

Tendo como seu principal opositor Claus Roxin, o jurista alemão Günther Jakobs cria, em meados de 1980, a teoria funcionalista sistêmica ou radical, provocando polêmicas e gerando debates que se estendem até o presente momento.

Jakobs, baseando-se principalmente nas ideias de Niklas Luhmann (NIKITENKO, 2006, p.127), e ao contrário de Roxin, instiga uma nova fundamentação da dogmática jurídico-penal e do sistema, atrelando a missão do Direito penal (prevenção geral) com a perspectiva sociológica-funcionalista (GOMES, 2007, p. 147).

As divergências significativas, por sua vez, separam os pontos de vistas do funcionalismo moderado do radical, e superam a esfera metodológica. Neste sentido, Jesus-Maria Silva SANCHEZ (1992, p. 70) ensina que de um lado Jakobs, por meio de seu funcionalismo radical, absolutiza o critério funcional, rejeitando toda limitação que descenda do horizonte ontológico, ou até mesmo do sentido ordinário do vocábulo. Em outro prisma, divergem as referências funcionais que, em cada situação, dão conteúdo e significado a cada uma das categorias do sistema.

Em contraposição, o referido autor aduz que o funcionalismo moderado, de Claus Roxin, não confere, por sua vez, tanta magnitude ao sistema penal, muito menos as exigências derivadas dele, conservando certa operatividade dos limites externos ancorados na “esfera do ser (natureza das coisas) ou na própria linguagem”. O funcionalismo de Roxin instrui as categorias do Direito penal às destinações da Política criminal, ou seja, enquanto Jakobs preceitua como decisivas as necessidades “sistêmicas” orientadas à “função do Direito penal”, sendo esta a manutenção, prevenção e integração por meio do reforço da norma, Claus Roxin

oferece acolhimento a valores e princípios garantistas ao configurar o sistema da dogmática jurídico-penal e do Direito penal. (SILVA SANCHEZ, 1992, p. 70).

A transgressão de uma regra social, ou seja, o delito, é visto de modo socialmente disfuncional, não porque está ferindo ou porque esta colocando em perigo bens jurídicos, mas sim porque questiona a “confiança institucional” no sistema (GOMES, 2007, p. 148).

A delinquência se mostra para Jakobs, primeiramente, como “expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao Direito”, resultando em constrangimento à plenitude e solidez social. Desta feita, a teoria sistêmica não se confina a resguardar bens jurídicos, pois sim a função. Visa, em plenitude, a confiança institucional no sistema e seu bom funcionamento (GOMES, 2007, p. 148).

Ademais, a doutrina do direito penal como proteção de bens jurídicos, como proposta por Roxin, tampouco apresenta contribuição alguma na limitação da antecipação da punibilidade. Por sua vez, a doutrina do direito penal como proteção da vigência da norma, como proposta por Jakobs, demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação (JAKOBS, 2005, p. 51).

Neste sentido, revela Jakobs que “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade” (JAKOBS, 2003, p. 1).

Jakobs parte do axioma que a função da pena é (re)afirmar a validade da norma em benefício da estabilização do sistema social, considerando por sua vez que a culpabilidade constitui “uma falta de fidelidade ao direito”, fundamentando assim a necessidade de pena (MORAES, 2011, p. 134).

Neste momento vale resgatar a teoria clássica do delito e a da ação, a qual Jimenez afirma que, em relação à manutenção da estrutura social:

Todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social. En este contexto, El autor rechaza, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción (JIMENEZ, 2006, p. 24).

Jakobs, por outro lado, adotou um novo conceito de ação, o qual dispõe:

(...) La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas

causaciones que no se producirían si concurríese una motivación dirigida a evitar las consecuencias (JAKOBS, 1992, p. 14).

Do mesmo modo, não se pode deixar de validar a oposição ofertada por Claus ROXIN (2002, p. 130), que expõe em primeiro plano sua impressão positiva pela teoria da imputação de Jakobs por sua sólida fundamentação filosófico-sociológica, referindo-se ainda que a beleza do sistema criado por Jakobs não se encontra somente na sua teoria da imputação objetiva, mas também nos reflexos que esta provoca no restante da teoria do crime, bem como na precisão e harmonia com que cada problema é solucionado, sempre devendo levar em conta os efeitos colaterais.

Revela ainda que a concepção do sistema de Jakobs consiste na estruturação da dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias provindas da teoria de sistemas sociais, observando-se com enfoque as lições de Luhmann. No que se refere ao conteúdo, controversa peculiaridade da teoria de Jakobs encontra em deixar a culpabilidade ser absorvida pelo conceito de prevenção geral, em concordância com sua teoria dos fins da pena. Assim, a culpabilidade não é algo oferecido ou “objetivamente dado, mas simplesmente ‘adscrito’ ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas na medida daquilo que seja necessário para o ‘exercício de fidelidade ao direito’” (ROXIN, 2002, p. 130).

