



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9003

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Pio Giovani Dresch

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Maria Lucia Boutros Buchain Zoch Rodrigues

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Maria Lucia Boutros Buchain Zoch Rodrigues*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Alberto Delgado Neto*
- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

Conselho Consultivo

Ex-Diretores da Revista da AJURIS

- ✓ *Athos Gusmão Carneiro, Moacir Adiers, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Arnaldo Rizzardo, Araken de Assis, José Antônio Paganella Boschi, Carlos Alberto Etcheverry, Gilberto Schäfer, Almir Porto da Rocha Filho e Elaine Harzheim Macedo.*

Ex-Diretores da Escola Superior da Magistratura

- ✓ *Cristóvam Daiello Moreira, Milton dos Santos Martins, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Eladio Luiz da Silva Lecey, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Cláudio Caldeira Antunes, Wilson Carlos Rodycz, José Antônio Paganella Boschi, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eugênio Facchini Neto, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Iris Helena Medeiros Nogueira e Ricardo Pippi Schmidt.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Araken de Assis, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Athos Gusmão Carneiro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Clademir José Ceolin Missaggia, Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Francisco José Moesch, Gilberto Schäfer, Giovanni Conti, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Sérgio José Dulac Müller e Tupinambá Pinto de Azevedo.*

- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Morais – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – UniBrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – UniBrasil, Paraná; Profª Drª Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUCRS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUCRS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Profª Drª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Profª Drª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Editorial

Com a publicação do presente número, encerra-se mais uma gestão da Direção da Revista, assim como se encaminha ao final mais um mandato da Vice-Presidência Cultural da nossa tradicional e prestigiada *AJURIS*.

Ao longo desse período, ocorreram, para além de uma série de ajustes qualitativos, duas importantes transições, mas que não afetaram de modo substancial a regularidade da publicação ou mesmo a qualidade da Revista. Após uma fase exitosa de parceria com a IOB, optou-se, agora, pelo sistema de editoração exclusivamente eletrônico, valendo-nos de programa especializado e utilizado por um número cada vez maior de periódicos no Brasil. Com isso, busca-se não apenas maior agilidade e controle de qualidade, mas também uma maior divulgação da Revista, que poderá ser acessada livremente de qualquer parte do mundo e por quem quer que seja.

Nesse contexto, resulta evidente que teremos, mais uma vez, de superar uma etapa de transição e adaptação, de tal sorte que pedimos escusas aos leitores por algum inconveniente, rogando que nos sejam enviadas críticas e sugestões.

No mais, também neste número temos artigos de autores estrangeiros, bem como uma seleção de contribuições de colaboradores do Rio Grande do Sul e de outros Estados, representando diversos segmentos das carreiras jurídicas e da Academia Nacional.

Desejamos a todos muito proveito e um excelente 2014.

Porto Alegre, Janeiro de 2014.

Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

Maria Lucia Boutros Buchain Zoch Rodrigues,
Vice-Presidente Cultural

O TEMA DAS QUOTAS PARA AFRODESCENDENTES EM CONCURSOS PÚBLICOS

THE ISSUE OF THE AFRODESCENDANTS SHARES ON BRAZILIAN CIVIL SERVICE EXAMS

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

RESUMO: O artigo discute a constitucionalidade de eventual regra que fixe cotas para afrodescendentes em concursos públicos, no contexto da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Tem como pano de fundo o problema histórico da discriminação, isto é, a escravidão. Discorre sobre a eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais, direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades. Trata também de política de cotas nas escolas públicas no ensino superior. Discorre sobre cotas raciais e cotas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial; Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010; Estatuto da Igualdade Racial; declaração de Durban; ações afirmativas; igualdade

formal; igualdade material; cotas raciais; cotas sociais; precedentes normativos; combinação de critérios.

ABSTRACT: *The paper discusses the constitutionality of a possible statute that provides shares for afrodescendants on Brazilian civil service exams, in the context of a national policy toward racial equality. It has as a backdrop the historical problem of the discrimination, that is, slavery. The paper goes into the elimination of any source of discrimination and racial inequality, direct or indirect, towards the promotion of opportunities. The paper also deals with the politics of afrodescendants shares in public universities. It finally considers racial and social shares for afrodescendants.*

KEYWORDS: *National policy of racial equality; Law 12.288, July, the 20th, 2010;*

¹ Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Consultor-Geral da União.

statute of racial equality; the Durban declaration; affirmative actions; formal equality; substantive equality; racial shares; social shares; precedents; combination of criteria.

SUMÁRIO: Introdução e contornos do problema; I – O tema da promoção da igualdade racial; II – As ações afirmativas e as cotas sociais e raciais; III – As cotas raciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; IV – O tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos na compreensão do Superior Tribunal de Justiça; Considerações complementares e conclusivas; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I – The issue of the promotion of racial equality; II – Affirmative actions, racial and social shares; III – Racial shares in the opinions of the Brazilian Supreme Court; IV – The issue of the afrodescendants shares in the civil service exams in the comprehension of the Brazilian Superior Court of Justice; Complementary and conclusive remarks; References.*

INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

O presente ensaio tem por objetivo discutir o tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos². Explora-se, inicialmente, intenso conjunto de arranjos institucionais, que tem como meta a promoção da igualdade social. Menciona-se algum antecedente histórico, com o propósito de se evidenciar a complexidade que matiza a questão.

A percepção de ações afirmativas é central no debate. Nesse sentido, faz-se alguma digressão em torno de diferenças e semelhanças entre cotas sociais e cotas raciais. Estas últimas foram objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, a propósito da utilização deste mecanismo para preenchimento de vagas em universidades públicas.

Em seguida, a propósito de lei paranaense que dispôs sobre reserva de cotas em concurso público, observa-se o modo como o Superior Tribunal de Justiça tratou a questão, do ponto de vista da legalidade, bem entendido. Tenta-se alguma prognose para decisões futuras, isto é, na hipótese da multiplicação da judicialização dessa questão.

Como se verá, conclui-se pela plausibilidade do uso do sistema de cotas para afrodescendentes em concursos públicos parece contemplar orientação

² O presente ensaio nasce de estudo que teve como objetivo confecção de parecer a propósito de confecção de projeto de lei relativo à fixação de cotas para afrodescendentes em concursos públicos federais. Trata-se do Parecer ASMG-AGU-CGU nº 7.

constitucional que aponta para a necessidade do efetivo alcance de uma sociedade justa e solidária.

I - O TEMA DA PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Intensa produção normativa tem ensejado arranjos institucionais que objetivam a promoção da igualdade racial entre nós. A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definiu os crimes resultantes dos preconceitos de raça e cor, em contexto que remonta à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, Lei Afonso Arinos. O Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2013, instituiu a Política Nacional de Promoção de Igualdade Racial - PNPIR. Este último é marco legal nuclear na concepção e no desenvolvimento efetivo de políticas de promoção de igualdade racial.

O Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. A Portaria MP nº 1.500, de 12 de novembro de 2002, instituiu o campo raça/cor no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos do Governo Federal - Siape. A Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003, criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República. O Decreto nº 5.397, de 22 de março de 2005, dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD.

Na origem desse amplo programa de ação, que orienta políticas públicas, o já referido Decreto nº 4.886, de 2003, de onde se colhe de amplo conjunto de *consideranda* as linhas centrais que devem orientar a atuação estatal no contexto do complexo problema que aqui se explicita. Levou-se em conta que “o Estado deve redefinir o seu papel no que se refere à prestação dos serviços públicos, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidades e tratamento”. Pretende-se transitar da formalidade do tratamento isonômico para o conjunto de medidas reais e efetivas que possam garantir a igualdade de tratamento e de oportunidades.

Reconheceu-se que

compete ao Estado a implantação de ações, norteadas pelos princípios da transversalidade, da participação e da descentralização, capazes de impulsionar de modo especial segmento que há cinco séculos trabalha para edificar o País, mas que continua sendo o alvo predileto

de toda sorte de mazelas, discriminações, ofensas a direitos e violências, material e simbólica.

A atuação estatal é a mola propulsora de políticas de igualdade que se pretende (e que se deve).

Quanto ao papel específico do Governo Federal nesta empreitada, registrou-se que este “pretende fornecer aos agentes sociais e instituições conhecimento necessário à mudança de mentalidade para eliminação do preconceito e da discriminação raciais para que seja incorporada a perspectiva da igualdade racial”. Transita-se, assim, em campo de política pública formulada e reconhecida pelo Poder Executivo Federal.

Nos *consideranda* do decreto, consignou-se também a linha conceitual que se vem construindo, reveladora de princípios que orientam a atuação estatal e que obrigam o Estado. O documento aqui citado veicula um *anexo* no qual se define a necessidade da “eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades”. Há orientação para fortalecimento institucional, centrado em diretrizes e ações. Exige-se “empenho no aperfeiçoamento de marcos legais que deem sustentabilidade às políticas de promoção de igualdade racial e na consolidação de cultura de planejamento, monitoramento e avaliação”. A reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos é resultado dessa orientação, que exige empenho.

Reconheceu-se a necessidade de aperfeiçoamento dos marcos legais. Especialmente, pretendeu-se o “incentivo à adoção de políticas de cotas nas universidades e no mercado de trabalho”. Ainda, tratou-se da “realização de censo dos servidores públicos negros”. A identificação de um índice de desenvolvimento humano para a população negra, bem como a construção de um mapa da cidadania da população negra no Brasil, fecham o referido anexo. Há necessidade de fixação de marco regulatório que dê segurança jurídica e que dê respaldo à ação dos agentes públicos envolvidos; o problema do racismo demanda soluções³.

Seguiu a Lei nº 12.288, de 2010, que instituiu o Instituto da Igualdade Racial. Referido texto normativo tem por objetivo “garantir à população negra

³ O debate relativo às soluções para esse problema está, entre outros, em GALLI, Alessandra. Ações afirmativas: possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.

a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica⁴. O tema transcende o meramente jurídico e alcança questões fundamentalmente sociológicas⁵.

O estatuto definiu “discriminação racial ou étnico-racial”, identificando-as como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.⁶

A questão também é muito recorrente no debate acadêmico, em tema de arranjos institucionais e modelos isonômicos⁷.

Especificou ainda *desigualdade racial*, caracterizando-a como “toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica⁸”. O enfrentamento da desigualdade racial, por intermédio de ações afirmativas, é desafio permanente para sociedades democráticas, nas quais há a herança escravista⁹.

Nos termos de estudo divulgado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesc¹⁰, houve longa e difícil trajetória para aprovação da referida lei,

⁴ Art. 1º da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

⁵ Cf., entre outros, SILVA, Luiz Fernando Martins da. Ação afirmativa e cotas para afrodescendentes: algumas considerações sociojurídicas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

⁶ Inciso I do art. 1º da Lei nº 12.288, de 2010.

⁷ Conferir, por todos, SARMENTO, Daniel. O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. In: *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸ Inciso II do art. 1º da Lei nº 12.288, de 2010.

⁹ TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT, 2005.

¹⁰ SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; BERTÚLIO, Dora Lúcio. *O processo de aprovação do estatuto da igualdade racial – Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: INESC, 2011.

proposta pelo Senador Paulo Paim. Ao que consta, o debate fora originariamente acelerado entre parlamentares afrodescendentes, nos quais se constatou algum tipo de aliança ou de aproximação com movimentos negros¹¹.

Ainda especificamente, em tema de cotas para afrodescendentes em concursos públicos tem-se notícia de audiência pública realizada no Senado Federal na qual se discutiu o assunto. O Portal de Notícias daquela Casa Legislativa noticiou, em 27 de março de 2003, que os debatedores teriam concluído que a Constituição respalda políticas afirmativas, como forma de reduzir as desigualdades sociais do País¹².

A questão do trabalho escravo, origem de todo o problema, nos revela assunto dramático¹³ no que se refere ao estudo da formação do Estado brasileiro¹⁴, situação sempre assustadora e constrangedora¹⁵, marcada por feridas ainda abertas¹⁶ em todo o continente americano¹⁷, indicativas de um grande constrangimento que o debate suscita¹⁸.

Tome-se, apenas como exemplo, de argumentação histórica, de alguma legislação escravista produzida ao longo do Primeiro Reinado, isto é, em seguida ao triunfo do movimento de independência. Nesse sentido, a repressão contra os escravos sempre foi assustadora. Exemplifico com uma ordem de D. Pedro,

¹¹ Cf. SANTOS, Sales Augusto dos et al., cit., p. 11.

¹² Agência Senado, 27 de março de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/27>>. Acesso em: 24 set. 2013.

¹³ O tema da escravidão e da justiça, especialmente ao longo do Segundo Reinado, é explorado por NEQUETE, Lenine, *Escravos & magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

¹⁴ A relação entre escravidão e instituições do Estado, a exemplo da Justiça, é tema explorado por NEQUETE, Lenine, *Escravos & magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

¹⁵ Conferir, por exemplo, a propósito da impressão que a escravidão provocava em viajantes que passavam pelo Rio de Janeiro, SELA, Eneida Maria Mercadante. *Modos de ser, modos de ver - Viajantes europeus e escravos africanos no Rio de Janeiro - 1908-1850*. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

¹⁶ Conferir, nesse sentido, LARA, Sílvia Hunold. *Fragmentos setecentistas - Escravidão, cultura e poder na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

¹⁷ Conferir, especialmente, MARQUESE, Rafael de Bivar. *Feitores do corpo, missionários da mente - Senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas - 1660-1860*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹⁸ Inusitada e assustadora, entre outros, a relação entre cientistas e a questão racial no Brasil, no contexto do delicadíssimo problema da escravidão. Conferir, por todos, SCHWARCZ, Lília Moritz, *O espetáculo das raças - Cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

datada de 2 de abril de 1825, que mandava castigar *correcionalmente* os escravos presos por pequenos roubos, fazendo-os depois entregar a seus senhores:

Constando a S. M. o Imperador que os escravos presos por pequenos roubos, apresentados às autoridades criminais desta Corte, têm sido por elas soltos, sem receberem o castigo que merecem para sua emenda e necessário exemplo, manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, que o Ouvidor da Comarca do Rio de Janeiro faça castigar *correcionalmente* a todos os pretos, que por tais crimes lhe foram apresentados, fazendo-os depois entregar a seus respectivos senhores.

Palácio do Rio de Janeiro, em 2 de abril de 1825.

Clemente Ferreira França.¹⁹

Ao que parece, havia senhores de escravos que eram empregados públicos, e que levavam os escravos para as repartições onde trabalhavam. Combatia-se a prática. Nesse sentido, uma ordem de D. Pedro I, veiculada pelo Ministério da Marinha e datada de 17 de agosto de 1830:

Sua Majestade o Imperador, querendo evitar os abusos que se podem seguir de se admitirem escravos ao serviço das mesmas Repartições em que os respectivos senhores se acham empregados, há por bem que V. S. de acordo com o Inspetor do Arsenal de Marinha, expeça as ordens necessárias a fim de que sejam despedidos todos os escravos tais circunstâncias, empregando V. S. igualmente a maior vigilância para que debaixo do nome de senhores supostos e quaisquer outros pretextos se não iluda esta imperial disposição. Deus guarde a V. S.

Paço, em 17 de agosto de 1830.

Marquês de Paranaguá.

Sr. Luiz da Cunha Moreira.²⁰

¹⁹ Ordem nº 82 do Ministério da Justiça, em 2 de abril de 1825.

²⁰ Ordem nº 149 do Ministério da Marinha, em 17 de agosto de 1830.

Exemplos identificados *supra*, e explicitados em fórmulas ortográficas do português contemporâneo, remetem a exercício de memória institucional que justifica que o elemento histórico também seja levado em conta, em qualquer juízo a propósito de solução para o problema, também como componente justificativo de situação existencial, a exigir pronta intervenção do Estado. Há, assim, componente histórico de muita importância, justificativo de que construa solução institucional que contemple a dramática questão.

Conta-se também com componente na ordem internacional, ao qual aderimos sem restrições, e refiro-me à Declaração de Durban, proferida na África do Sul, de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001. Parcela do conjunto dos *consideranda* da abertura do texto acordado sintetiza movimentação universal, no sentido de se combater quaisquer formas de manifestação de racismo. Na referida declaração há conjunto de situações que então se reconheceu, circunstância que provoca a ação estatal, no sentido de fomentar efetivamente a igualdade de condições entre as pessoas. De tal modo, reproduzo, com ênfases minhas, excertos do que então se pactuou:

[...]

76. Reconhecemos que a desigualdade de condições políticas, econômicas, culturais e sociais podem reproduzir e promover o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e têm como resultado a exacerbação da desigualdade. *Acreditamos que a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata;*

[...]

107. *Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, os quais possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas,*

jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação [...].

Verifica-se a construção conceitual de um arranjo institucional que exige medidas efetivas. Ao conjunto de iniciativas que se desenha denomina-se de *ações afirmativas*. A questão (*affirmative action*) vem sendo discutida nos Estados Unidos da América há um bom tempo. Especialmente, em tema de contratações governamentais, há expressiva construção jurisprudencial nos casos *City of Richmond v. Croson* (1989) e *Adarand v. Peña* (1995). No caso *City of Richmond*, por exemplo, discutiu-se programa daquela cidade, que exigia subcontratação de 30% de trabalhadores recrutados entre minorias raciais, por parte de contratantes que realizassem obras para a municipalidade²¹. A Suprema Corte julgou que o programa de integração racial da cidade de Richmond era insuficientemente concebido para atingir aos objetivos que pretendia²².

II - AS AÇÕES AFIRMATIVAS E AS COTAS SOCIAIS E RACIAIS

A expressão supostamente surgira com o ex-presidente John Kennedy em ordem executiva de 1961, proibindo discriminação no regime de contratação de pessoal de manutenção²³. A locução também foi utilizada pelo ex-presidente Lyndon Johnson²⁴ em ordem executiva de 1965. Tentava-se eliminar resquícios do passado, fazendo-se historicamente justiça devida às minorias, mediante a reserva de vagas em escolas e empregos para membros dessas comunidades e grupos étnicos. É esse também o contexto do modelo norte-americano.

A referida *ordem executiva supra*, do então Presidente Lyndon Johnson, data de 24 de setembro de 1965. À época, havia grande dissenso em torno de conflitos raciais; o *Civil Rights Act*, por exemplo, é daquele mesmo ano. A ordem executiva aqui citada determinava que o Secretário do Trabalho (equivalente a nosso Ministro do Trabalho) tomasse providências para garantir igualdades de condições na contratação de trabalhadores pelo Governo norte-americano.

²¹ Cf. SCHWEBER, Howard. Affirmative Action. In: Kermit Hall, *The Oxford Companion to American Law*, p. 11.

²² Cf. SCHWEBER, Howard. Cit. loc. cit.

²³ Cf. Scweber, cit., p. 10.

²⁴ Lyndon B. Johnson, *Executive Order 11246*, 1965.