389

Alto se revela o nível da teoria de Jakobs, pois, apesar de ser um opositor tal como Roxin, Batista, por sua vez, também elogia a doutrina, aduzindo que se trata de “uma elaboração teórica de altíssimo nível” dizendo ainda que “poderá fazer sucesso nos países centrais, ricos, com baixa conflitividade social” (BATISTA, 2004, p. 20).

Assim, concluí-se que o funcionalismo de Jakobs procura, sobretudo, assegurar o império da norma, diferentemente de Roxin, que procura instituir valores político-criminais e proteger bens jurídicos.

Ressalta-se, por fim, que o estudo até aqui se mostra essencial para entender os próximos, ou seja, as velocidades do Direito Penal e o Direito penal do Inimigo, já que se encontram inteiramente ligados.

5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE JAKOBS

A fim de recapitular o estudo até aqui, como acentuado por Moraes, tem-se que:

Nos últimos anos, a concepção clássica do delito (Carrara), a concepção neoclássica do delito (neokantismo) e o sistema finalista do delito (WELZEL), passaram a dialogar com a escola funcionalista dividida basicamente entre as seguintes orientações: o funcionalismo estrutural de Parson (no Direito Penal identificado como teleológico, valorativo e 'moderado' adotado por Roxin) e o funcionalismo sistêmico de Luhmann (no Direito Penal identificado como estratégico, normativista e 'radical', adotado por Jakobs) (MORAES, 2011, p. 124).

Para uma assimilação apropriada do Direito Penal do Inimigo e o que este representa ao funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, é necessário esclarecer que, o Direito Penal persiste e obtém o encargo de estabilizar as relações sociais.

Adentrando nas chamadas Velocidades do Direito Penal, estas, revelam-se importantíssimas para o presente estudo, já que se referem ao tempo em que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, sendo esta mais ou menos grave.

Os institutos denominados como Velocidades do Direito Penal foram criadas pelo espanhol Jesús-María Silva Sánchez, o qual é considerado um dos mais respeitados penalistas da atualidade. A teoria traz consigo a ideia de que temos no ordenamento jurídico várias dimensões de Direito Penal, graduados de acordo com sua rigidez (MELIÁ, 2012, p. 92).

Primeiramente, Silva Sanchez divide o Direito Penal em duas velocidades, denominadas como a primeira velocidade e a segunda velocidade, mas por fim, afirma existir uma terceira velocidade, que seria denominada como Direito Penal do Inimigo.

No que se refere à análise dos institutos denominados como velocidades do Direito Penal, Silva Sanchez introduz a primeira velocidade como um modelo de Direito Penal liberal-clássico, garantista, tradicional e mínimo, que se vale preferencialmente da pena privativa de liberdade, como finalidade de uma ação penal, mas se funda em garantias individuais inarredáveis, como meio eficaz para obtenção de justiça, sistema esse adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro (SANCHEZ, 2002, p. 40).

No segundo ponto de sua lição, tem-se a análise do Direito Penal de segunda velocidade, instituto que defende a flexibilização, de forma proporcional, de garantias penais e processuais penais, porém fundamentada na certeza da adoção de medidas alternativas à prisão, ou seja, flexibiliza-se garantias devido ao fato de que não haverá a aplicação de pena privativa de liberdade, mas sim penas alternativas, como restritivas de direito e pecuniárias.

Segundo Alexandre Rocha de Almeida de Moraes, as velocidades alusivas acima são verificadas de forma que:

A primeira, pautado no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade-pecuniárias ou restritivas de direitos (MORAES, 2011, p. 230).

Como última dimensão do âmbito penalista, tem-se a terceira velocidade, a qual seria, portanto, uma velocidade híbrida, heteróclita, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização ou supressão das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

No âmago da terceira velocidade do direito penal encontra-se, portanto, o Direito Penal do Inimigo, ofertado por Jakobs em meados de 1985, e que vem ganhando adeptos e relevância no mundo jurídico, principalmente no hemisfério norte do planeta, após a ocorrência de vários crimes que chocaram a humanidade, como por exemplo, o atentado terrorista de 11 de setembro ao World Trade Center, os atentados terroristas em Madrid e Londres, ocorridos respectivamente em 11 de Março de 2004 e 07 de Julho de 2005 e por fim o atentado a cidade de Paris em 13 de novembro de 2015.

A teoria, originada no pensamento funcionalista sistêmico fundado na racionalidade comunicativa, traz consigo uma distinção entre duas espécies de criminosos: a) os criminosos que têm suas garantias legais preservadas devido ao fato de terem praticados crimes de baixo grau ofensivo, assegurando a esses a preservação do status de cidadão e garantindo, após o cumprimento da penalidade, a manutenção de seus direitos e de sua perspectiva de reintegração social (Direito Penal do Cidadão); b) os criminosos de alta periculosidade que cometeram ou possivelmente poderão cometer crimes de elevado teor ofensivo, e por conta disso sofreriam medidas de segurança próprias, ou seja, penas rígidas a fim de controlá-los, mesmo que de forma antecipada, suprimindo para isto garantias legais e processuais. (Direito Penal do Inimigo).

Em outras palavras:

(...) de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam

permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2010, p. 2).

Jakobs pondera que são considerados como inimigos do Estado os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (JAKOBS, 2003, p. 39). Nesse sentido, conceitua ainda que quem, por princípio, age de modo controverso a norma, não oferece garantia de seu comportamento pessoal. Visto isso, não poderá ser tratado como cidadão, devendo ser combatido como inimigo. Expõe, por fim, que nesta “guerra” há lugar somente para um “legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado, ao contrário, o inimigo deve ser excluído”. (JAKOBS, 2005, p. 49-50).

No que diz a respeito à vigência das normas, onde mora grande semelhança com o funcionalismo sistêmico, pontua-se a diferença entre sua finalidade para os cidadãos e para os inimigos, observando que “O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da Norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos” (JAKOBS, 2012, p. 29). Em outras palavras, “O Direito penal do cidadão é direito de todos; o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. (JAKOBS, 2005, p. 30).

Tido como um dos principais discípulos do filósofo e jurista do direito germânico, Hans Welzel, Jakobs sustenta sua teoria em diversos fundamentos de filósofos do *ius naturale* (Direito Natural), como:

a) Rousseau: O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal ; b) Fichte: quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos ; c) Hobbes: em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo; d) Kant: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o "estado comunitário-legal", deve ser tratado como inimigo (GOMES, 2004).

Deste modo, em síntese, pode-se observar que no Direito Natural, há a argumentação a partir de um ponto de vista absolutamente relacionado com a teoria do contrato, onde todo delinquente é um inimigo, como preconizado por Rosseau e Fichte. Entretanto, para a preservação de um destinatário para expectativas normativas, é mais adequado proporcionar o

status de cidadãos aos que não se desviam por princípio da norma, como proposto por Hobbes e Kant (JAKOBS, 2009, p. 22).

Por fim, cabe ressaltar que Direito Penal do Inimigo traz consigo três pilares, os quais constituem fundamentos essenciais a sua aplicação e demonstram o porquê de ser conhecida como a terceira velocidade do direito penal, quais são: a) antecipação da punição; b) desproporcionalidade das penas e criação de leis severas direcionadas aos “Inimigos do Estado”; c) relativização e/ou supressão de garantias processuais.

Neste plano, Manuel Cancio Meliá, afirma que:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (MELIÁ, 2005, p. 67).

393

Deste modo, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo, tal como o Funcionalismo Radical, tem como finalidade a manutenção da vigência da norma, porém somado com a distinção entre criminosos e a necessidade combater a classe chama de inimigos do Estado, mesmo que para isso seja necessária a supressão ou relativização de direitos e garantias legais atualmente ofertadas e protegidas pelo Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto no presente trabalho, há duas indagações que devem ser sugeridas e respondidas, as quais são: a) qual funcionalismo penal seria o mais adequado para uma possível aplicação? b) O Direito Penal do Inimigo é aceitável no Estado Democrático de Direito vigente no Brasil?

No que pese a primeira indagação, a delicadeza científica que as teorias do funcionalismo penal procuram, é a de explicar o questionamento: para que funciona o Direito Penal?

Desta forma, o funcionalismo penal de Claus Roxin, conhecido também como teleológico-racional, propõe a reconstrução da teoria do delito com alicerce em parâmetros políticos criminais.

Esta, por sua vez, também permite que as dificuldades jurídicas possam ser resolvidas de diversas formas, dando a possibilidade de interpretações distintas, diferentemente do pensamento finalista, que pauta sua resolução através, apenas, de reflexões axiológicas.

Ademais, no pensamento de Roxin, enquanto o bem jurídico não for atingido, o Direito penal não deve atuar, prevalecendo, inclusive, a idéia de insignificância como política criminal, de modo a excluir materialmente a tipicidade. Aqui mora o pensamento teleológico, o qual atendendo as finalidades valorativas por meio da política criminal, deverão se orientar pela proteção de bens jurídicos.

Sendo assim, constrói a ideia de um direito penal comprometido com uma proteção eficaz e legítima de bens jurídicos.

Por outro lado, tem-se o funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, que por sua vez, em total oposição às ideias trazidas por Roxin, procura defender a vigência da norma. Revela-se que tal linha doutrinária obtém duas inegáveis marcas do pensamento *luhmmaniano*, quais são: a) o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação; b) a noção de bem jurídico-penal.