O presidente norte-americano detém poder e competência para baixar *ordens executivas* que não têm a mesma natureza de nossas medidas provisórias²⁵. Essas ordens executivas se prestam, basicamente, para fixação de normas em treze categorias básicas: comércio exterior, auxílio ao estrangeiro, defesa, bem-estar social, intervenção governamental na economia, recursos naturais, agricultura, medalhas e reconhecimentos públicos, delegações de poder, artes e humanidades, empregos públicos federais, tributos e custódia de propriedade de estrangeiros²⁶.

Em tema de bem-estar social, o presidente dos Estados Unidos tem baixado ordens sobre sistema educacional, sobre projetos de colaboração entre o Governo e sociedade civil, sobre segurança de trabalho, aposentadoria, seguro de trabalhadores, programas federais de combate às drogas, sobre *food stamps* (selos que podem ser trocados por comida), sobre reservas indígenas, sobre questões de gênero e de minorias (especialmente sobre regras de acesso ao emprego).

Críticos das ações afirmativas considerariam tais procedimentos como discriminações reversas (*reverse discrimination*). O caso *Bakke vs. University of California*²⁷, julgado em 1978, indica os precedentes. Allan Bakke, que não era de grupo minoritário, requereu vaga em faculdade de medicina em um dos *campi* da Universidade da Califórnia. Embora detentor de boas notas (*good score*), Bakke fora preterido porque a aludida universidade reservava dezesseis por cento de suas vagas para grupos específicos²⁸.

Bakke ajuizou ação contra a universidade, alegando que o programa de proteção de minorias o discriminava. A Suprema Corte decidiu que o modelo de ação afirmativa da Universidade da Califórnia era inconstitucional, usando-se inclusive a expressão *reverse discrimination*. Porém, a decisão não foi unânime e em voto vencido (*dissent*) o juiz Powell observara que, em não havendo prejuízo para o interessado, as políticas afirmativas eram perfeitas. Bakke ganhou a ação e obteve a vaga na faculdade de medicina. Talvez pela primeira vez uma norma atinente a direitos civis (*civil rights*) fora utilizada na proteção de

²⁵ Entre nós, a matéria foi tratada por Marco Aurélio Sampaio, cit., p. 43 e ss.

²⁶ Cf. HOWELL, William G. *Power Without Persuasion – The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. p. 189 e ss.

²⁷ 438 U.S. 265 (1978).

²⁸ Sobre o caso *Bakke*, conferir POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1998. p. 351 e ss.

maiorias. Porém, com base no voto vencido do juiz Powell, muitas escolas norte-americanas mantiveram políticas de ações afirmativas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu – em meados de 2003 – um caso de *affirmative action* que envolveu a Universidade de Michigan. Decidiu-se que a prática da universidade no sentido de que admitir minorias não violara a XIV emenda da Constituição norte-americana e que, portanto, não houve discriminação racial ao reverso, como pretenderia a ala mais conservadora.

Trata-se do caso *Grutter v. Bollinger*. Sustentou-se a política de ações afirmativas da Universidade de Michigan, ainda que em votação muito apertada. Dos nove juízes, cinco deles votaram em favor das políticas de acesso àquela universidade, que usava o sistema de cotas. Os outros quatro negaram a possibilidade, insistindo que o sistema de cotas era inconstitucional.

Mais recentemente, retomou-se a discussão, por conta do caso *Fisher v. Universidade do Texas*. A Suprema Corte norte-americana anulou uma decisão de corte inferior, que era a favor do sistema de cotas, dado que esta corte não havia aplicado o teste do *strict scrutiny* – escrutínio estrito, que exige uma ponderação entre o interesse público na manutenção da política desafiada e o interesse particular invocado. De qualquer modo, não se alterou a linha construída desde a década de 1960.

Retomando-se a discussão para um contexto brasileiro²⁹, e do ponto de vista conceitual, o problema se concentra na compreensão de eventuais e

²⁹ Cf., entre outros, GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.; GOMES, Nilma Lino (Org.). *Tempos de lutas: as ações afirmativas no contexto brasileiro*. Brasília: Ministério da Educação, 2006; HIGINO NETO, Vicente. *Ações afirmativas: razão cínica ou igualdade substancial?* In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007; JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008; LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Brasília: Dédalo, 2008; MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas*. In: *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

possíveis diferenças entre cotas raciais e cotas sociais³⁰, para efeitos aplicação de regras de isonomia, à luz do texto constitucional vigente e das interpretações autorizadas do texto decorrentes.

Em seguida, e também o ponto de vista conceitual, deve-se avaliar se há disposição constitucional expressa no sentido de se contemplar políticas de ações afirmativas ou, se, por outro lado, deve-se recorrer a leitura sistemática do texto, forte em presunções da técnica de mutação constitucional. Não há, objetivamente, regra constitucional que contemple a pretensão.

Em princípio, ao que consta, as cotas sociais identificariam reserva de vagas para garantia de oportunidades, em todos os sentidos, com base em critérios de poder econômico. Cotas raciais, por outro lado, identificariam reserva de vagas com base em critérios específicos de cor, raça e etnia. Deve-se indagar se as cotas raciais se justificariam como cotas sociais³¹.

Eventual fixação de regime de cotas para afrodescendentes em concursos públicos contemplaria, em princípio, modelo de cotas raciais. Por outro lado, dado amplo conjunto estatístico que comprova que afrodescendentes seriam economicamente hipossuficientes, pode-se compreender que o modelo de cotas raciais, no caso, efetiva também uma fórmula de cotas sociais.

Essa prática começa a vicejar no Governo Federal, por força de experimentalismo que deve marcar a Administração contemporânea. Por exemplo, um Edital de 19 de janeiro de 2012 regulamentou Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata. Fixou-se nesse normativo o regime de autodeclaração para afrodescendentes. A estes foram reservadas, até a primeira etapa, 10% das vagas.

Por último, deve-se ressaltar, em tema de cotas sociais, que o Decreto nº 6.593, de 2 de outubro de 2008, regulamentou o art. 11 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto à isenção de pagamento de taxa de inscrição em concursos públicos realizados no âmbito do Poder Executivo Federal.

Fixou-se que os editais de concurso público dos órgãos da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Poder Executivo federal deverão prever a possibilidade de isenção de taxa de inscrição para candidatos

³⁰ O tema é explorado por Lincoln Frias, em "As cotas raciais e sociais em universidades públicas são justas?" (*Revista Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, n. 41, p. 130 e ss., jul./dez. 2012).

³¹ Como observado, a discussão muito bem colocada em Lincoln Frias, cit. loc. cit.

inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, bem como para membros de famílias de baixa renda³². Ações afirmativas, por intermédio de cotas raciais e sociais, são de ampla aceitação no debate político brasileiro contemporâneo. Verifica-se, em seguida, se haveria constitucionalidade em lei que reservasse cotas para afrodescendentes em concursos públicos, bem como se haveria alguma ilegalidade em medida nesse sentido.

Por isso, deve-se consultar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Este último tratou da legalidade de uma lei paranaense que reservou cotas para afrodescendentes em concurso daquela unidade federada. Aquele primeiro cuidou de cotas em universidades públicas. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se pode fazer um prognóstico de eventual desate de discussão sobre cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Adianto conclusão, no sentido de que haverá necessidade de lei que compatibilize cotas sociais com cotas raciais.

III - AS COTAS RACIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão é intensa. Envolve miríade de problemas que transcendem ao argumento da justiça histórica no contexto discursivo das chamadas *ações afirmativas*, em desfavor de compreensão que resiste ao modelo que se propõe, e que qualifica cotas raciais e sociais como *discriminação reversa*. E foi por causa de dissenso havido em relação ao regime de cotas nas escolas públicas do ensino superior, no que toca à constitucionalidade do modelo, que o problema chegou - naturalmente - ao Supremo Tribunal Federal³³.

³² Art. 1º do Decreto nº 6.593, de 2008.

³³ Há extensa bibliografia sobre o assunto. Conferir: BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. Da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em universidades brasileiras. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007; BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Org.). *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004; BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas da universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005; DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008; FERES JÚNIOR, João; ZONIN, Jonas. *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Editora UnB, 2006; GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (Org.). *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004; VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge

Refiro-me à ADPF 186-MC/DF, proposta pelo Partido Democratas – DEM, em face de atos administrativos da Universidade de Brasília, que instituíram cotas raciais para ingresso de alunos na referida instituição pública³⁴. Por unanimidade, julgou-se improcedente a arguição³⁵.

Relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, houve também decisão cautelar do Ministro Gilmar Mendes indeferindo a medida. O voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, até a data presente, ainda não foi publicado. Recolhe-se, no entanto, das notas taquigráficas e de apontamentos feitos ao

Araújo. *Responsabilização objetiva do Estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá, 2005; ARENHART, Sérgio Cruz. Reserva de quotas pelo critério racial para o exame vestibular: princípio da isonomia: princípio do promotor natural. *Revista de Processo*, v. 30, n. 126, p. 141-151, ago. 2005; BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 63, p. 103-141, 2004; CARVALHO, José Murilo de. Universidade pública, elitista? *Ciência Hoje*, v. 34, n. 203, p. 16-20, abr. 2004; BRAGRA, Maria Lúcia de Santana; SILVEIRA, Maria Helena Vargas da (Org.). *O programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional anti-racista*. Brasília: Secad: Unesco, 2007; CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar Editorial, 2006; GUIMARÃES, Fábio Cunha. *Sistema de cotas para negros nas universidades*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007; IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Unesco, 2007; NASCIMENTO, Paulo Cezar do. *Ação afirmativa no Brasil e o acesso dos negros ao ensino superior por meio do sistema de cotas*, 2006.

³⁴ Necessário também o conhecimento das linhas gerais do pensamento da subscritora da peça do Partido Democratas no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, conferir, KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 60, p. 207-258, jul./set. 2007.

³⁵ Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares de cabimento da arguição e de sua conexão com a ADIn 3.197. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), julgando totalmente improcedente a arguição, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; pelos interessados, a Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular – IDEP, a Dra. Wanda Marisa Gomes Siqueira; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior; Defensoria Pública da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Defensor-Público Geral.

longo do histórico, julgamento linha de raciocínio que qualifica a *ratio decidendi*, a razão de decidir, que revela – do ponto de vista realista – o modo como o Supremo Tribunal Federal compreende o arranjo institucional de que aqui se trata.

Discutiu-se em torno da constitucionalidade das ações afirmativas. Nesse sentido, o Ministro Relator opôs conteúdos e conceitos de igualdade formal em face de conteúdos e conceitos de igualdade material. Evidenciou a isonomia em um sentido concreto, real, substancial, e não meramente de aparência ou de inscrição normativa. Invocou justiça distributiva como critério de superação real de desigualdades. Buscou referencial de critérios objetivos. Discorreu em torno de um papel simbólico e necessário de políticas de inclusão, especialmente no âmbito universitário.

Concluiu, ao que consta, que políticas de ação afirmativa em universidades objetivam fixar ambiente acadêmico plural, diversificado, de modo a se enfrentar distorções sociais que estão historicamente consolidadas entre nós. Insistiu na proporcionalidade e na razoabilidade que matizam as medidas. Considerou que estas são transitórias, com previsão de avaliação periódica de resultados. Finalmente, fixou que essas políticas efetivamente empregariam métodos seletivos eficazes e compatíveis para com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O julgado leva a crer que se o tema da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes for submetido ao Supremo Tribunal Federal, à luz da técnica do uso do precedente, vai se manter a mesma *ratio decidendi*, isto é, a mesma razão de decidir³⁶. Bem entendida, e em princípio, se mantida a fórmula das regras para cotas nas universidades, que mescla cotas raciais e cotas sociais.

Tem-se, assim, realismo jurídico que informa prognose em favor da tese da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Verifica-se, em seguida, discussão no Superior Tribunal de Justiça, a propósito de lei paranaense que tratou do tema de que aqui se cuida.

³⁶ Há ampla literatura no tema, *interpretação do precedente*. Conferir, por exemplo, MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents – a Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1997; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004; SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

IV - O TEMA DAS COTAS PARA AFRODESCENDENTES EM CONCURSOS PÚBLICOS NA COMPREENSÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por intermédio da Lei Estadual n^o 14.204, de 2003, dispôs-se, no Estado do Paraná, sobre reserva de vagas em concursos públicos para afrodescendentes. Reservou-se 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos certames públicos naquela unidade federada, efetuados pelo Poder Público daquele Estado, para provimento de cargos efetivos para afrodescendentes³⁷.

Dispôs-se também que a fixação do número de vagas reservadas aos afrodescendentes, bem como respectivo percentual, far-se-ia pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e se efetivaria no processo de nomeação³⁸. Fixou-se que, uma vez preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura, a Administração ficaria desobrigada a abrir nova reserva de vagas durante a vigência do concurso em questão³⁹. Explicitou-se que, quando o número de vagas reservadas aos afrodescendentes resultasse em fração, arredondar-se-ia para o número inteiro imediatamente superior, em caso de fração igual ou maior do que 0,5 (zero vírgula cinco); ou para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor do que 0,5 (zero vírgula cinco)⁴⁰.

De igual modo, dispôs-se que a observância do percentual de vagas reservadas aos afrodescendentes dar-se-ia durante todo o período de validade do concurso e aplicar-se-ia a todos os cargos oferecidos⁴¹. A lei paranaense também dispôs que o acesso dos candidatos à reserva de vagas deve obedecer ao pressuposto do procedimento único de seleção⁴². Consignou-se que, na hipótese de não preenchimento da quota prevista na regra geral, as vagas remanescentes seriam revertidas para os demais candidatos qualificados no certame, observada a respectiva ordem de classificação⁴³.

Nuclear na lei, a definição de afrodescendente, quando se consignou que a condição é daquele que assim se declare expressamente, identificando-se como

³⁷ Art. 1^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

³⁸ § 1^o do art. 1^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

³⁹ § 2^o do art. 1^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

⁴⁰ § 3^o do art. 1^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

⁴¹ § 4^o do art. 1^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

⁴² Art. 2^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

⁴³ Art. 3^o da Lei paranaense n^o 14.204, de 2003.

de cor preta ou parda, a raça etnia negra⁴⁴. Dispôs-se que, detectada a falsidade na declaração, deve-se sujeitar o infrator às penas da lei (falsidade), identificando-se ainda outras penalidades, como a pena disciplinar de demissão, na hipótese de nomeado para cargo efetivo nessas condições, ou, no desdobramento do concurso, a anulação da inscrição, garantindo-se, sempre, a ampla defesa⁴⁵.

A lei não se aplicaria aos concursos então em andamento⁴⁶. Isto é, não teria efeitos *ex tunc* ou projeção em situações pendentes. A regra renovava. Seus efeitos são *ex nunc*. A lei paranaense de cotas no serviço público foi judicializada⁴⁷. A questão ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso em mandado de segurança⁴⁸. Relatado pelo Ministro Felix Fischer, trata-se de mandado de segurança que se reporta a concurso público realizado na Universidade Estadual Norte do Paraná. Nesta ocasião, ementou-se, como segue e com ênfases minhas:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO DO CERTAME - DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL - RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-DESCENDENTES - CONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO DESPROVIDO

1. *A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.* 2. *A lei estadual que prevê a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.* 3. *As Universidades Públicas*

⁴⁴ Art. 4º da Lei paranaense nº 14.204, de 2003.

⁴⁵ Art. 5º da Lei paranaense nº 14.204, de 2003.

⁴⁶ Art. 6º da Lei paranaense nº 14.204, de 2003.

⁴⁷ Percepção fincada na ciência política pode nos dar conta de que judicialização de alguns problemas de políticas públicas pode redundar na redução da complexidade da questão. Além do que o Judiciário seria, nesse sentido, um poderoso ator que desequilibra a disputa, na medida em que detém poder que transcende aos demais atores. É que é o Judiciário quem dá a palavra final.

⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 26.089/PR (2008/0003014-1).

possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis. 4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, *in casu*, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afrodescendentes sequer foram ocupadas. Recurso desprovido.

No corpo do voto há várias passagens que objetiva e inquestionavelmente sufragam a legalidade de lei que disponha sobre cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Assim, do ponto de vista da legalidade, há precedente do Superior Tribunal de Justiça que sufraga a tese de que há possibilidade de lei que disponha sobre reserva de cotas para afrodescendentes em certames públicos para provimento de cargos. Bem entendido, não se trata aqui de cotas sociais, das quais se obtém um quantitativo de cotas raciais, a exemplo do que ocorrera na legislação referente a cotas nas universidades públicas. Assim, na forma, e no fundo, diferentes os arranjos institucionais decorrentes de uma fórmula de cotas para afrodescendentes no contexto do acesso às universidades públicas, comparados com o modelo para acesso ao serviço público.

CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES E CONCLUSIVAS

Não há disposição expressa no texto constitucional no sentido de que a reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos seja mandatária. Assim, do ponto de vista da absoluta literalidade, não há norma constitucional que objetivamente sufrague a pretensão de que aqui se cuida. A ilação decorre de compreensão sistemática do texto, sobremodo com base no inciso I do art. 3º da Constituição de 1988, que dispõe que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Há na medida – garantia de cotas para afrodescendentes – permanente busca de justiça, em ambiente de forte solidariedade.

Reforça essa premissa o texto do preâmbulo de nosso texto constitucional, que dá conta da instituição de um Estado Democrático,

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e

sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

É essa dicção que sustenta, na essência, a constitucionalidade da concepção e da execução de ações afirmativas.

O modelo deve ser transitório, pena em que se transforme em prenda interminável, consubstanciando situação que a doutrina denomina de *discriminação reversa*. Além do que, ao que consta, a medida aqui estudada atende relação de proporcionalidade: meios que serão empregados (reserva de cotas para afrodescendentes) e fins objetivados (promoção de igualdade racial)⁴⁹.

Uma maior presença de afrodescendentes nos vários postos do serviço público (fim objetivado), por intermédio de reserva de cotas, é indubitavelmente meio adequado e pertinente. De tal modo, esse arranjo institucional é contemplado por juízos de valoração de política pública e de pertinência jurídica, a exemplo do teste da proporcionalidade.

Na trilha do definido pelo Supremo Tribunal Federal, na discussão sobre as cotas para afrodescendentes em universidades públicas, pode-se afirmar que a utilização desse modelo para o ingresso no serviço público, por concurso, seria importante instrumento para a diversificação e para a realização do ideal pluralista. Tem-se, assim, fórmula para o enfrentamento e a superação de distorções sociais que plasmam nossa história. Há, no entanto, um componente de cotas sociais que foi sacrificado e que precisa ser explicado.

Bem entendido, seguindo-se as várias legislações que hoje há, especialmente o *Estatuto* noticiado, as concepções aqui lançadas deveriam transcender aos limites dos concursos públicos. Isto é, deveria também se cogitar de modelo de reservas de cotas em relação a cargos em confiança, não obstante a especificidade, o objetivo e os estreitos limites de tirocínio destes últimos. Haveria necessidade de que se alterasse o conceito de livre nomeação.

A escolha de detentor de cargo em comissão desdobra-se de algumas circunstâncias fáticas, personalíssimas, que revelam conhecimento de áreas de atuação e proximidade com a autoridade que indica quem vá ocupar o cargo em comissão aqui mencionado. Esse elemento – que é histórico em nosso direito –,

⁴⁹ Conferir, no tema, *proporcionalidade*, e por todos, PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

uma vez aprovada regra que reserve cotas para afrodescendentes inclusive em cargos comissionados, deverá ser redesenhado.

O reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de políticas de ações afirmativas para afrodescendentes no regime de ingresso nas universidades federais decorreu de avaliação de texto legal, devidamente apreciado pelo Congresso Nacional.

Cuidou-se, à época, da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe, entre outros, que

as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Realiza-se, assim, política de cotas sociais.⁵⁰

O mesmo texto legal, mais a frente, dispõe que as referidas vagas “serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção ao mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população na unidade da Federação onde está situada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”⁵¹. Na hipótese, tem-se, assim, política de *cotas raciais*, a partir de conjunto de vagas que contemplam *cotas sociais*.

São duas as questões clássicas que acompanham uma análise séria sobre políticas de ações afirmativas. Questiona-se, em primeiro lugar, *se funcionam*⁵²; ainda, pergunta-se, *seriam justas*⁵³? À segunda pergunta, ao que consta, a resposta é positiva, em um contexto de uma sociedade democrática, que se pretende justa e igualitária. À primeira delas, deve-se compreender que algum experimentalismo seja necessário. Fixada a compreensão de que a reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos seja constitucional, opina-se que essa medida deve ser veiculada por lei, e não por decreto ou por

⁵⁰ Art. 1º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.

⁵¹ Art. 3º da Lei nº 12.711, de 2012.

⁵² Cf. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue - The Theory and Practice of Equality*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000. p. 386 e ss.

⁵³ Cf. DWORKIN, Ronald. Cit., p. 409 e ss.

qualquer outra medida infralegal. A formulação do modelo via decreto, por exemplo, fomentaria contínua litigância em tema de reserva legal e de reflexa discriminação de reversa, inviabilizando-se a realização de concursos para provimento de cargos públicos.

Necessária a confecção de projeto de lei, estendendo-se o Estatuto da Igualdade Racial, no qual a medida aqui cogitada pode se consubstanciar em acréscimo de artigo. Ao Congresso Nacional, em seguida, o debate sobre essa justíssima questão. Vai se debater se as cotas raciais se dissolvem em contas sociais.

Assim, pode-se concluir que é constitucional medida que fixe cotas para afrodescendentes em concursos públicos, bem como para cargos em comissão, por meio de projeto de lei, e por força de entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e com fundamento na efetiva leitura do preâmbulo e dos excertos da Constituição, a par dos vários marcos regulatórios que há, e que exigem da geração presente o mais absoluto compromisso com a formação de uma sociedade justa e solidária. Deve-se compreender que a herança escravista enseja um especialíssimo ingrediente que exige que compreendamos que cotas sociais não seriam suficientes para a completa integração racial que se almeja.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Reserva de quotas pelo critério racial para o exame vestibular: princípio da isonomia: princípio do promotor natural. *Revista de Processo*, v. 30, n. 126, p. 141-151, ago. 2005.

BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 63, p. 103-141, 2004.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Org.). *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BRAGRA, Maria Lúcia de Santana; SILVEIRA, Maria Helena Vargas da (Org.). *O programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional anti-racista*. Brasília: Secad: Unesco, 2007.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas da universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar Editorial, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. Universidade pública, elitista? *Ciência Hoje*, v. 34, n. 203, p. 16-20, abr. 2004.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000.

FERES JÚNIOR, João; ZONIN, Jonas. *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Editora UnB, 2006.

GALLI, Alessandra. Ações afirmativas: possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – Perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Nilma Lino (Org.). *Tempos de lutas: as ações afirmativas no contexto brasileiro*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (Org.). *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

GUIMARÃES, Fábio Cunha. *Sistema de cotas para negros nas universidades*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007.

HIGINO NETO, Vicente. Ações afirmativas: razão cínica ou igualdade substancial? In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – Perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.

HOWELL, William G. *Power Without Persuasion – The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.

IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 60, p. 207-258, jul./set. 2007.

LARA, Silvia Hunold. *Fragmentos setecentistas – Escravidão, cultura e poder na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Brasília: Dédalo, 2008.

LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Unesco, 2007.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

MARQUESE, Rafael de Bivar. *Feitores do corpo, missionários da mente – Senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas – 1660-1860*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NASCIMENTO, Paulo Cezar do. *Ação afirmativa no Brasil e o acesso dos negros ao ensino superior por meio do sistema de cotas*, 2006.

NEQUETE, Lenine. *Escravos & Magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

_____; SANTOS, João Vitor Moreno dos; BERTÚLIO, Dora Lúcio. *O processo de aprovação do estatuto da igualdade racial – Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: INESC, 2011.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças – Cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SELA, Eneida Maria Mercadante. *Modos de ser, modos de ver – Viajantes europeus e escravos africanos no Rio de Janeiro – 1908-1850*. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT, 2005.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Responsabilização objetiva do Estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá, 2005.

AS CONTRIBUIÇÕES DAS AÇÕES COLETIVAS NO CENÁRIO DOS CONFLITOS MASSIFICADOS: UMA DEFESA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA¹

THE CONTRIBUTIONS OF CLASS ACTIONS IN SITUATIONS OF MASS CONFLICT: A DEFENSE OF JURISDICTIONAL COLLECTIVE CUSTODY

Carlos Alberto Ely Fontela²

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar as principais contribuições das ações coletivas para resolução dos conflitos de massa, assim considerados aqueles que envolvam os direitos transindividuais, especialmente os direitos individuais homogêneos, que assoberbam o Poder Judiciário na atualidade. Defende-se, assim, que nos conflitos massificados a tutela jurisdicional coletiva: a) propicia um efetivo e justo acesso à justiça; b) implica economia e eficiência processual; c) ostenta um valor pedagógico; d) acarreta isonomia no julgamento e segurança jurídica; e) concretiza o direito material.

PALAVRAS-CHAVE: Ações coletivas; contribuições; tutela jurisdicional

coletiva; conflitos de massa; acesso à justiça; direitos transindividuais.

ABSTRACT: *The present article aims to show the main contributions of class actions for the resolution of collective actions considering those which involve trans individual rights, specially the individual homogeneous rights, thus overwhelming the Judiciary nowadays. Therefore, it is argued that in mass conflicts the jurisdictional collective custody: a) provides fair and effective access to justice; b) infers economy and efficiency in the process; c) has pedagogical value; d) results in equality in judgment and legal security; e) implements the material right.*

KEYWORDS: *Class actions; contributions; jurisdictional custody; mass conflicts; access to justice; trans individual rights.*

¹ Elaborado no segundo semestre de 2012, com origem em parte nas pesquisas realizadas para a elaboração da dissertação de Mestrado, com o título: *Estado democrático de direito, direitos transindividuais e ações coletivas: em busca da efetivação da cidadania no cenário dos conflitos massificados.*

² Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada (URI) de Santo Ângelo, Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação (Especialização) do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Efetivo e justo acesso à justiça e expansão da cidadania; 2 Economia e eficiência processual; 3 O valor pedagógico; 4 Isonomia de julgamento e segurança jurídica; 5 Concretização do direito material; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Fair and effective access to justice and citizenship extension; 2 Procedural economy and efficiency; 3 Pedagogical value; 4 Isonomy of judgment and legal security; 5 Achievement of the material right; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido na atualidade sobre a morosidade do Poder Judiciário, na demora na prestação jurisdicional com a entrega efetiva do bem da vida, especialmente na esfera cível. Sem dúvidas as causas para esse fenômeno são múltiplas e não haveria espaço para elencá-las de forma sistemática e pormenorizada neste trabalho.

Entretanto, de plano, pode-se apontar que as ações repetitivas oriundas dos conflitos de massa – que ainda recebem um tratamento individualizado – têm uma significativa parcela de contribuição para o retardamento da prestação jurisdicional.

O abrandamento ou a solução para este problema específico reclama a adoção de uma tutela jurisdicional coletiva quando se está diante dos conflitos massificados. Alguns entendem que o quadro atual de explosão de litígios pode ser enfrentado com o aumento do número de juízes, de servidores, de criação de novas unidades jurisdicionais, etc. Isso, obviamente, é uma compreensão ingênua do fenômeno, pois basta haver um plano econômico mal conduzido ou o repasse ao consumidor de um tributo indevido por parte de uma concessionária de serviço público para, por exemplo, o aumento do número de juízes e servidores ser neutralizado: serão milhares de novas ações individuais demandando reparações.

Esse diagnóstico já foi feito por Mauro Cappelletti, ainda nas últimas décadas do século passado. Por isso, defendia o aludido mestre italiano que o Poder Judiciário deveria se preparar para estar a altura das novas e prementes aspirações da sociedade, tornando-se protetor dos “novos” direitos difusos, coletivos e fragmentados, característicos da civilização de massa.

A compreensão desse fenômeno da explosão de litigiosidade e multiplicação de demandas (individuais) judiciais, que abarrotam o Poder

Judiciário, passa pela análise das transformações ocorridas nos modelos de Estado moderno (Liberal, Social e Democrático de Direito) e os seus reflexos na sociedade e no Direito, com o que se pode entender o surgimento dos “novos direitos”, que não se encaixam na filosofia liberal-individualista, e, por consequência, também não se amoldam no modelo de prestação jurisdicional individualista ainda reinante.

Entretanto, tal apreciação acerca da evolução do Estado moderno até a contemporaneidade não comporta nesse limitado espaço. Não obstante, atalhando, deve-se dizer que a técnica processual deve estar adequada ao tipo de direito que se pretende realizar. Ou seja, acaso o conflito seja individual e singular, o caminho a ser trilhado é o da ação individual, para o que o Código de Processo Civil de 1973, bem ou mal, é o instrumento adequado; por outro lado, se o conflito envolver direitos coletivos em sentido amplo, denominados comumente de direitos transindividuais ou metaindividuais (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), o veículo deve(ria) ser a ação coletiva, o que não se tem observado no cotidiano forense, especialmente quando se cuida dos direitos individuais homogêneos, cujas razões são múltiplas, desde a falta de legislação adequada sobre a tutela jurisdicional coletiva em razão de interesses corporativos, passando também por uma cultura individualista arraigada na sociedade.

E o que se pretende deixar evidente neste trabalho é que as ações coletivas – desde que sejam prestigiadas e valorizadas – constituem-se em um verdadeiro instrumento de concretização dos direitos que transcendem o indivíduo, efetivando a cidadania diante desse contexto de relações jurídicas e conflitos massificados, cujas lesões não se restringem mais à esfera meramente individual, mas atingem coletividades, grupos ou classes de pessoas ou mesmo um conjunto de pessoas que não são identificáveis.

Com efeito, objetiva este trabalho traçar as contribuições das ações coletivas dentro desse contexto, fazendo-se uma defesa da tutela jurisdicional coletiva, a qual, segundo se sustentará, torna efetivo e justo o acesso à justiça e expande a cidadania, propicia a economia e eficiência processual, ostenta um viés pedagógico, proporciona a isonomia de julgamento em situações de fato e de direito idênticas, traz segurança jurídica e concretiza o direito material. São essas as contribuições das ações coletivas que se passa a analisar de forma um pouco mais detida.

1 EFETIVO E JUSTO ACESSO À JUSTIÇA E EXPANSÃO DA CIDADANIA

Quando se fala em acesso à justiça, empiricamente, a primeira ideia que vem à tona é a possibilidade de as pessoas levarem as suas reivindicações ao Poder Judiciário. Entretanto, o acesso à justiça ostenta um conteúdo bem mais amplo do que o simples direito de se acionar o Estado-jurisdição para que se decida um determinado conflito de interesses. A significação do acesso à justiça vai com o decorrer do tempo sofrendo transformações, pautadas pela própria evolução dos direitos e, por conseguinte, dos novos conteúdos que vão se agregando ao conceito de cidadania.

Na obra *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, problematiza-se essa temática, reconhecendo os autores que a expressão “acesso à justiça” não é unívoca, mas sabidamente de difícil definição. Todavia, pode-se dela extrair duas finalidades básicas: um sistema (acessível a todos) pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos, resolvendo seus litígios sob os auspícios do Estado, e um sistema que produza resultados que sejam individual e socialmente justos, havendo a necessidade para a concretização da justiça social, o pressuposto do acesso efetivo, não apenas formal³.

A primeira finalidade do acesso à justiça revela-se como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário para a defesa de direitos, representada pelo direito de ação, previsto constitucionalmente e pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/1988), configurador do princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴, assegurando-se o direito de ingresso em juízo, bastando para isso a afirmação de um direito sem maiores preocupações com a sua concretização efetiva, o que se enquadra no paradigma individualista do Estado Liberal de Direito, que estava a pleno vapor nos séculos XVIII e XIX, quando havia a preocupação apenas com os direitos civis e políticos.

Já a segunda finalidade entende o acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, que se caracteriza com a busca de uma gama de direitos selecionados pela sociedade que permitam a realização do ideário da justiça social, com

³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8-9.

⁴ Alerta-se que a perspectiva de acesso à justiça aqui abordada restringe-se à análise do acesso à justiça estatal, não se desconhecendo as outras formas de resolução das disputas realizadas no fora do ambiente estatal, como os “tribunais de arbitragem e mediação”.

equilíbrio de armas entre os litigantes e como consequência uma tutela judicial efetiva. Essa perspectiva amolda-se e coaduna-se com o que ocorreu a partir da segunda metade do século XIX em diante, quando não mais se mostra suficiente a proteção jurisdicional de caráter meramente formal, reflexo da então filosofia liberal-individualista.

Essa estrutura de sistema formalista de distribuição da justiça alijava os desvalidos economicamente e começou a soçobrar quando se abriu espaço aos direitos sociais, havendo a necessidade de considerar a pessoa não somente em sua dimensão singular, como também há que se defendê-la em sua condição comunitária, social. Por isso que se fala da postura ativa do Estado, pois este deve preocupar-se em garantir os direitos sociais básicos, investindo nas áreas da saúde, educação, moradia, segurança, etc.

Por essa razão, segundo Cappelletti e Garth, o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – “o mais básico dos direitos humanos” – de um sistema jurídico que se quer conhecer como moderno e igualitário, e que pretende não apenas proclamar os direitos de todos, mas também garanti-los e concretizá-los. Nessa esteira, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental crescentemente reconhecido, mas também necessariamente o ponto central da moderna processualística⁵.

Pode-se dizer, então, que o acesso à justiça é um dos “novos” direitos advindos do Estado Social, não compreendendo somente o ajuizamento da ação perante o Judiciário, devendo abranger também a garantia de assistência jurídica integral pré-processual e durante o processo, não bastando o simples acesso aos Tribunais, mas direito ao processo justo, devido e legal.

Nesse cenário, o Poder Judiciário passa a ser instrumento de expansão da cidadania, não mais se limitando na resolução de lides intersubjetivas, passando da sua posição de solucionador de demandas individuais para se postar diante dos megalitígios que envolvam direitos transindividuais, nos quais se debruçará albergando (ou não) os direitos sociais, os direitos do consumidor e, enfim, todos os direitos que tutelam as coletividades, previstos constitucionalmente e na legislação infraconstitucional. E para esse superlitígio há a necessidade de utilização de um instrumento com o mesmo grau de potência, qual seja, a ação

⁵ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 12-13.

coletiva, verdadeiro mecanismo de concretização da cidadania e facilitador do acesso à justiça.

Nesse diapasão, veja-se a precisão da lição de Maria Tereza Sadek, cujo excerto se pode extrair a conexão existente entre acesso à justiça, cidadania e ação coletiva:

A tutela dos direitos difusos e coletivos atende a uma demanda de maior racionalização do processo, já que uma única ação judicial pode englobar um número maior de agentes. Seu maior ganho, entretanto, está na possibilidade de democratizar o acesso à justiça, contemplando grupos e coletividades. Ademais, há o reconhecimento da existência de conflitos que não são de natureza individual, mas coletiva, tendo por objetivo não o indivíduo abstrato ou genérico, mas o indivíduo em sua especificidade, isto é, como consumidor, como criança, como idoso, como negro, como deficiente físico, como portador de uma doença, como desprovido de habitação. Em síntese, trata-se de um instrumento para corrigir desigualdades, um instrumento de justiça distributiva.⁶

Diante disso, inquestionável que as ações coletivas asseguram um efetivo acesso à justiça de muitas pretensões que, de outra forma, dificilmente chegariam às portas do Poder Judiciário. Prova disso é quando uma pessoa sofre uma lesão de pequeno valor financeiro ou a lesão não causa repercussão financeira imediata, como, por exemplo, o caso da cobrança indevida de um serviço não contratado pelo consumidor, mas de módico valor. E mesmo supondo que a pessoa lesada tivesse buscado a via judicial para estancar a lesão e restituir os valores pagos indevidamente, tal solução individual e atomizada não servirá de incentivo ou obrigará o autor da lesão a alterar a sua conduta em relação ao universo de pessoas que sofre o mesmo tipo de lesão.

Tal situação não ocorreria se solução do conflito fosse entretida em uma ação coletiva, com uma conseqüente tutela jurisdicional que beneficiasse todos os lesados, resolvendo o conflito molecularmente, tendo a ação coletiva o grande

⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Ministério Público Democrático, 2006. p. 153-154.

mérito de colocar o grupo de pessoas lesadas e o réu (causador da lesão) em posição de igualdade, ou, ao menos, em paridade de armas.

Esse tipo de violação causa um dano elevado ao grupo ou universo de pessoas, mas as correspondentes pretensões individuais são tão reduzidas e dispersas que, na maioria das vezes, a propositura de ações individuais pelo lesado individualmente torna-se inviável e chega à beira da falta de interesse de agir, o que no Direito norte-americano, conforme Antonio Gidi, denomina-se *small claims class actions*. Essa espécie de violação em massa de direitos é muito comum no mundo moderno – e no Brasil especialmente –, pois, em um contexto de relações contratuais e jurídicas massificadas, uma simples decisão de uma empresa pode prejudicar milhares ou milhões de pessoas⁷.

Por outro lado, as ações coletivas servem para a tutela daquelas pessoas que sequer têm “acesso ao Direito”, ou seja, que, devido à sua hipossuficiência, são desconhecedoras dos seus direitos e nem mesmo sabem que eles foram violados e não têm, por consequência, a iniciativa para buscar a tutela judicial.

A ação coletiva pode se constituir em um poderoso mecanismo a ser utilizado em favor das minorias oprimidas da sociedade, cujos integrantes, se isolados, não têm acesso às instituições representativas do regime democrático, tendo a ação coletiva o poder de restabelecer o equilíbrio entre o indivíduo e as instituições que o oprimem, como o governo e as grandes empresas, proporcionando a igualdade de armas e o poder de barganha⁸.