Neste sentido, Jakobs despreza qualquer ideal axiológico (finalismo), bem como a ideia de que o direito penal deve proteger os bens jurídicos (funcionalismo teleológico), insistindo, por sua vez, na necessidade de proteger sua rigidez na valoração das normas, colocando-as acima de tudo.

Sustenta também que a sociedade se mantém por meio de normas, e não por determinados estados e bens (crítica ao pensamento de Roxin), defendendo assim, que basta a infração da lei para haver a imposição de uma sanção penal.

Recapitulado os principais pontos dos funcionalismos de Claus Roxin e de Günther Jakobs, observa-se que se trata de teorias de qualidade indiscutível, tanto por suas bases teóricas filosóficas, quanto por suas repercussões e discussões no sistema penal.

Conclui-se, portanto, que a concepção de Roxin representa a humanização por meio da Política-criminal, tendo como objetivo principal a proteção dos bens jurídicos como finalidade do Direito Penal, sendo aceitável sua aplicação. Em sentido oposto caminha a

teoria funcionalista de Jakobs, já que pretende proteger a norma, não se importando com bens jurídicos, onde se revela intragável.

Ademais, Roxin dá à importância devida para o princípio da insignificância, aplicando-o quando não afetado o bem jurídico, ao contrato de Jakobs, que o menospreza, tratando-se, assim, de uma concepção cuja preocupação não reflete a realidade que o sistema penal vive atualmente.

Posto isto, a teoria de Roxin apresenta-se como a mais adequada para aplicação, porém com devidas ressalvas, visto que suas ideologias apresentam-se um tanto ultrapassadas. Entretanto, tanto a humanização proposta, como os demais ensinamentos ofertados, engrandecem seus fundamentos e a colocam em visível ponto de aceitação, principalmente quando observado em lado oposto o funcionalismo de Jakobs.

Na seara da segunda indagação oferecida, observa-se, originado do pensamento funcionalista radical de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, o qual se verifica como a terceira velocidade do direito penal, pois busca a aplicação de penas rígidas, cumuladas com a relativização ou supressão de garantias penais e processuais penais, em detrimento aos chamados “inimigos do Estado”, ou seja, para a classe de criminosos considerada de alta periculosidade.

Nesta teoria, defende Jakobs que o indivíduo desviado que pratica crime de alta periculosidade, infringindo a norma, deve ser considerado inimigo do estado, devendo ser tratado como tal, sofrendo, assim, suas sanções como forma de medida de segurança e coação estatal.

Mesmo sendo inegável a complexidade e qualidade de fundamentação do Direito penal do inimigo, pontua-se que sua aplicação não pode sequer ser sugerida no cenário atual, visto que representa uma ameaça, um ataque aos princípios e garantias do Estado de Direito. Tratar pessoas como inimigas, negando-as dignidade, suprimindo garantias legais e impedindo-as de reintegrar-se socialmente, como proposto nas medidas de seguranças de Jakobs, não aparenta ser a medida ideal e cabível para os entraves discutidos por Jakobs.

Sendo assim, apesar da crise humanística, o Estado Democrático de Direito roga por preservação de seus princípios, garantias e direitos, devendo qualquer ideologia maximalista ser combatida com a mesma força que se propõe. Não há inimigos, há cidadãos detentores de direitos e deveres, sujeitos a penas e sanções, porém, munidos de dignidade que deve ser preservada.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CALLEGARI, André Luís et al. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2. ed. Campinas: BookSeller, 1999.
- FONSECA, Mariana Martins de Castilho. Uma Análise da Contribuição do Funcionalismo de Claus Roxin à Teoria da Ação. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 157-178, jan./jun. 2009.
- GARCIA, Basileu. *Instituições do Direito Penal*. 4. ed. v. I. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1976.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.
- _____. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal' de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, 2000.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.
- _____. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal*, Barcelona, n. 1, 1998.
- JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*. Traducida por Manuel Cancio Melía. Madrid: Conferencia impartida em el CEU, 1992.
- _____. *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional*. v. 6. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. In: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Mereu José (Orgs.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Mereu José (Orgs.). 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Manual de derecho penal del enemigo*. Madrid: Editora Thosomcivitas, 2003.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Algunos Planteamientos Dogmáticos em la Teoría Jurídica del delito en Alemania, Itália y Espana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 34, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Traducida por E. Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ariel, 1966.

MIR PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-Sistêmico Penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. *Revista Direito em debate*, n. 25, jan./jun. 2006.

PORTUGAL, Daniela. A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs na Aplicação da Lei Penal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, v. 8, n. 2, 2013.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, Tradução: Luís Greco, 2002.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992.

_____. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed., rev. e ampl. España: Civitas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2001.

397

Submissão: 11/04/2016

Aceito para Publicação: 06/07/2017