1.1 RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA

A existência de milhares (ou milhões) de ações individuais, muitas delas com a causa de pedir e pedido idênticos (repetitivos), ajuizadas perante o Poder Judiciário, não pode ser confundida com exercício da cidadania. Esse alerta deve estar presente nos operadores do Direito. A interpretação equivocada do art. 5º, XXXV, da CF/1988, que traz o princípio da inafastabilidade da jurisdição como já dito, não significa dizer que todo e qualquer conflito deva primeiramente bater às portas do Poder Judiciário. Tal primado, antes, é endereçado ao legislador que, na sua atividade de elaboração legislativa, não pode solapar da apreciação do Estado-jurisdição qualquer ameaça ou lesão de direito.

⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31-32.

Essa exegese torta de acesso à justiça – e também por interessar aos poucos que lucram com esse anacrônico e irracional sistema de distribuição da justiça – acaba por transformar o Poder Judiciário em um balcão imediato de toda a sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias, a maioria delas de pequena monta ou de pouca ou quase nenhuma complexidade ou relevância, sem que antes se tenha buscado, ainda na esfera extrajudicial, a solução pacífica do litígio⁹.

⁹ Cediço que antes de o juiz analisar o mérito da causa, devem estar presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Dentre as condições da ação, verifica-se uma interpretação equivocada do que seja a utilidade e necessidade do provimento judicial invocado, ou seja, visão inadequada, na contemporaneidade, do que seja o interesse de agir, que precisa ser relido. Infelizmente, citando um exemplo prático bem específico, de um modo geral, as Cortes Estaduais pacificaram o entendimento de que não há a necessidade de prévia busca da indenização do seguro DPVAT (seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre previsto na Lei nº 6.194/1974) na seara administrativa (não se fala em *esgotamento*, mas sim *provocação* no âmbito extrajudicial), podendo a vítima e/ou beneficiário buscar diretamente a via judicial, com escora, basicamente, no art. 5º, XXXV, da CF/1988. Essa exegese fomenta o litígio. Muitas vezes nem escoou o prazo previsto na lei de regência para o pagamento da indenização na esfera administrativa e já é ajuizada a ação. No entanto, paradoxalmente, quando se trata de ações previdenciárias contra o INSS ou ações de exibição de documentos contra instituições bancárias, corriqueiro o posicionamento dos juízos *ad quem* de que falece interesse de agir ao autor que não buscou antes a via administrativa para satisfazer a sua pretensão! Não se vê diferença substancial em uma e em outra situação. Vale-se aqui da experiência prática para o relato de um caso judicial. A segurada ajuizou ação de cobrança da indenização securitária contra uma seguradora, haja vista o sinistro ocorrido (morte do marido da autora). O advogado da parte autora demonstrou que acionou extrajudicialmente a seguradora, mas concedeu-lhe o prazo de 24 horas (!) para efetuar o pagamento do seguro, como forma de “demonstrar o seu interesse de agir” e fluído o exíguo prazo já aforou a referida ação judicial. Digno de nota que o prazo previsto no contrato para pagamento do valor do seguro estipulado entre as partes era de 30 dias depois apresentados todos os documentos exigidos contratualmente. Ou seja, a parte autora e seu advogado não queriam receber o valor do seguro fora da esfera judicial, mas sim em juízo, isso porque na “justiça” o valor devido é atualizado pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (aplicação financeira nenhuma concede esse rendimento aos seus poupadores), além dos honorários advocatícios que variam de 10% a 20% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC). Esse fenômeno da judicialização com o único objetivo de ganho de honorários advocatícios (tanto contratuais, como sucumbenciais) verificou-se, em passado recente, no caso de milhares de ações de exibição de documentos ajuizadas na Justiça Estadual gaúcha pelos consumidores contra a empresa de telefonia Brasil Telecom S/A, na qual buscavam a exibição do contrato de participação financeira de aquisição da linha telefônica fixa para posterior ajuizamento da ação principal (ação ordinária de complementação da subscrição das ações com outros pleitos). Ora, tal ação era despidianda, porquanto o pleito cautelar poderia ser cumulado com a ação de conhecimento (art. 273, § 7º, do CPC). Além disso, muitas das ações de exibição vinham desacompanhadas do requerimento administrativo e, no caso de procedência, embora fixados os honorários em valores módicos (R\$ 300,00 a R\$ 500,00), no conjunto de ações ajuizadas acabavam por representar um valor bem significativo, pois poucos escritórios de advocacia monopolizavam, por região, o ajuizamento de tal espécie de demandas, havendo casos em que o advogado ou banca de advogados ultrapassava, com folga, os três dígitos de ações desta espécie. Isso sem falar dos honorários contratuais cobrados da parte autora. Nada contra

A sobrecarga de serviço e de processos no Poder Judiciário não quer significar que isso seja fruto de um “exercício da cidadania”. Não se questiona a democratização de acesso ao Judiciário, mas há uma situação paradoxal, percebida por Maria Teresa Sadek, segundo a qual “a simultaneidade da existência de demandas demais e de demandas de menos; ou, dizendo-o de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco”¹⁰. Ou seja, o fantástico número de processos que tramitam em todo o Poder Judiciário brasileiro (mais de 83 milhões segundo dados de 2010 do CNJ)¹¹, em um país de 190 milhões de habitantes¹², pode estar concentrado em uma fatia específica da população, enquanto a maior parte desconhece a existência do Poder Judiciário e de seus próprios direitos. O Poder Judiciário vem, então, sendo acessado por quem sabe tirar vantagem de sua utilização, que tem se servido da cultura demandista e do modelo processual liberal-individualista, enquanto a maioria fica à margem, não o acessando¹³.

a nobre classe da advocacia, cujos integrantes, como no exercício de qualquer profissão, labutam para o seu próprio sustento e de sua família, além de a advocacia exercer função essencial à justiça (art. 133 da CF/1988). Todavia, deve-se ter em mente que o acesso à justiça serve para satisfazer a pretensão da parte que teve o seu direito vilipendiado, não só para a busca de honorários advocatícios, o que pode acarretar o colapso do sistema. Talvez seja por isso que Rodolfo de Camargo Mancuso sustente que em uma perspectiva futura o interesse de agir deve ser configurado a partir de uma prévia demonstração de esgotamento de outros meios preordenados para a solução da controvérsia, como ocorre na área desportiva (art. 217, § 1º, da CF/1988), dizendo, ainda, que a função judicial deve ser subsidiária ou residual, de modo a preservar o Judiciário e evitar sua banalização ou utilização desnecessária (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62-63).

¹⁰ SADEK, Maria Tereza Aina; LIMA, Fernão Dias de; ARAUJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a prestação da justiça. In: SADEK, Maria Teresa (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Biblioteca da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, Fundação Konrad Adenauer, n. 23, 2001. p. 40.

¹¹ Número colhido do projeto “Justiça em números” do sítio do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/re_l_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 8 out. 2012.

¹² Conforme último censo do IBGE. Informação retirada do sítio: <<http://www.ibge.gov.br/censo2010/>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹³ A Comarca de Santo Ângelo compõe-se dos municípios de Santo Ângelo, Entre-Ijuís, São Miguel das Missões, Vitória das Missões e Eugênio de Castro. Na referida comarca, no final do ano de 2011, tramitavam cerca de 30.000 processos cíveis distribuídos nas três varas cíveis existentes. A população aproximada – soma de todos habitantes dos cinco municípios – não chega a 100.000 habitantes, conforme último censo do IBGE. Em números redondos, isso significa que só na justiça estadual, há um processo cível tramitando a cada três pessoas. A experiência prática na 1ª Vara Cível (como titular) e na 2ª e 3ª Vara Cíveis (como substituto) demonstra que há diversos de casos em que uma única pessoa tem mais de 10 ações tramitando no juízo cível. Nos números apresentados não foram considerados os processos sob a jurisdição do Juizado Especial Cível, onde certamente o contexto não

Essa cultura demandista – sacralizadora da solução adjudicada estatal – acaba por inculcar nas pessoas e nas coletividades que a “injustiça privada” só pode ser resolvida com a “justiça estatal”, difundindo a ideia de que o ajuizamento pronto e imediato da demanda de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito revelada como a mais pura manifestação de cidadania¹⁴!

E a solução para a explosão de litigiosidade vem sendo o tratamento das consequências, não das suas causas, pois o que se verifica é sempre o discurso de que se deve aumentar a estrutura do Poder Judiciário (mais juízes, mais servidores, mais equipamentos de informática, mais prédios, etc.), o que acaba retroalimentando a cultura do litígio, pois, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso, oferta-se “mais do mesmo”¹⁵.

Dito de outra maneira, agiganta-se o Poder Judiciário na medida em que *quantitativamente* aumenta o número de ingresso de ações judiciais, atacando a consequência, permitindo o círculo vicioso de expansão de litígios e da própria estrutura judicial, o que representa um alto custo social, sem que haja o ataque *qualitativo* das causas que resultam no excesso de demanda na justiça estatal, entre elas a cultura demandista que se veste de um falacioso discurso de exercício de cidadania, que, além de não solucionar o litígio, promove o afastamento das partes, acirra os desentendimentos e gera conflitos cada vez maiores.

Por todos esses comemorativos, sabe-se o quanto é fácil levar o conflito até o Poder Judiciário, o difícil é saber quando se obterá a tutela judicial definitiva e satisfação do direito pleiteado, sendo uma incógnita quando se poderá sair do Poder Judiciário, razão pela qual acessar a ordem jurídica justa não significa banalizar o acesso à justiça, antes implica a disposição de um meio adequado (técnica processual) ao(s) lesado(s) ou a quem os represente adequadamente para

é diferente do ora retratado. Grande número dessas demandas cíveis são ações repetitivas ajuizadas contra o Estado do Rio Grande do Sul, concessionárias de telefonia (fixa e móvel) e de energia elétrica, bancos, empresas de saúde, etc., sempre com as mesmas causas de pedir e os mesmos pedidos, alterando somente a parte autora, cujo instrumento processual mais adequado para veiculação de tais pretensões seriam as ações coletivas, a qual não é utilizada por uma série de fatores, que extrapolam os objetivos desse trabalho. Ou seja, há uma fatia específica que sabe retirar vantagem da utilização do ultrapassado modelo de jurisdição no varejo das macrolides, qual seja, o modelo liberal-individualista do CPC de 1973, o que não significa, evidentemente, verdadeiro acesso à justiça, não tendo sido essa a pretensão do legislador constituinte ao insculpir o art. 5º, XXXV, da CF/1988.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58.

a resolução dos conflitos de interesses e, assim, obter uma efetiva e tempestiva resposta judicial que venha a proporcionar o cumprimento do direito material que fora invocado, e um desses meios adequados, pode-se dizer com convicção, que, em se tratando de direitos supraindividuais, são as ações coletivas.

2 ECONOMIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAL

O direito processual tem caráter eminentemente instrumental, prestando-se para a concretização do direito material, significando afirmar que se objetiva com o processo o maior resultado possível com o mínimo de atividade. O processo e seus respectivos atos e procedimentos devem estar inspirados na economia processual, cuja orientação deve guiar o legislador ao elaborar a lei e o juiz ao aplicar a lei, devendo, para isso, ser escolhida, entre as opções disponíveis, aquela que for mais célere e menos dispendiosa para a resolução das controvérsias.

É inegável a economia de energia e de tempo que propicia uma única ação que tenha em mira a satisfação dos direitos lesados de dezenas, centenas, milhares ou milhões de pessoas, impedindo a pulverização de demandas individuais. A lógica recomenda que um conflito singular deva ser resolvido via ação individual e os conflitos coletivos, que envolvem interesses supraindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), precisam contar com um mecanismo que propicie uma solução metaindividual.

A inexistência ou funcionamento deficiente do processo coletivo no ordenamento jurídico, como se vê atualmente, dá ensejo à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, o que agrava a sobrecarga de processos no Poder Judiciário. Na verdade, são lides quase idênticas ou muito semelhantes, pois decorrem de questões comuns de fato ou de direito, que passam a ser decididas de modo mecânico e burocrático pelos juízes, que se convencionou chamar de “sentença-padrão”, que, além de tomar um tempo desnecessário de toda a estrutura judiciária, na medida em que poderia ser a controvérsia resolvida em uma única ação coletiva, também vulgariza a missão de julgar¹⁶.

¹⁶ A atividade jurisdicional como titular da 1ª Vara Cível de Santo Ângelo deixa evidente a multiplicação de ações repetitivas, cuja diferença única é o nome da parte autora. Assim como há a “sentença-padrão”, há também a “inicial-padrão”, a “contestação-padrão” e o “parecer ministerial padrão”, onde a atividade intelectual é mínima, limitando-se os operadores do Direito (advogados, promotores de justiça e juízes) ao “copiar-colar” proporcionado pela informática. Embora as ações sejam repetidas e as matérias, no mais das vezes, não complexas, tomam grande tempo de toda a máquina judiciária

Com a multiplicação e pulverização de ações individuais em causas individuais e repetitivas (como sói acontecer quando estão em jogo os direitos individuais homogêneos especialmente), ocorre o fracionamento também da decisão judicial, pois diversos juízes de primeiro grau irão apreciar matéria de fundo idêntica e diversos órgãos colegiados do segundo grau também irão se debruçar sobre a referida matéria (e normalmente com decisões divergentes em ambos os graus de jurisdição), o que faz com que somente o pronunciamento final dos Tribunais Superiores passe a ter relevância, sob o ponto de vista de solução do conflito, fazendo com que a primeira e segunda instâncias constituam-se como meros ritos de passagem dos processos.

Como alerta Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a falta de uma solução adequada para os conflitos coletivos em sentido amplo mostra-se como responsável pelo problema crônico do excessivo número de demandas em todas as instâncias judiciais, entupindo os órgãos jurisdicionais em geral e colaborando, grandemente, para a morosidade da justiça. Tal problema – assoberbamento do Judiciário – não pode ser visto apenas como uma situação que envolve a cúpula deste poder, *rectius*, o Supremo Tribunal Federal e as Cortes Superiores fincadas em Brasília/DF¹⁷, mas sim deve envolver o sistema de distribuição de justiça como um todo, especialmente na porta de entrada dos processos – o primeiro grau de jurisdição –, pena de a disfuncionalidade, a ineficiência e a delonga na prestação jurisdicional persistirem.

As medidas legislativas para a racionalização da prestação jurisdicional são dirigidas notadamente para as Cortes Superiores. No âmbito da Corte Suprema, há a possibilidade de edição de *súmulas vinculantes* (art. 102, § 2º,

e acabam emperrando a tramitação dos processos que verdadeiramente individuais e singulares e as próprias ações que encartam interesses ou direitos coletivos em sentido amplo. Essas “sentenças-padrão” representam cerca de metade das sentenças de mérito prolatadas no mês e a situação ainda é mais dramática nas Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre, nas quais esse número de sentenças repetidas é bem maior, haja vista que o Estado do Rio Grande do Sul, leia-se Poder Executivo, é contumaz descumpridor das leis que edita, especialmente aquelas que dizem respeito à remuneração dos seus servidores públicos, vide os exemplos da não concessão integral dos reajustes aos servidores estaduais previstos na Lei Estadual nº 10.395/1995 (Lei Britto); do não reajuste do vale-refeição dos servidores estaduais; do não pagamento do terço de férias aos professores; etc. Basta o não cumprimento de uma lei pelo Executivo estadual, como nas hipóteses descritas, para que o Poder Judiciário, do dia para a noite, seja abarrotado por milhares e milhares de ações individuais, quando deveria ser ajuizada uma única ação coletiva.

¹⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2010. p. 32.

da CF/1988)¹⁸, e, para o conhecimento do recurso extraordinário, foi incluído o requisito de admissibilidade da *repercussão geral* (art. 102, § 3º, da CF/1988), instrumentos advindos com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o que tem contribuído para diminuir o número de processos que aportam naquela Corte.

Já no âmbito do STJ, os recursos especiais repetitivos seguem a técnica de julgamento por *amostragem*, com a suspensão do trâmite dos recursos especiais que envolvam a mesma matéria nos Tribunais de segunda instância, conforme estabelece o art. 543-C e parágrafos do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.672/2008. O STJ já elaborou proposta de emenda constitucional para inclusão, a exemplo do que ocorre no STF, da *repercussão geral* da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial¹⁹. A Lei nº 12.019/2009, por seu turno, inseriu o inciso III no art. 3º da Lei nº 8.038/1990 (que trata dos procedimentos perante o STJ e o STF), possibilitando que o relator de ações penais de competência originária do STJ e do STF convoque desembargador ou juiz para a realização de interrogatório e outros atos de instrução.

Entretanto, as medidas legislativas que poderiam servir de filtro para as ações ajuizadas no primeiro grau (conciliação e mediação prévias, outras formas de resolução dos conflitos, etc.)²⁰ ou a modernização das ações coletivas, como

¹⁸ Desavisadamente se poderia pensar que a edição de uma súmula vinculante teria a força de evitar a multiplicação de demandas. Rotundo engano. Até que o STF firme uma posição sólida a respeito de determinada temática repetitiva e venha a editar uma súmula vinculante, o primeiro e o segundo graus já estarão abarrotados de processos.

¹⁹ Conforme notícia retirada do *site* daquele sodalício. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104922>. Acesso em: 15 out. 2012.

²⁰ Consta no anteprojeto de novo Código de Processo Civil o “incidente de resolução de demandas repetitivas” (arts. 895-906), inspirado no Direito alemão do instituto chamado de *Musterverfahren*, que gera uma decisão-modelo (*muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberá ao tribunal pleno ou ao órgão especial (se existente) e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. Íntegra do anteprojeto (Disponível em: <www.senado.gov.br>).

se vê do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que tornaria mais racional a jurisdição de primeiro grau com o prestígio da tutela jurisdicional coletiva, este acabou sendo arquivado na Comissão de Constituição, “Cidadania” e Justiça (CCJC) da Câmara dos Deputados, havendo recurso para a Mesa Diretora de tal decisão²¹. Não se quer discutir a utilidade das alterações legislativas listadas, mas sim demonstrar o descompasso entre a preocupação com a jurisdição das Cortes Superiores em relação a do primeiro grau especialmente, sendo a discrepância entre o topo e a base da pirâmide fácil de compreender...

Já no Direito norte-americano, como refere Antonio Gidi, a economia e eficiência processual são valores constantes no sistema processual americano e não instrumentos de mera retórica, pois na *Rule 1 das Federal Rules of Civil Procedure* está previsto que “estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia”. Ainda segundo o referido jurista, o objetivo imediato das *class actions* é o de proporcionar a eficiência e a economia processual ao estabelecer que uma multiplicidade de ações individuais repetidas decorrentes de um mesmo conflito seja substituída por uma única ação coletiva, tendo como consequência uma uniformidade no tratamento da controvérsia, já que evita a coexistência de decisões conflitantes²².

O simples fato de uma ação coletiva, por mais complicada que possa se apresentar, substituir milhares ou milhões de ações individuais, por si só, já justificaria a economia processual proporcionada pelas ações coletivas, tornando

gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2012). Embora seja louvável essa proposta, defende-se que o ideal seria o fortalecimento e prestígio das ações coletivas, cujas razões estão sendo apontadas neste artigo. Ocorre que referido incidente não tem o potencial de expansão da cidadania e de evitar a multiplicação de litígios individuais que as ações coletivas podem propiciar. Além disso, dito incidente exclui da formação da “decisão-modelo” o juiz de primeiro grau, que, de rigor, tem uma maior proximidade dos fatos e do direito postulado, concentrando, ainda mais, o poder nos órgãos de cúpula dos tribunais (pleno e órgão especial), cujos julgadores, por estarem afastados há muito tempo da jurisdição de primeiro grau e mesmo no âmbito do segundo grau, muitas vezes, sequer tiveram contato com a matéria repetitiva tratada no incidente.

²¹ Conforme consulta ao sítio da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, na CCJC foi rejeitado com o acolhimento do parecer vencedor do deputado federal José Carlos Aleluia e está “aguardando deliberação de recurso na mesa diretora da Câmara dos Deputados” desde 12.05.2010, como se pode verificar no sítio da Câmara dos Deputados (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 out. 2012).

²² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25-26.

bem mais eficiente a prestação jurisdicional na medida em que resolve de forma molecularizada o conflito.

3 O VALOR PEDAGÓGICO

A ação coletiva também ostenta um viés pedagógico, pois, ao viabilizar a tutela de um grande número de interesse individuais em uma única ação, isso pode ser extremamente perigoso para uma empresa, por exemplo, que costuma descumprir a lei e lesar milhares ou milhões de pessoas ou para o próprio Poder Público, que, segundo os dados estatísticos do CNJ, encontra-se entre os maiores litigantes do País.

Embora o custo de um procedimento coletivo seja maior do que de uma ação individual, como salienta Antonio Gidi, a tutela jurisdicional coletiva tem um valor geometricamente potencializado, de acordo com o número de integrantes do grupo lesado, fazendo com que a desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença, mesmo em uma ação coletiva com pequena chance de vitória, seja viável economicamente ao grupo e, por outro lado, revista-se de extremo perigo para o réu, que pensará duas vezes antes de causar qualquer tipo de lesão que atinja uma coletividade²³.

Não há dúvida que, no atual contexto de sociedade (complexa e de riscos), as lesões às pessoas na qualidade de consumidores, contribuintes, trabalhadores, servidores públicos, moradores, mutuários, enfim, nos diversos papéis sociais que possa desempenhar uma pessoa, fazendo-a aglutinar-se a uma determinada classe ou grupo, aumentaram em escala geométrica. E a ação individual não se presta para coibir tais lesões ou ameaça a direitos que atingem as diversas coletividades.

Isso porque o cidadão isolado, mormente quando o dano, se olhado individualmente, for de pequena monta, sente-se desestimulado para enfrentar um processo judicial no qual deverá despender tempo e energia para conseguir a tutela jurisdicional. Para o desprovido de recursos, pode significar prejuízo diante do desperdício de tempo, pagamento das despesas proporcionadas pelo processo (mesmo para aquele que goza da gratuidade judiciária) e da mera expectativa de ganhar a causa. Para o mais aquinhoado, pelo simples fato de a lesão ser pequena, também não vê grande vantagem em litigar.

²³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

Nesse contexto de valorização do individualismo é o cenário ideal para que floresçam as “microlesões” individuais, mas que, para a coletividade e para a sociedade, configura uma macrolesão. Imagine-se o caso do consumidor que venha a ser lesado porque a pesagem do produto adquirido não corresponde a constante no rótulo. O consumidor isoladamente considerado não se sentirá estimulado a promover uma demanda individual para buscar a reparação do dano, já que a perda de tempo não compensará a diminuta reparação e, por outro lado, o desestímulo também decorre da desigualdade de forças entre o consumidor isolado e uma grande empresa, não dispondo o lesado da mesma capacidade técnica e nem fôlego financeiro para fazer frente com o gasto e desgaste que o processo individual poderá proporcionar-lhe.

No outro lado do balcão, sob a ótica do fabricante do produto viciado, a ínfima lesão individual tem a potencialidade de se espalhar para milhões de consumidores e de representar um ganho com ilícito que pode atingir uma cifra astronômica, sentindo-se, assim, estimulado na continuação de reprovável prática.

No entanto, se a pretensão for apresentada em juízo por quem represente todo o universo dos consumidores que foram lesados com a colocação e venda no mercado do produto viciado – como no exemplo supracitado –, o que fará o mau fornecedor correr o risco de ser compelido a restituir integralmente os danos causados a toda coletividade de consumidores ofendida e acrescido dos demais consectários legais, certamente não se sentirá estimulado na perpetuação do ilícito ou mesmo de cometer qualquer ato ilegal que venha a lesar, como, no caso, os consumidores.

Desse modo, como explica Gidi, um dos efeitos da sentença prolatada em uma ação coletiva tem a função “*deterrence*”, ou seja, além de acarretar o efetivo acesso à justiça da “litigiosidade contida”, destituirá o réu do lucro ilicitamente obtido e o desencorajará da prática de condutas ilícitas na sociedade, que, de outra forma, estaria completamente indefesa e vulnerável. Gidi refere que essa função pedagógica da deterrência²⁴ é muito evoluída e bem explorada pelo

²⁴ Segundo o dicionário Novo Aurélio, “*deterrence*” significa “ato ou efeito de impedir o ataque de um possível agressor mediante a intimidação ou ameaça de retaliação; dissuasão” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 671).

direito privado americano, mas é negligenciada em nossa cultura, assim como em nossa doutrina jurídica e em nossa política legislativa²⁵.

Em *terrae brasilis* parece que ainda não se apreendeu que o Estado não tem condições de controlar a conduta de cada um dos seus administrados, sendo mais efetiva a incitação ao cumprimento voluntário do Direito, por intermédio do incentivo à observância da lei e, se for o caso, também com a aplicação de punições exemplares, com aptidão de dissuadir a prática de novas condutas ilícitas. E as ações coletivas carregam consigo esse caráter pedagógico, ou seja, de dissuadir e de inibir a ocorrência de novas lesões e danos (de massa) no tecido social.

4 ISONOMIA DE JULGAMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA

O fenômeno da multiplicação de ações individuais, que deveriam ser resolvidas em uma ação coletiva única, faz com que muitas dessas ações singulares espalhadas por todo o País tenham decisões das mais variadas e antagônicas prolatadas pelos juízes e Tribunais. E não raro essas decisões discrepantes, em casos idênticos, em que somente altera-se o nome da parte autora, acabam por transitar em julgado, em razão da não interposição tempestiva do recurso cabível ou pelo não conhecimento do recurso pela falta de qualquer outro requisito de admissibilidade recursal, ou, ainda, em razão das divergências existentes entre os órgãos colegiados do 2º grau de jurisdição, que decidem de forma completamente distinta questões idênticas²⁶.

²⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

²⁶ Vários exemplos poderiam ser citados na justiça gaúcha de casos semelhantes que são julgados de forma discrepante devido à pulverização das demandas individuais, o que ocorre também, certamente, nos demais tribunais de apelação do país, invocando-se o exemplo da justiça gaúcha devido à sua proximidade. Nesse entrevero de decisões dissonantes em ações repetitivas, estriba-se no caso de milhares de ações individuais ajuizadas pelos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, nas quais postulavam a correção do chamado “vale-refeição”, não reajustado pelo ente estatal por vários anos. As ações individuais, tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição tiveram os mais diversos julgamentos, tanto pela improcedência como pela procedência e, neste último caso, variando as decisões quanto ao período que deveria ser reajustado e o índice a ser utilizado para recomposição do valor do vale-refeição. Tal situação, a toda evidência, com julgamentos contraditórios em situações de fato e de direito iguais causa abalo na credibilidade da justiça e fere frontalmente o princípio da isonomia, sendo difícil explicar para a parte perdedora o que ocorreu, quando no seu lado há um colega de profissão que obteve êxito na demanda. Depois de muitos julgamentos contraditórios e muitas ações de improcedência transitadas em julgado, a Corte Gaúcha pacificou o entendimento com a edição da Súmula nº 33, com o seguinte teor: “A ausência do reajuste do valor do benefício do vale-refeição ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul no período de 2000 a 2010, ressalvada a compensação dos valores pagos e a prescrição, constitui omissão ilegal, suscetível de ser reparada na via judicial”.

Em razão disso, pessoas em situações fáticas e de direito rigorosamente iguais, sob o ponto de vista do direito material, experimentam tratamento jurisdicional diferenciado, decorrente apenas da relação processual, que acaba por transformar o direito instrumental em um fim em si mesmo, tornando a prestação jurisdicional lotérica, pois, se o autor tiver a sorte de ver a sua ação distribuída para o órgão jurisdicional que dê afago à sua pretensão, logrará êxito na demanda; caso contrário, a pretensão estará fadada ao insucesso.

Nessa direção, a precisa constatação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.²⁷

Para evitar a desigualdade de tratamento entre os autores que se encontram na mesma situação de fato e de direito, bem como para que a insegurança jurídica não impere, as ações coletivas podem desempenhar um fundamental papel nesse sentido, ou seja, de eliminar as disfunções e contradições que a prestação jurisdicional atomizada acarreta nessa situação, pois a concentração da solução da controvérsia em uma ação coletiva elimina, ou, no mínimo, reduz drasticamente a possibilidade de soluções singulares e antagônicas.

Não há dúvida que quando se encontram decisões conflitantes entre ações determinadas pelos mesmos fatos e pedidos, a Justiça é abalada em seu crédito social e o que de fato advém desses julgamentos discrepantes é a mais pura expressão da injustiça, seja para uma parte ou para outra parte, ou quem sabe para ambas, o que se mostra muito comum de ocorrer quando se tutela individualmente, no varejo, os direitos individuais homogêneos.

Informações retiradas do sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica>. Acesso em: 21 out. 2012). Se a questão tivesse sido veiculada em uma ação coletiva e sem a viabilidade da propositura de ações individuais (ou a suspensão destas), os problemas apontados não teriam ocorrido.

²⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2010. p. 36.

Destarte, a tutela jurisdicional coletiva prolatada nas ações coletivas, além de andar de mãos dadas com a principiologia do acesso democrático e efetivo à justiça, porquanto promove a tutela de direitos mesmo do titular inerte, assegura decisões isonômicas para a mesma situação fática e traz segurança jurídica.

5 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Antonio Gidi refere que um dos objetivos buscados pela tutela coletiva de direitos é o de tornar efetivo e concreto o direito material e promover as políticas públicas do Estado, o que ocorre por intermédio da realização “autoritativa” da justiça no caso concreto na hipótese de ilícito coletivo, vindo a corrigir de forma coletiva o ilícito coletivamente causado e também pelo caráter profilático da tutela coletiva que estimula o cumprimento voluntário da lei²⁸.

De fato, a ação coletiva, se bem utilizada, é um mecanismo extremamente efetivo para a realização de políticas públicas, pois permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em uma única demanda, permitindo que o Poder Judiciário tenha uma visão global da controvérsia e possa levar em consideração todas as consequências da decisão, já que na demanda coletiva tomará conhecimento de todos os interesses existentes dentro do grupo ou da coletividade, e não somente os “interesses egoísticos”, como diz Gidi, das partes em uma ação individual²⁹.

Todavia, em pleno século XXI, não obstante o avanço doutrinário e mesmo jurisprudencial, constata-se na própria doutrina e na jurisprudência brasileiras ainda a defesa de teses no sentido de que o Poder Judiciário não pode sindicair o mérito do ato administrativo; ou, no sentido de o Judiciário não poder se imiscuir na esfera da administração do Poder Executivo, com a determinação, por exemplo, de implementação de determinada política pública para a concretização dos direitos sociais fundamentais; ou, ainda, não ser possível ao Judiciário “legislar” positivamente no caso concreto quando ocorre a mora legislativa inconstitucional do legislador. Os entraves descritos decorrem do dogma da divisão de poderes e também porque os juízes, segundo quem sustenta esse posicionamento, ao contrário dos administradores públicos³⁰ e dos

²⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

²⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

³⁰ Entendam-se, neste particular, os prefeitos municipais, os governadores dos estados e o presidente da República.

legisladores, não têm legitimidade para decidirem tais questões, uma vez que não foram eleitos pelo povo.

Tal discussão, embora importante, não cabe neste trabalho, pois depende de uma análise mais detida do papel transformador desempenhado pelo Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito, no sentido de concretizar o projeto constitucional, que acaba por desaguar nos atuais temas da judicialização da política e do ativismo judicial.

Cumprе frisar, para não passar em branco, que o debate sobre a falta de legitimidade dos juizes, porque não são eleitos pelo povo, já restou superado há muito tempo, porquanto a legitimação dos membros do Poder Judiciário advém da própria Carta Política de 1988, cuja escolha do legislador constituinte foi na direção de o provimento do cargo de juiz ser por intermédio de concurso público de provas e títulos, cujo sistema de escolha, que talvez ainda careça de algum aperfeiçoamento – até porque não há sistema perfeito –, sem dúvida nenhuma é o mais adequado para a realidade brasileira, uma vez que é extremamente democrático, sendo acessível a todos que cumprirem com os requisitos constitucionais – bacharel em Direito com três anos de atividade jurídica (art. 93, I, da CF/1988) –, evitando tal sistema a nociva mistura partidária e intromissão de interesses escusos na escolha de juizes.

Ocorre que a tese de impossibilidade de análise do mérito dos atos administrativos, além de ferir o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, serve como véu para que muitos administradores escondam as suas reais intenções, muitas vezes ilegais e imorais, na prática de determinado ato administrativo. Saliente-se que não se quer aqui tolher o espaço legal em que o administrador pode (e deve) movimentar-se e fazer as suas escolhas em prol dos administrados, mas apenas possibilitar a análise judicial dos atos que se desgarram do interesse público (e geral) que deve nortear a ação do administrador, cuja defesa judicial do administrador ímprobo, no mais das vezes, vem escudada em critérios de conveniência e oportunidade, como forma de esconder a arbitrariedade perpetrada.

Para ilustrar, não se pode tolerar que se despenda dinheiro público com gasto excessivo em publicidade em um determinado município para deixar a população ciente das “obras” realizadas durante o mandato – cujas despesas com publicidade aumentam sempre quando se aproximam as eleições por razões óbvias –, quando há falta de vagas nas escolas de ensino fundamental da municipalidade ou quando o atendimento à saúde dos munícipes é caótico, com

ausência de postos de saúde, insuficiência de profissionais da área da saúde e falta de medicamentos da farmácia básica de atribuição municipal.

Talvez seja por isso – a tese de inviabilidade da análise do mérito dos atos administrativos –³¹, ou, melhor, um dos motivos que explique o porquê ainda há muito que se fazer no campo dos direitos sociais neste País, especialmente os que dizem respeito à educação e à saúde, sendo a tutela jurisdicional coletiva apta, em determinados casos, para a realização de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, como os da saúde e da educação ora referidos.

No caso do Brasil, se, por um lado, os direitos civis e políticos, bem ou mal, já se encontram efetivados³²; de outro lado, o mesmo não ocorre com os direitos

³¹ Ainda nos bancos acadêmicos, percebe-se nos doutrinadores administrativistas clássicos (Hely Lopes Meirelles, Seabra Fagundes, Diógenes Gasparini, José Cretella Júnior, etc.) a sustentação que o controle judicial dos atos administrativos pelo Judiciário não pode ir além do exame da legalidade, não podendo o Poder Judicial adentrar no mérito administrativo. Mesmo doutrinadores mais modernos (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fernanda Marinela, etc.) mostram-se apegados ao paradigma tradicional. Todavia, essas vetustas lições sobre a atuação judicial nos atos administrativos, em um ambiente de Estado Democrático de Direito, não mais se sustentam, já que não é mais “só” o cumprimento da lei o norte para servir de guia à atividade administrativa, mas antes de tudo a atuação estatal deve estar conforme e de acordo com a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à garantia e satisfação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a limitação da atuação do Poder Judiciário à mera análise da legalidade viola o paradigma transformador do Estado Democrático de Direito por retirar a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Carta Política. Nesse diapasão, FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 138-144. Em verdade, verificam-se, na temática do controle jurisdicional das condutas administrativas discricionárias, posições que vão desde a absoluta impossibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa até o outro extremo da absoluta possibilidade de apreciação pelo Judiciário. A razão, conforme entendimento de Rafael Maffini, com a qual se concorda não está nos extremos; a virtude encontra-se no entremeio (*virtus est in medio*); com efeito, Maffini sustenta que “seria possível afirmar que o Poder Judiciário não pode promover o controle do mérito administrativo, no sentido de não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas”, entretanto, por outro lado, diz que “poderá fazer o controle no mérito administrativo, no sentido de que está legitimado a realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mesmo que tenha que analisar a escolha realizada pela Administração Pública” (MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 59-62). Em suma, deve-se ter em mente que no Estado Democrático de Direito não mais se pode considerar a discricionariedade ou o mérito administrativo como imunes à sindicância judicial, porquanto toda e qualquer atividade estatal, incluindo a discricionária, está adstrita à ordem jurídica e, por conseguinte, ao controle judicial.

³² Não se desconhece que sem a concretização dos direitos sociais ou de um pacote mínimo (saúde, educação, segurança, moradia, alimentação, etc.) para que o cidadão desenvolva o seu projeto de vida boa, em verdade, também em relação aos direitos civis e políticos não se pode dizer que são plenamente efetivos, pois para o exercício destes faz-se necessária a concretização dos direitos sociais, pois como afirma Alessandra Fachi: “Quase nenhum direito de liberdade é exercível sem um mínimo de recursos culturais e materiais, logo, sem que sejam predispostas medidas de redistribuição”

sociais (e também nas demais dimensões que se seguiram), especialmente no que tange à saúde e à educação, e ainda se vê o Poder Público, nas suas mais diversas esferas, diuturnamente envolto em casos de corrupção e tráfico de influências³³.

Como acentua Clayton Maranhão, há uma diferença gritante entre o direito (político) ao sufrágio universal e o direito (social) ao ensino obrigatório universal, já que todos votam (e é salutar que isso ocorra), porque há uma estrutura estatal para o exercício de tal direito (Justiça Eleitoral, títulos eleitorais, urnas eletrônicas, zonas eleitorais, recursos humanos, etc.). Entretanto, no âmbito da educação fundamental, denuncia Maranhão que o censo escolar revela que 97% das crianças na faixa etária dos 6 aos 14 anos se matriculam, mas apenas 89% concluem essa etapa da educação básica pelas mais variadas razões, inclusive falta de escolas ou de vagas nas escolas existentes, bem como também pela falta de transporte escolar e de professores, estes devido à baixa remuneração³⁴.

E, na esfera da saúde, o quadro não é alvissareiro, sendo mais desalentador ainda, pois faltam leitos nas UTIs, inclusive pediátricas; a oferta de médicos para atendimento é insuficiente, ou, mesmo, em muitas especialidades, inexistente; observa-se a escassez de remédios dispensados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pois o rol de medicamentos das listas de dispensação não é atualizado como deveria ser, além de seguidamente faltarem os medicamentos constantes de ditas listas; os exames, como ressonâncias magnéticas, tomografias computadorizadas, entre outros, mesmo em situações de urgência, são agendados a “perder de vista” ou não são marcados por já ter “estourado” a quota do SUS; etc. Esses fatores são determinantes para o contexto de judicialização da saúde.

Não se quer transformar a ação coletiva como panaceia para solução dos problemas da saúde e da educação públicas, pois o tema da eficácia dos direitos sociais fundamentais é complexo e não depende somente da efetividade do

(FACHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. Trad. Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 124).

³³ Um caso recente da mistura do interesse público com interesse meramente privado e escuso é o do Senador goiano Demóstenes Torres, até então paladino da retidão, da ética e da moralidade, que se envolveu com o vulgo “Carlinhos Cachoeira”, conhecido contraventor e explorador de jogos eletrônicos ilegais especialmente no estado de Goiás. Foram flagradas conversas nada republicanas entre os dois por meio de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente. Dito cidadão acabou por ter o seu mandato cassado.

³⁴ MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZOLLI, Maria Clara et al. (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160.

processo civil, mas de efetividade das próprias normas constitucionais, sendo a via do Estado-jurisdição apenas um dos meios possíveis para a sua concretização, que deveria ser a exceção, não a regra.

De qualquer sorte, a ação coletiva mostra-se como um mecanismo hábil para a concretização do direito material de toda uma coletividade sempre que houver lesão a interesses que extrapolem a esfera individual, como na pródiga área de lesões multitudinárias ocorrentes nas relações jurídicas encetadas entre fornecedor e consumidores, entre o Estado e os seus servidores, etc., bem como com o escopo de fazer o administrador cumprir com os seus deveres constitucionais, entre eles a implementação de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais sociais catalogados na Constituição Federal, como a saúde e a educação, revelando-se, seguramente, como um meio eficaz de densificação dos direitos fundamentais, fazendo com que diminua drasticamente a postulação de direitos sociais na sua forma individualizada³⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas considerações são mais do que suficientes para que se conclua que as ações coletivas constituem-se um instrumento poderoso de acesso à justiça, que de fato pode alterar a realidade social e fustigar aqueles que são useiros e vezeiros no descumprimento da lei e acostumados a causar lesões, de toda ordem, às minorias ou a milhares ou milhões de pessoas, pois apostam que não haja a mudança de mentalidade no sentido de que para os conflitos que envolvam direitos transindividuais o caminho é a solução coletiva, e não processo tradicional e individualista constante do CPC de 1973.

Sabe-se que não basta somente uma mera reforma processual para a efetivação e realização dos direitos. Há a necessidade de uma mudança de cultura – sair da cultura do litígio e adentrar na cultura do diálogo. Enquanto isso não ocorre – se é ocorrerá um dia –, premente a necessidade de prestígio e fortalecimento das ações coletivas, no sentido de que se evite a proliferação de demandas individuais, a fim de sejam tutelados de forma mais eficiente e

³⁵ Não se desconhece a discussão doutrinária sobre a possibilidade (ou não) de os direitos sociais serem postulados via ação individual, cuja discussão ganha destaque na área da saúde. Para uma interessante visão desse debate, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito à saúde. In: ASSIS, Araken (Org.) et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual*: homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 273-302.

eficaz os direitos transindividuais, especialmente os individuais homogêneos, porquanto são nestes em que há maior resistência de alteração legislativa e dos próprios operadores do Direito, como se pode ver pela difícil tramitação do mencionado Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Nessa linha, vê-se que é evidente a resistência do poder político e do poder econômico à categoria dos direitos coletivos, tanto no aspecto material quanto no aspecto processual, especialmente quanto a este último aspecto, haja vista a sua dimensão massificada. A tutela jurisdicional coletiva é potencializada e tem a força de, em uma única ação coletiva, proteger e beneficiar um enorme contingente de pessoas.

Com efeito, a ação coletiva é um instrumento de realização dos direitos transindividuais e, por consequência, de efetivação da cidadania. Por isso, muitas empresas nacionais ou multinacionais que atuam na ilegalidade – assim como o próprio Poder Público – banalizam as ações coletivas e mostram-se contrárias a qualquer mudança legislativa que busque adequá-las ao atual contexto de conflitos. Este fato revela que estas entidades acreditam na impunidade e na solução dos problemas apenas em relação às ações individualmente formuladas.

De todo o exposto, não paira dúvida que a ação coletiva é um dos instrumentos para a efetivação da cidadania no cenário dos conflitos massificados, notadamente no caso dos interesses individuais homogêneos. E quanto mais efetivas forem as ações coletivas, mais adequadas serão as soluções para os conflitos massificados e mais efetivo será o acesso à justiça e à cidadania. O fortalecimento das ações coletivas propiciará uma economia judicial e processual enorme, além de evitar decisões contraditórias no caso de multiplicação de demandas individuais que poderiam ser resolvidas em um único processo (o que gera insegurança jurídica). Por tudo isso, o prestígio das ações coletivas se justifica plenamente.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FACHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. Trad. Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZOLLI, Maria Clara. et al. (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2010.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Ministério Público Democrático, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito à saúde. In: ASSIS, Araken et al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOCIEDADE EM REDE, INTERNET E ESTADO DE VIGILÂNCIA: ALGUMAS APROXIMAÇÕES

NETWORK SOCIETY, INTERNET AND STATE OF SURVEILLANCE: SOME APPROACHES

Carlos Alberto Molinaro¹
Professor da PUCRS

Ingo Wolfgang Sarlet²
Professor Titular da PUCRS

RESUMO: A utilização crescente das tecnologias invasivas nas comunicações sociais de qualquer tipo ameaça remodelar nossas expectativas de liberdade e privacidade nas esferas públicas e, notadamente, nos espaços privados. Essas tecnologias são capazes de gravar grandes quantidades de dados pessoais de forma eficiente e sem precedentes. Nesse contexto, é possível falar de um novo modelo de colonização produzido por essas tecnologias de espionagem explícita. Outra significativa ameaça à liberdade e à privacidade é a compilação massiva de dados pessoais por organizações privadas. Essa informação

muitas vezes move-se através de “fluxos de informação legal” que têm por objeto o auxílio em investigações criminais, e, sob esse argumento, muitas vezes as empresas privadas divulgam indevidamente coleções de dados pessoais, incluindo despesas de cartão de crédito, registros telefônicos, hábitos de navegação na Web, *e-mail*, registros e transações financeiras. Neste cenário, o sistema jurídico deve responder de modo eficiente na proteção à liberdade e à privacidade, especialmente com um robusto instrumental legal que garanta a integridade do direito à informação e à comunicação.

¹ Doutor em Direito (Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, com menção Europeia). *Site:* www.camolinaro.net.

² Doutor e Pós-Doutor em Direito (Ludwig-Maximilians-Universität-München), Juiz de Direito no Rio Grande do Sul, Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de vigilância; Internet e intrusão; liberdade e privacidade.

ABSTRACT: *The increasing use of intrusive technologies in social communications of any type threatens reshape our expectations of freedom and privacy in public spheres and notably in private spaces. These technologies are able to store large amounts of personal data efficiently and in a manner without precedent. We are facing a new model of colonization produced by these explicit espionage technologies. Another significant threat to liberty and to privacy is the massive compilation of personal data by private organizations. This information often moves through “legal information flows” which have the object the aid in criminal investigations, and under that argument, often private companies improperly disclose personal data collections including credit card expenses, phone records, and web browsing habits, e-mail records and financial transactions. In this scenario, the legal system must respond effectively to protecting liberty and privacy, especially with robust legal instruments guaranteeing the integrity of the right to information and communication.*

KEYWORDS: *Surveillance state; internet and intrusion; privacy and liberty.*

SUMÁRIO: 1 Observações iniciais; 2 O assim chamado estado de vigilância e seus traços essenciais; 3 Internet, liberdade de expressão e privacidade – Ameaças e desafios; 4 Observações finais.

SUMMARY: *1 Initial remarks; 2 The so called State of Surveillance and its essential elements; 3 Internet, freedom of expression and privacy – Threats and challenges; 4 Final remarks.*

1 OBSERVAÇÕES INICIAIS

O termo *Sociedade em Rede* (*Network Society*) foi originalmente cunhado pelo Professor norueguês Stein Bråten, em 1981, no seu *Modeller av menneske og samfunn: bro mellom teori og erfaring fra sosiologi og sosialpsykologi* (*Modelos do ser humano e da sociedade: a ponte entre a teoria e a experiência, da sociologia e psicologia social*)³, tendo sido retomado mais tarde (1991) pelo Professor holandês Jan Van Dijk na obra *De Netwerkmaatschappij, sociale aspecten van nieuwe media* (*A Sociedade em Rede, aspectos sociais da nova*

³ A referência está na obra publicada em inglês, por Stein Bråten, *Roots and Collapse of Empathy: Human nature at its best and at its worst* (Amsterdam: John Benjamins Publishing, 2013. p. 115 e ss.).

mídia)⁴. Posteriormente, a mesma expressão foi utilizada, em 1996, por Manuel Castells⁵ e, a partir daí, passou a ser amplamente difundida.

As inúmeras tipificações atribuídas ao modelo social da atualidade podem gerar, aos desavisados, alguma perplexidade quanto a sua significação ou identificação. Neste ensaio adotamos a denominação Sociedade em Rede, vinculando-a, também, a um novo modelo de Estado, o assim designado *Estado de Vigilância*, uma forma de contaminação da democracia caracterizada pela intrusão dos governos e das corporações na liberdade e na privacidade de terceiros, sejam estes atores públicos ou privados. Todavia, quando falamos em sociedade em rede não desprezamos aquela atribuição típica: Sociedade da Informação (ou do Conhecimento)⁶. Nesse sentido, no conceito de uma “sociedade da informação”, o que é enfatizado é a substancial e sempre presente

⁴ Jan Van Dijk, publicou em inglês a 2ª edição deste livro, *The Network Society, Social Aspects of New Media*. Há uma terceira edição ampliada em 2012 (London: Sage), a qual tivemos acesso. A Sociedade em Rede, como Van Dijk a vê, pode explicar um novo tipo de sociedade onde as relações sociais são organizadas no âmbito de tecnologias mediáticas que formam uma rede de comunicação em vez de redes tipificadas pelas relações sociais face-a-face. Esta lógica organizacional diferente dá origem a diferentes capacidades das unidades sociais e que as sociedades anteriores não podiam alcançar. Ele diferencia a sociedade em rede da sociedade da informação: o conceito de sociedade da informação concentra-se na substancial transformação dos processos sociais, enquanto o conceito de sociedade em rede examina as formas de organização dos processos sociais.

⁵ Manuel Castells, *The Rise of the Network Society: the Information Age: Economy, Society and Culture* (2. ed., with a new preface first published 2010), 1º volume da trilogia *The Information Age: Economy, Society, and Culture* (Oxford: John Wiley & Sons, 2010). Pode-se obter uma cópia deste livro (edição de 2010 em inglês) na página Web do Professor Deniz Yengin, coordenador de Communication Design – Multimedia da Istanbul Kültür University – Faculty of Art and Design (http://www.denizyengin.com/dy/yabancikaynak_files/TheRise%20ofTheNetworkSociety.pdf). Não sabemos se tal reprodução foi autorizada, mas, por tratar-se de acadêmico com referência internacional, acreditamos que tenham sido respeitados os direitos autorais respectivos; há tradução para o português de Roneide Venâncio Majer (*A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999 (13. reimp., 2010).

⁶ A chamada Sociedade da Informação é caracterizada por um conjunto de pressupostos, perfeitamente legítimos para a Europa, os Estados Unidos e o Japão, não o sendo, no entanto, para a maioria dos outros países fora dessas áreas de influência. Basicamente, esta sociedade da informação, definida como a terceira revolução (ou a terceira onda, palavras de Toffler), e também como “era da comunicação”, é caracterizado por três pilares: (a) a existência de um novo modelo cultural, (b) uma mudança permanente e vertiginosa dos sistemas, (c) a mistura de interesses econômicos e políticos. Por razões sistemáticas, podemos dizer que esta nova sociedade da informação tem características específicas, incluindo: (1) o grande quantidade de informações, (2) a informação instantânea, (3) a organização bipolar da informação, (4) os sistemas interativos de informação, (5) a inovação tecnológica constante, (6) em formato digital (7), a onipresença da Internet. Consequentemente, pode-se descrever a quantidade de fontes de informação, a diversidade e as estratégias para a divulgação das mesmas, levando a uma enorme quantidade de informação em bruto ou trabalhada (refinada) que nenhum ser humano, individualmente, tem a capacidade integral acedê-las. Atualmente, temos mais

transformação das atividades e dos processos ocorrentes no interior dessas sociedades, baseadas na ciência, racionalidade e reflexividade. Uma sociedade cuja economia e em geral todos os valores e setores, inclusive os setores agrários, industriais e de serviços, está caracterizada cada vez mais pela produção de informação. O mercado de trabalho caracteriza-se por uma maioria de funções largamente ou completamente baseada em tarefas de processamento de informação que requerem conhecimento e níveis mais elevados de ensino (daí a atribuição: sociedade do conhecimento). A cultura, por sua vez, é dominada pela mídia e pelos produtos de informação com os seus sinais, símbolos e significados⁷. De outra parte, no conceito de uma “sociedade em rede”, a atenção desloca-se para as formas de organização dessa sociedade, examinando as mutações de sua infraestrutura. O conceito de “sociedade em rede” enfatiza a forma, o intercâmbio e a organização do processamento de informação. Uma infraestrutura das redes sociais e da mídia se encarrega disso. Assim, a sociedade em rede pode ser definida como uma formação social com uma infraestrutura de redes sociais e meios de comunicação que permitam o seu modo principal de organização em todos os níveis (individual, grupal/organizacional e social). Cada vez mais, essas redes permitem vincular todas as unidades ou partes desta formação (indivíduos, grupos e organizações). Nas sociedades ocidentais, o “indivíduo vinculado por redes” está se tornando a “unidade básica” da sociedade em rede. Nas sociedades orientais, ao contrário, ainda é o grupo (família, comunidade, trabalho em equipe) que está vinculado por redes⁸. Em ambas, como anota Van Dijk, “[...] as redes atendem todos os níveis da sociedade e se conectam nestes níveis. A Internet, por exemplo. Simultaneamente atende aos indivíduos, as organizações, as comunidades e sociedades. Nunca tivemos tal meio na história antes”⁹.

Vale observar que a análise de Van Dijk evita os tons excessivamente deterministas de Castells, pois sua abordagem moderada vê as redes organizadas de acordo com os seus níveis (bióticos e abióticos), mas cada nível

capacidade de escolher a informação, mas o que realmente importa é a possibilidade de aceder com qualidade à informação.

⁷ Cf. VAN DIJK, Jan. *The Network Society, Social Aspects of New Media*. 3. ed. London: Sage, 2012. p. 23.

⁸ Cf. VAN DIJK, Jan. *The Network Society, Social Aspects of New Media*. 3. ed. London: Sage, 2012. p. 24 e, notadamente, p. 48.

⁹ “Currently, networks serve at every level of society and they connect these levels. The Internet, for example. Simultaneously serves individuals, organizations, communities and societies. We have never had such a medium in history before.” (Op. cit., loc. cit).

é dinamicamente inter-relacionado no contexto do que ele denomina de “modo de organização hierárquica”, muito embora tais níveis, inferiores e superiores, sejam “codeterminados”. Em contraste com Castells, Van Dijk é a favor, para análise desses fenômenos, da manutenção de unidades sociais do tipo individual, familiar e organização. Um dos pontos interessantes desenvolvidos por Van Dijk é a sua explicação para o aparente aumento da individualização, que se revela evidente nas sociedades modernas de alta tecnologia. Neste contexto, ele vê a ascensão do individualismo como um contraponto à crescente penetração da rede, ou seja, o nivelamento em termos de acessibilidade para cada indivíduo conectado em uma rede. A uniformidade potencial, ainda que soe paradoxal, leva a uma demanda social para o indivíduo se diferenciar. Com efeito, embora estejamos todos no *Facebook*, cada página é única, mas se trata, ao fim e ao cabo, de um modelo de generalização e padronização do ambiente social para atender as tendências opostas de particularidade e diferenciação cultural¹⁰. Esses dois conceitos, “sociedade em rede” e “sociedade da informação”, se complementam e, para a sua caracterização, podemos dizer, que se exigem reciprocamente.

Esse novo modelo de sociedade (em rede, da informação e do conhecimento) está submetido aos mais diversificados engenhos de controle e intrusão, ainda que se possa afirmar que tal fenômeno (controle e intrusão) não seja novo, mas que assumiu formas e proporções substancialmente novas e intensivas no contexto da sociedade em rede. Note-se, nessa perspectiva, que mesmo os Estados de Direito (democráticos), com destaque para os ocidentais, exercem entre si – segundo os interesses políticos e econômicos por eles apreciáveis – uma competição cada vez mais intensa relativamente ao “domínio da informação”¹¹. A informação, de outro modo, tem se constituído, no cenário global, como uma poderosa e eficiente nova forma de “escambo” e, como tal, sem equivalência direta em termos de valor. Todavia, poucos são os Estados com suficiente “capital informacional”, e, por isso mesmo, são eles que dominam esse “novo mercado”, gerando uma nova modalidade de hegemonia. Estado de vigilância¹², tem sido

¹⁰ Aut. cit., op. cit., p. 175.

¹¹ Por certo, os regimes autocráticos sempre foram os vilões da história no que diz com o exercício dominante da vigilância, mas eles não são os únicos governos que intensificaram suas atividades de fiscalização. Podemos dizer, mesmo, que os contemporâneos Estados Democráticos, de algum modo, copiaram e copiam, e em certa medida, as práticas intrusivas daqueles.

¹² Cf. a obra do festejado sociólogo belga Armand Mattelart, *La globalisation de la surveillance. Aux origines de l'ordre sécuritaire* (Paris: La Découverte, 2007), em inglês, a que tivemos acesso, *Globalization of Surveillance* (Cambridge-UK: Polity Press, 2010), onde o autor afirma que o terrorismo é percebido como uma ameaça global, e a busca da segurança passa a ser um processo contagioso transcendendo

a “alrunha” deferida à forma pela qual se exerce o poder pela informação, ao passo que o modo pelo qual se interage nesse mercado se revela no e por meio de um “governo vigilante”. A guerra contra o terror pode ser a justificativa mais familiar para o surgimento do Estado de Vigilância, mas não é a única, sequer sendo a causa mais importante. O uso crescente do “governo de vigilância” e a prática da “mineração” de dados constituem um resultado previsível, tendo em conta a acelerada evolução no campo da tecnologia da informação. Com as cada vez mais poderosas tecnologias que nos permitem descobrir e analisar o que está acontecendo no mundo, os governos e as entidades privadas adquirem maior influência e poder. A questão não é mais se vamos ter um “Estado de vigilância” (assim como um “estado de vigilância”¹³) nos próximos anos, mas que tipo de Estado será este. Será que vamos ter um governo sem controles suficientes sobre a vigilância pública e privada, ou será que teremos um governo que protege a dignidade individual e que está em conformidade com as exigências do Estado de Direito? Nesse contexto, não se pode negligenciar o fato de que no Estado de Vigilância, a linha entre as esferas pública e privada de policiamento e segurança estão esvanecidas, se não totalmente inexistentes, pois o público e o privado estão inteiramente conectados e imbricados¹⁴. Assim, à vista de tais considerações introdutórias e tendo em conta que o nosso intento é o de analisar como o Estado de Vigilância impacta os direitos fundamentais, com destaque para a liberdade e privacidade dos indivíduos, nada melhor do

as fronteiras nacionais e atribuindo as agências internacionais, cada vez mais poderosas, “um mandato de busca de segurança”. Nesse processo, os dados do cidadão perdem a sua proteção, interligando-os livremente com a inclinação generalizada de priorizar a segurança sobre os direitos individuais. O autor explora a rastreabilidade dos indivíduos e das *commodities* em todas as esferas da vida com base no rápido avanço dos dispositivos tecnológicos. Esse novo recurso do contexto global atual é a capacidade crescente de tecnologias de vigilância e identificação. Essas tecnologias são capazes de alterar a relação de poder entre o Estado e as corporações globais operadas pelo setor privado. Em contraste com a inovação das tecnologias militares, baseadas no financiamento público e dirigidas pelo Estado, mas é a demanda global do setor empresarial que impulsiona a inovação de vigilância e tecnologia de identificação. Mattelart aponta para a dinâmica do mercado na área de perfis comerciais, com base em RFID (dispositivo de identificação por rádio frequência), e os registros de cartões de crédito, entre outros, e em que medida ela está a ponto de adquirir dimensões orwellianas. Mattelart refere-se às redes paralelas de vigilância no setor privado, notadamente nas relações laborais e de serviços. Alerta que a combinação da utilidade de vigilância abrangente e a identificação biométrica para o mundo corporativo e o enfraquecimento regulador do Estado na esteira da economia neoliberal, sugere que a esfera pessoal é severamente ameaçada pela espionagem corporativa (p. 32, 49 e ss., p. 117 e ss., especialmente p. 183 e ss.).

¹³ Além da figura do Estado como tal, também se verifica um estado no sentido de uma situação, condição, na qual se encontram os Estados enquanto unidades políticas e as sociedades.

¹⁴ Cf. Robert O’Harrow Jr., *No Place to Hide* (New York: Free Press, 2006. p. 27, 160, 166, 241).

que iniciar com uma sumária apresentação dos contornos principais desse novo modelo de Estado, para, na sequência, adentrar a problemática da proteção dos direitos fundamentais.

2 O ASSIM CHAMADO ESTADO DE VIGILÂNCIA E SEUS TRAÇOS ESSENCIAIS

Conforme já referida, a guerra contra o terror pode ser (especialmente desde o fatídico 11 de Setembro de 2001) a justificativa mais familiar para o surgimento do Estado de Vigilância, mas seguramente não se trata nem da única razão ou mesmo da razão mais importante. O uso crescente do Governo de Vigilância e da “Mineração de Dados” é, como igualmente já destacado, o resultado previsível da evolução acelerada da tecnologia da informação, pois se trata de tecnologias que nos permitem descobrir e analisar o que está acontecendo no mundo, cuidando-se de ferramentas cada vez mais utilizadas pelos Estados e mesmo por atores sociais não estatais, mais ou menos poderosos. No “Estado Nacional de Vigilância”¹⁵, o “governo usa a vigilância”, a mineração de dados, o seu agrupamento e a sua respectiva análise para identificar e evitar potenciais ameaças, mas, também, para melhor administrar e prestar serviços sociais. O Estado de vigilância, como anota Balkin, é um caso especial de “Estado de Informação” (erigido sobre uma Sociedade da Informação), um Estado que intenta identificar e resolver problemas de governança por meio da coleção, do agrupamento, da análise e da produção de informação¹⁶.

Na ambiência desse modelo de Estado, o ponto de ruptura entre a liberdade e a segurança reside na privacidade, especialmente por causa da perplexidade e da incerteza crescente em virtude das ameaças do terrorismo e do incremento em termos quantitativos e qualitativos das transgressões ocorrentes na Rede (o espaço amplo do cibercrime), fatos que têm estimulado as restrições (e violações) dos direitos individuais, afrontando a vida privada em particular. O ponto de ruptura, a privacidade, encontra-se, portanto, em permanente estado de vigilância, em geral arbitrária. A vigilância passa a operar como atividade e

¹⁵ Cf. Jack M. Balkin, *The Constitution in the National Surveillance State* (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 225. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/225>. Acesso em: 15 out. 2013. Neste artigo, o Professor Balkin, pela primeira vez, cunha a expressão “National Surveillance State”, identificando dois tipos de Estado de Vigilância, primeiro é um Estado de Vigilância autoritário, enquanto o segundo é um Estado de Vigilância democrático. E os recentes escândalos (cf. toda a celeuma em torno de Edward Snowden) revelam claramente que vivemos em um autoritário.

¹⁶ Cf. Jack M. Balkin, *Op. cit.*, loc. cit., p. 3.

modo de perquirição (e perseguição) sistemático e metódico, compreendendo o monitoramento de ações ou comunicações de uma ou mais pessoas, instituições privadas e públicas e mesmo dos Estados. Uma revivescência do panóptico benthamiano, mais sofisticado e intrusivo, ou uma nova visão do mesmo em Foucault¹⁷, onde se fazem presentes, entre outras, pelo menos uma ou mais ações, combinadas ou não: (a) vigilância do comportamento; (b) vigilância das comunicações; (c) vigilância de dados (e interceptação); (d) vigilância de localização e rastreamento; (e) vigilância do corpo (biométrica).

A pergunta que não quer calar, e que tem ocupado lugar central no debate político, jurídico, sociológico e filosófico atual, é se nesse modelo de Estado (da Vigilância) ainda há lugar para um sistema de direitos humanos e de direitos fundamentais, ou, pelo menos, se há como assegurar a tais direitos humanos e fundamentais condições mínimas de efetividade. Por certo, o problema reside em dar efetividade aos direitos, evitando ou reprimindo ações que envolvam o observar, o ocultar, o espiar, ou o espreitar por parte desse Estado, especialmente naquilo em que tais ações frequentemente e muitas vezes de forma silenciosa afetam os direitos fundamentais.

A Constituição brasileira, em vigor desde 5 de outubro de 1988, molda o perfil jurídico-político do País, e caracteriza-se por sua forma rígida, organizando um Estado Democrático de Direito, em uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. A Constituição da República acolhe, promove e garante a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o direito à informação (art. 5º, IV IX e XIV; e art. 220 da CF/1988), de um lado, e o direito à privacidade (art. 5º, X, da CF/1988), de outro. A garantia constitucional da liberdade de expressão, em todas as suas modalidades, e da privacidade, em todos os seus níveis de densidade, é uma exigência democrática e um imperativo associado à proteção dos direitos humanos e fundamentais albergados na Constituição. Assim como o fez o Brasil, a maioria dos Estados de Direito contemporâneos (assim como o sistema internacional e regional de proteção dos direitos humanos) acolhe esses direitos

¹⁷ Michel Foucault, *Discipline and Punish* (London: Penguin, 1977). Para Foucault, o Panopticon era uma metáfora que permitia explorar a relação entre: a) sistemas de controle social e as pessoas em uma situação disciplinar; e b) o conceito de “conhecimento é poder”. Na sua opinião, o poder e o conhecimento vem da observação de outras pessoas. Ele marcou a transição para um poder disciplinar, com todos os movimentos supervisionado e todos os eventos gravados. O resultado desta vigilância é a aceitação das normas e a docilidade de comportamento – uma “normalização das sortes”, decorrente da ameaça de disciplinamento (p. 77).

na condição de expressão máxima de todo e qualquer regime que se pretenda democrático¹⁸.

¹⁸ Cf., por exemplo, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), art. 10º: “Liberdade de expressão – 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 11º: “Liberdade de expressão e de informação – 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social”. Nas Constituições: Alemanha: “Article 5 [freedom of expression, arts and sciences] (1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures, and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship. (2) These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons, and in the right to personal honour. (3) Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution”. Itália: “Art. 21 Anyone has the right to freely express their thoughts in speech, writing, or any other form of communication. The press may not be subjected to any authorization or censorship. Seizure may be permitted only by judicial order stating the reason and only for offences expressly determined by the law on the press or in case of violation of the obligation to identify the persons responsible for such offences. In such cases, when there is absolute urgency and timely intervention of the Judiciary is not possible, a periodical may be confiscated by the criminal police, which shall immediately and in no case later than 24 hours refer the matter to the Judiciary for validation. In default of such validation in the following 24 hours, the measure shall be revoked and considered null and void. The law may introduce general provisions for the disclosure of financial sources of periodical publications. Publications, performances, and other exhibits offensive to public morality shall be prohibited. Measures of preventive and repressive measure against such violations shall be established by law”. Japão: “Article 21. Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed. No censorship shall be maintained, nor shall the secrecy of any means of communication be violated”. México: “Article 6. The expression of ideas shall not be subject to any judicial or administrative investigation unless such expression offends good morals, infringes upon the rights of others, incites crime, or disturbs the public order; the right to a reply shall be exercised subjects to the terms established by law. Freedom of information shall be guaranteed by the State. With regard to the exercise of the right of access to information, the Federation, the State, and the Federal District shall act, within their respective competences, in accordance with the following principles and basic tenets: I – Any information held by any federal, State or municipal authority, entity, organ or body is public and may be held back only temporarily for public interest reasons in accordance with the terms established by law. II – Information relating to private life and personal data shall be protected in the terms and with the exceptions provided for by law. III – Everybody shall have free access to public information, his/her personal data or the correction of the latter, without having to show any cause or justification for their use. IV – Mechanisms for granting access to

information and speedy correction procedures shall be established. Those procedures shall be conducted before specialized and impartial organs and bodies enjoying autonomy in terms of operation, management and decision-making. V – The persons and institutions subject to the [previously defined] obligations shall keep their records in updated public registries and shall publish via the available electronic media the complete and updated information about their management indicators and the use of public funds. VI – The laws shall determine the manner in which the persons and institutions subject to the [previously defined] obligations shall make public the information concerning the public funds which they transmit to individuals and juridical persons. VII – The non-compliance with provisions concerning the access to public information shall be sanctioned in the conditions defined by the laws”. Portugal: “Article 37. Freedom of expression and information – 1. Everyone shall possess the right to freely express and publicize his thoughts in words, images or by any other means, as well as the right to inform others, inform himself and be informed without hindrance or discrimination. 2. Exercise of the said rights shall not be hindered or limited by any type or form of censorship. 3. Infractions committed in the exercise of the said rights shall be subject to the general principles of the criminal law or the law governing administrative offences, and shall be brought before the courts of law or an independent administrative body respectively, as laid down by law. 4. Every person and body corporate shall be equally and effectively guaranteed the right of reply and to make corrections, as well as the right to compensation for damages suffered. Article 38. Freedom of the press and the media. 1. The freedom of the press shall be guaranteed. 2. Freedom of the press shall mean: a) Journalists and other staff’s freedom of expression and creativity, as well as journalists’ freedom to take part in determining the editorial policy of the media body in question, save when it is doctrinal or denominational in nature; b) Journalists’ right, as laid down by law, to gain access to sources of information and to the protection of professional independence and secrecy, as well as their right to elect editorial boards; c) The right to found newspapers and any other publications, regardless of any prior administrative authorization, bond or qualification. 3. In generic terms, the law shall ensure that the names of the owners of media bodies and the means by which those bodies are financed are publicized. 4. The state shall ensure the media’s freedom and independence from political power and economic power by imposing the principle of specialization on businesses that own general information media, treating and supporting them in a non-discriminatory manner and preventing their concentration, particularly by means of multiple or interlocking interests. 5. The state shall ensure the existence and operation of a public radio and television service. 6. The structure and operation of public sector media shall safeguard their independence from the Government, the Public Administration and the other public authorities, and shall ensure that all the different currents of opinion are able to express themselves and to confront one another. 7. Radio and television broadcasting stations shall only operate with licenses that are granted under public calls for tender, as laid down by law. Article 39. Regulation of the media. 1. An independent administrative body shall be responsible for ensuring the following in the media: a) The right to information and the freedom of the press; b) The non-concentration of ownership of the media; c) Independence from political power and economic power; d) Respect for personal rights, freedoms and guarantees; e) Respect for the statutes and rules that regulate the work of the media; f) That all different currents of opinion are able to express themselves and confront one another; g) Exercise of the rights to broadcasting time, of reply and of political response. 2. The law shall define the composition, responsibilities, organization and *modus operandi* of the body referred to in the previous paragraph, together with the status and role of its members, who shall be appointed by the Assembly of the Republic and co-opted by those so appointed. Article 40. Right to broadcasting time, of reply and of political response. 1. Political parties, trade unions, professional and business organizations and other organizations with a national scope shall, in accordance with their size and representatives and with objective criteria that shall be defined by law, possess the right to broadcasting time on the public radio and television service. 2. Political parties that hold one or more seats in the Assembly of the Republic and do not form part of the Government shall, as laid down by law, possess the right to broadcasting time on the public radio and television service, which shall be apportioned in accordance with each party’s proportional share of the seats in the Assembly, as well as to reply or respond politically to the Government’s political statements. Such times shall be of the same duration and prominence as those given over to the Government’s broadcasts and statements. Parties with seats in the

À vista desse quadro, as práticas intrusivas, seja àquelas praticadas pelos Estados nacionais, seja as levadas a efeito pelos setores privados, atentam contra os princípios democráticos, violando em muitos casos os direitos (humanos e fundamentais). Chama a atenção, nesse contexto, que na atualidade as afrontas aos direitos de privacidade e liberdade acabam por vir especialmente daqueles Estados que sempre ostentaram a condição de constituírem democracias de alta densidade, caso típico dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha, entre poucos outros. De outra parte, o conjunto normativo (nacional e internacional) consagrado, e que intenta proteger a liberdade de expressão e a privacidade, não consegue lograr os seus fins, padecendo de um déficit generalizado de eficácia, seja por falta de vontade política, seja em virtude das externalidades econômico-financeiras. O recente (17.04.2013) Informe de Frank La Rue¹⁹ delinea uma série de inquietudes em virtude da multiplicação de novos instrumentos de vigilância programados para infiltrarem-se nos dispositivos informáticos de qualquer tipo e em alguns casos “[...] rastrear e registrar as comunicações de Internet e de telefonia em escala nacional”²⁰. La Rue anota que as tecnologias de vigilância estão sendo multiplicadas e são cada vez mais sofisticadas. Como resultado disso, “[...] o Estado tem agora, como nunca antes observado, uma maior capacidade de levar a cabo a vigilância simultânea, invasiva, específica e de ampla escala”²¹, e acrescenta:

Tecnologias de vigilância modernas e convênios que permitem aos Estados intrometerem-se na vida privada do indivíduo ameaçam obscurecer a divisão entre as esferas privada e pública. Elas facilitam a monitorização

Legislative Assemblies of the autonomous regions shall enjoy the same rights within the ambit of the region in question. 3. During elections and as laid down by law, candidates shall possess the right to regular and equitable broadcasting time on radio and television stations with a national or regional scope” (Cf., o excelente Projeto Constitutive, The World’s Constitutions to Read, Search, and Compare. Disponível em: <<https://www.constitutiveproject.org/#/>>).

¹⁹ Relator Especial para a promoção e proteção do direito de liberdade de opinião e de expressão (*Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*) das Nações Unidas.

²⁰ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue: “Today, some States have the capability to track and record Internet and telephone communications on a national scale” (p. 11). Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf>. Acesso em: 23 maio 2013.

²¹ “[...] the State now has a greater capability to conduct simultaneous, invasive, targeted, and broad-scale surveillance than ever before.” (p. 10 – Frank La Rue, loc. cit.).

invasiva e arbitrária dos indivíduos, que podem não ser capazes de sequer saber que foram submetidos a esse tipo de vigilância, muito menos desafiá-la. Os avanços tecnológicos significam que a efetividade do Estado na condução de vigilância não é mais limitada pela escala ou duração.²²

O Relator é enfático ao dizer que aos governos incube tomar medidas “para impedir a comercialização de tecnologias de vigilância”²³, criticando as empresas que têm desenvolvido tecnologias que permitem a vigilância massiva, mediante a violação do direito à intimidade consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas diversas ordens jurídicas (pelo menos boa parte das ocidentais) democráticas contemporâneas. Ele afirma que a interceptação das comunicações pode estar justificada pela necessidade de identificar os criminosos, mas as leis nacionais que regulam a vigilância nas comunicações são, de regra, “inadequados ou inexistentes”²⁴. La Rue adverte que esta propensão deve ser alterada, pois os governos deveriam atualizar suas leis para “garantir que os direitos humanos sejam respeitados e protegidos”, e a guarda dos dados dos usuários pelas empresas, com fins de vigilância, deveria ser proibida. Espionagem, afirma o Relator, “só deve ser produzida em circunstâncias excepcionais”. Vigilância deve ser supervisionada por uma autoridade independente, e os governos devem ser “plenamente transparentes”

²² “Modern surveillance technologies and arrangements that enable States to intrude into an individual’s private life threaten to blur the divide between the private and the public spheres. They facilitate invasive and arbitrary monitoring of individuals, who may not be able to even know they have been subjected to such surveillance, let alone challenge it. Technological advancements mean that the State’s effectiveness in conducting surveillance is no longer limited by scale or duration.” (p. 10 – Frank La Rue, loc. cit.).

²³ “[...] to prevent the commercialization of surveillance technologies.” (p. 22 – Frank La Rue, loc. cit.).

²⁴ “Concerns about national security and criminal activity may justify the exceptional use of communications surveillance technologies. However, national laws regulating what would constitute the necessary, legitimate and proportional State involvement in communications surveillance are often inadequate or non-existent. Inadequate national legal frameworks create a fertile ground for arbitrary and unlawful infringements of the right to privacy in communications and, consequently, also threaten the protection of the right to freedom of opinion and expression.” (As preocupações sobre a segurança nacional e a atividade criminal pode justificar o uso excepcional das tecnologias de vigilância de comunicações. No entanto, as leis nacionais que regulam o que constituiria o necessário, envolvimento legítimo e proporcional do Estado na vigilância das comunicações são muitas vezes inadequadas ou inexistentes. Quadros jurídicos nacionais inadequados criam um terreno fértil para uma ilegal e o arbitrariedade violação ao direito à privacidade nas comunicações e, conseqüentemente, também ameaçam a proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão) (Frank La Rue, loc. cit., p. 3)

no que diz com suas técnicas de vigilância e os poderes que utilizam²⁵. Todavia, os fatos recentemente divulgados amplamente pela mídia internacional e local (por exemplo, os que envolveram o escândalo com o ex-agente da CIA Edward Snowden) demonstram o quão pouco é provável que as recomendações de La Rue sejam adotadas no marco da política de qualquer governo a curto prazo, já que as medidas por ele apontadas não têm caráter vinculativo e servem basicamente para assessorar aos Estados-membros da ONU.

Assim, o que se percebe é que o assim chamado Estado de Vigilância, ainda que nas vestes de Estado Democrático de Direito, representa uma realidade a ser compreendida, analisada e confrontada, especialmente naquilo em que arrosta direitos fundamentais e direitos humanos tão duramente conquistados ao longo de tanto tempo. Este, contudo, é o objeto do próximo item.

3 INTERNET, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE - AMEAÇAS E DESAFIOS

Anteriormente, já anotamos que “a privacidade não é apenas uma importante demarcação, um limite legítimo à liberdade de expressão, mas sim, que a privacidade é também uma condição para a liberdade de expressão, sendo ambas indispensáveis para a plena participação numa sociedade democrática”. A liberdade de expressão e a privacidade podem – em determinadas circunstâncias – significar considerações desiguais para pessoas desiguais. Novas tecnologias quase sempre afetam a nossa liberdade de expressão e a nossa privacidade. Navegação GPS, cartões inteligentes, pedágios eletrônicos em transportes, câmeras públicas, inquéritos eletrônicos, *scanners* fixos ou móveis em qualquer lugar, todos de algum modo afetam a nossa liberdade e privacidade. Nesse

²⁵ “*Communications surveillance should be regarded as a highly intrusive act that potentially interferes with the rights to freedom of expression and privacy and threatens the foundations of a democratic society. Legislation must stipulate that State surveillance of communications must only occur under the most exceptional circumstances and exclusively under the supervision of an independent judicial authority. Safeguards must be articulated in law relating to the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorize, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law.*” (A vigilância nas comunicações deve ser considerada como um ato altamente intrusivo que, potencialmente, interfere com os direitos à liberdade de expressão e privacidade, e ameaçam as bases de uma sociedade democrática. A legislação deve estipular que a vigilância Estado nas comunicações só deve ocorrer nas circunstâncias mais excepcionais e exclusivamente sob a supervisão de uma autoridade judicial independente. Salvaguardas devem ser articuladas em legislação, relativa à natureza, âmbito e duração das medidas possíveis, bem como os fundamentos necessários para requisitá-la, as autoridades competentes para as autorizar, realizar e supervisionar, e o tipo de recurso previsto pela legislação nacional) (Frank La Rue, loc. cit., p. 21)

contexto, sabemos que todo e qualquer acesso à Internet deixa rastros que podem ser seguidos e monitorados, permitindo o compartilhamento e repasse de informações, em geral sem a correspondente autorização de seu titular. Ainda que isso pareça não ser objeto de preocupação por muitas pessoas, que inclusive espontaneamente se expõe de diversas formas na Rede, o fato é que há quem prefira ter sua privacidade preservada, gerando, assim, um problema em termos de proteção de diversos direitos fundamentais.

Na atual quadra, cabe especialmente ao internauta a iniciativa para proteger-se. Todavia, o melhor que pode fazer – e isso não garante absoluto anonimato – é ativar a função de navegação privada/não me sigas (*do not track*) do navegador Web²⁶. A verdade é que o cenário de ampla intrusão que se verifica especialmente na Internet ofusca cada vez mais a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos e fundamentais, visto que cada vez é maior o acesso irrestrito dos governos e de seus diversos órgãos (e, mesmo, de corporações privadas de diferenciado tipo) às nossas informações pessoais, que acabam por ser absorvidas por grupos de interesse e poder que ainda não conhecemos bem, e cujo objetivo é o da construção de um “campo de informação mundial” uniforme e o aperfeiçoamento dos processos de informação com distintos fins. Tudo isso está em um simples “click” (!)²⁷.

Com efeito, o periódico britânico *The Guardian* tem publicado, desde algum tempo, ampla matéria sobre as mais recentes intromissões e manipulações de dados por agências de espionagem norte-americanas e britânicas, a *National Security Agency* (NSA) e a *Government Communications Headquarters* (GCHQ)²⁸,

²⁶ GARFINKEL, Simson. *Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century*. Sebastopol-CA: O'Reilly Media Inc., 2001. p. 257 y ss.

²⁷ Observe-se que a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos tem a capacidade de bisbilhotar em quase todas as comunicações enviadas a partir de um Apple iPhone, de acordo com documentos vazados compartilhados pelo pesquisador de segurança Jacob Appelbaum em *Der Spiegel*. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/neue-dokumente-der-geheimwerkzeugkasten-der-nsa-a-941153.html>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

²⁸ Em 5 de junho (2013), *The Guardian* publica sua primeira exclusiva entrevista com Edward Snowden, denunciante da NSA, revelando que o governo dos EE.UU obrigou a gigante das telecomunicações VERIZON a entregar os registros telefônicos de milhões de estadunidenses; em 6 de junho, revelou a existência do programa PRISM, na edição de junho dá notícia do software *Boundless Informant* (Informante sem limites) – que permite gravar e analisar a proveniência dos dados (Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/the-nsa-files>>). Nas edições de 21 e 22 de junho, o periódico revelou as intromissões na comunicação de dados pela GCHQ (Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>>; <<http://www.guardian.co.uk/uk/2013/jun/23/mi5-feared-gchq-went-too-far>>).

mediante a utilização de programas como PRISM e TEMPORA, respectivamente²⁹. Contudo, não foram somente essas agências, na atualidade o Serviço Federal de Inteligência da Alemanha (*Bundesnachrichtendienst* - BND) entra no jogo anunciando querer estender o controle sobre a Internet massivamente. Segundo a informação veiculada pelo *site Spiegel Online*, cerca de 100 milhões de euros seriam investidos nos próximos cinco anos no departamento de “educação técnica” da agência para ampliar seu pessoal e equipamento³⁰. Não bastassem esses fatos, também cooperam para o obscurecimento da Web os instrumentos legislativos nacionais e internacionais que intentam vigiar, manipular e violar os já debilíssimos sistemas de segurança de dados mediados na Rede. Vejam-se os malogrados ensaios, como SOPA, PIPA e ACTA. Os denominados projetos norte-americanos PIPA e SOPA (United States House of Representatives # 3261/2011, e United States Senate # 968/2011) tinham por objetivo estabelecer uma forma sofisticada para controlar a transmissão e o intercâmbio da informação gerada por e na Internet. O primeiro, de iniciativa do Senado dos Estados Unidos, o PROTECT IP Act, ou *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011* (PIPA, de acordo com a sigla em inglês)³¹, de autoria do Senador Patrick Leahy, e o segundo, *Stop Online Piracy Act* (SOPA em inglês)³², de autoria do Deputado Lamar Smith, ambos os projetos foram arquivados em 18.01.2012 e 20.01.2012, respectivamente, como consequência dos protestos da cidadania e das instituições da sociedade civil.

O projeto europeu ACTA - *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*³³ foi instituído com grande discricção, quase secretamente, provando ser controvertido desde o dia em que foi proposto pela primeira vez. Com tal projeto, intentava-se dar maior eficácia na aplicação dos direitos de propriedade intelectual em âmbito internacional, mas, no bojo do projeto, um modelo sofisticado do SOPA tentou impor novas sanções e medidas tendentes a “compelir” os usuários da Internet a “cooperar” com a indústria do entretenimento, para vigiar e censurar as comunicações em linha por cima da autoridade judicial penal. O projeto

²⁹ Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

³⁰ Cf., edição de 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ueberwachung-fdp-kritisiert-spionage-plaene-des-bnd-scharf-a-906078.html>>.

³¹ Disponível em: <<http://www.govtrack.us/congress/bills/112/s968>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

³² Para maiores detalhes, disponível em: <<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf>> e <<http://www.judiciary.house.gov/issues/Rogue%20Websites/Summary%20Manager's%20Amendment.pdf>>. Acesso em: 30 fev. 2013.

³³ Para ler na íntegra o projeto em vinte e dois idiomas: <http://bit.ly/xPDyNj>.

representou uma grave ameaça para a liberdade de expressão na Internet, além de criar grande insegurança jurídica para os usuários da Rede. O ACTA enfrentou uma forte oposição por parte da cidadania europeia que o vê como antidemocrático. Muitos saíram às ruas em um protesto sincronizado, afirmando que o ACTA viola os seus direitos. Umhas 200 cidades participaram da “marcha contra o ACTA” em fevereiro de 2012³⁴, e, em 4 de julho de 2012, o Parlamento Europeu rechaçou o acordo em sessão plenária com 479 votos contra o tratado, 39 votos a favor e 165 abstenções de deputados do Parlamento Europeu³⁵.

Enquanto toda a atenção centrava-se no SOPA, no PIPA e no ACTA (os assim denominados projetos de lei contra a pirataria na Internet), uma nova peça legislativa surge ainda mais controvertida, designadamente, o *Cyber Intelligence Sharing and Protection Act* (CISPA), aprovada pela Câmara de Representantes (Assembleia dos Deputados) dos Estados Unidos em 18.04.2013. O projeto de lei foi aprovado por uma votação de 248 votos a favor e 168 contrários, com maioria de votos de representantes republicanos³⁶. Os defensores do projeto afirmam que o intercâmbio de informações permitiria ao governo e às agências de segurança conhecer, controlar e combater as ameaças detectadas na Rede. Com o CISPA, o governo poderia compartilhar essas ameaças com as empresas privadas e ajudar na proteção de suas Redes, assim como as empresas compartilhariam suas informações (e as de seus usuários) com o governo e suas agências³⁷, uma promiscuidade intolerável se confrontada com os princípios democráticos e com os direitos humanos e fundamentais da cidadania. O projeto depende do Senado norte-americano, com maioria democrática. Esse já se pronunciou no sentido de rechaçar o projeto como está, tendo sido oferecido pelo presidente do Comitê de Comércio do Senado projeto de lei de segurança cibernética. Se a emenda conseguir sobreviver ao processo de aprovação do *Cybersecurity Act*, pode finalmente tornar-se lei. Note-se que o substitutivo foi aprovado por

³⁴ Disponível em: <<https://www.accessnow.org/blog/acta-protest-feb-11>>. Acesso em: 3 mar. 2012.

³⁵ Disponível em: <<https://www.accessnow.org/policy/internet-governance-reform>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

³⁶ Nada obstante a petição com mais de 800.000 assinaturas, dirigida ao Congresso norte-americano, lançada em 5 de abril de 2012 por Avaaz.org (<https://secure.avaaz.org/en/>), uma plataforma *on-line* para organização cívica, ela descreve o CISPA como um projeto de lei “que daria às empresas privadas e do governo dos EUA o direito de espionar qualquer um de nós a qualquer momento, durante o tempo que quiserem sem um mandado” (Petição disponível em: <https://secure.avaaz.org/en/stop_cispa/>).

³⁷ Cf., Huffington Post, edição de 12 abr. /2013. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/2013/04/18/cispa-vote-house-approves_n_3109504.html>.

unanimidade pela Comissão de Comércio em julho de 2013, mas encontra-se parado desde então³⁸.

Todavia, tudo isso não é novo! As revelações de Edward Snowden ao *The Guardian*³⁹ apenas confirmam o que Perry Fellwock (também um ex-analista da NSA) havia denunciado 42 anos atrás: o amplo programa de espionagem da NSA⁴⁰. O estudo, elaborado por Duncan Campbell para o *European Parliament's Directorate-General for Research*, dava conta de que a vigilância eletrônica pelo Estado dos anos 1970/1990 era realizada por meio da Inteligência de Comunicações (COMINT), ou seja, mediante a busca automática de comunicações eletrônicas que possibilitava a interceptação global de tais comunicações⁴¹. Observe-se, ainda, que, em 1988, Campbell advertia:

Agências de inteligência americana, britânica e aliados estão prestes a embarcar em uma expansão maciça, bilhões de dólares de seu sistema de vigilância eletrônica global. De acordo com informação dada recentemente em segredo para o Congresso dos EUA, o sistema de vigilância permitirá que as agências monitorem e analisem as comunicações civis no século XXI. Identificado no momento como projeto P415, o sistema será executado pela NSA. Mas as agências de inteligência de muitos outros países estarão intimamente envolvidas com a nova rede, incluindo os da Grã-Bretanha, Austrália, Alemanha e Japão e, surpreendentemente, a República Popular da China.⁴²

³⁸ Site oficial do Senado Norte-americano. Disponível em: <<http://beta.congress.gov/bill/113th/senate-bill/1353/committees>>. Acesso em: 12 dez. 2013. Também o texto disponível em: <<http://beta.congress.gov/113/bills/s1353/BILLS-113s1353is.xml>>. Acesso em: 12. dez. 2013.

³⁹ Entrevista em *The Guardian*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/theguardian/2013/jun/10>>.

⁴⁰ A entrevista com Perry Fellwock pode ser acessada no site de CRYPTONE (<http://cryptome.org/>), que reproduz a publicação em Ramparts, v. 11, n. 2, p. 35-50, aug. 1972: U.S. Electronic Espionage: A Memoir (Disponível em: <<http://cryptome.org/jya/nsa-elint.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2012). Também no site de WikiLeaks (Disponível em: <http://wikileaks.org/wiki/Perry_Fellwock>).

⁴¹ Disponível em: <<http://aei.pitt.edu/41012/1/Development.of.surveillance.Vols.1-5.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁴² "American, British and Allied intelligence agencies are soon to embark on a massive, billion-dollar expansion of their global electronic surveillance system. According to information given recently in secret to the US Congress, the surveillance system will enable the agencies to monitor and analyze civilian communications into the 21st century. Identified for the moment as Project P415, the system will be run by the US National

Em 1996, Nicky Hager publicou seu *Secret Power: New Zealand's Role in the International Spy Network*⁴³, onde descreve em detalhe o Projeto ECHELON (já denunciado por Perry Fellwock e Duncan Campbell). Segundo o autor, o original ECHELON remonta a 1947, quando, como resultado da cooperação em época de guerra, o Reino Unido e os Estados Unidos concordaram em continuar, em âmbito mundial, as atividades de “inteligência de comunicação” (COMINT⁴⁴). Os dois países deveriam trabalhar juntos para estabelecer um sistema global de interceptação, sempre que possível, uma vez que partilhavam o equipamento especial necessário para essa finalidade, bem como com as despesas necessárias e, um e outro, teriam o acesso aos resultados. Posteriormente, Canadá, Austrália e Nova Zelândia juntaram-se ao denominado acordo UKUSA⁴⁵. Hager demonstra e conclui que a interceptação (atual) de comunicações por satélite é o núcleo do atual sistema. Desde o final de 1990, três denunciadores, todos bem conhecidos da NSA (Bill Binney, J. Kirk Wiebe e Tom Drake), revelaram os intentos invasivos

Security Agency (NSA). But the intelligence agencies of many other countries will be closely involved with the new network, including those from Britain, Australia, Germany and Japan, surprisingly, the People's Republic of China". O texto na íntegra está Disponível em: <<http://www.duncancampbell.org/menu/journalism/newstatesman/newstatesman1988/They've%20got%20it%20taped.pdf>> (página do autor). Foi publicado em New Statesman, de 12 ago. 1988, p. 10/12. Também pode ser lido no site: <http://cryptome.info/echelon-dc.htm> (acesso em: 6 fev. 2012).

⁴³ Publicado por Nelson (NZ: Craig Potton Publishing, 1996).

⁴⁴ COMINT ou “comunicações de inteligência”, inclui-se nos serviços de inteligência adquirido através da interceptação de comunicações estrangeiras, excluindo as emissões de rádio e televisão abertas. É um subconjunto de inteligência de sinais, ou SIGINT, com o último sendo entendido como compreendendo COMINT e ELINT, inteligência eletrônica, derivada da não comunicação de sinais eletrônicos tais como radar. Durante a primeira parte da época moderna de “inteligência”, os termos “inteligência de sinais” e “inteligência de comunicações” foram usados permutável e virtualmente, e, portanto, muito do que foi descrito como sinais de inteligência durante a segunda guerra mundial é mais corretamente entendido como COMINT. Cf., *International Electronic Countermeasures*, editado pelo Journal of Electronic Defense (Norwood/MA: Horizon House Publications Inc., 2004, p. 6, 13, e 20). Para aprofundamento também confira o excelente trabalho de Frederick D. Parker, *Pearl Harbor Revisited: U.S. Navy Communications Intelligence 1924-1941*, publicação distribuída livremente pela NSA, com nota de advertência de que ela não reflete, necessariamente, a posição da NSA/CSS, ou qualquer outra entidade do governo dos EUA (Disponível em: <http://www.nsa.gov/about/_files/cryptologic_heritage/publications/wwii/pearl_harbor_revisited.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013).

⁴⁵ Segundo Antonio Miguel Molina Molina e Antonio Javier Tallón Ballesteros, em *Privacidad de la información: espionaje personal* (Proyecto Fin de Carrera. Universidad de Granada. E. T. S. I. Informática. Diciembre 2004) UKUSA “es una organización constituida por los siguientes Estados: los Estados Unidos y el Reino Unido principalmente y, dentro de las posibilidades de cada uno, Australia, Canadá y Nueva Zelanda. Actualmente, UKUSA se ha apartado de su objetivo original de defensa, frente a las potencias del bloque del Pacto de Varsovia y China, y se le supone dedicada a la lucha antiterrorista y contra el narcotráfico, aunque existen contundentes pruebas de que también se dedica al espionaje económico. ECHELON no es más que una herramienta de UKUSA para alcanzar sus oscuros objetivos” (p. 93).

da Agência, informando ao Inspetor-Geral do Departamento de Defesa e, posteriormente, aos Comitês de Supervisão do Congresso dos Estados Unidos, que um programa multimilionário de recolecção de dados da NSA, conhecido como *Trailblazer*, foi ineficaz, o que representou enorme desperdício de recursos. Além disso, foi também denunciado o programa conhecido como *Stellar Wind*, destinado a bloquear procedimentos que impediam a aquisição dos dados dos cidadãos norte-americanos. Graças a esses cidadãos e outros (registre-se aqui o recente caso Snowden), sabemos que o governo norte-americano realiza intensa vigilância social (em seu território e alhures), monopolizando dados, utilizando para tanto diferenciado instrumental informático, além de obter dados das corporações, das redes sociais, dos buscadores de Internet, inclusive das redes de telefonia móvel, tudo a configurar uma ampla rede de vigilância e intrusão na esfera das relações sociais e dos interesses e direitos individuais e coletivos.

Como se pode perceber, as ameaças e os desafios à liberdade e à privacidade (na Rede e em todos os ambientes onde se processam relações socioculturais e econômicas) estão e sempre estiveram presentes. Para fazer frente a essa situação, não basta pensar-se um “direito digital”, mas sim, além disso, é necessário, como já frisado, caminhar com Hervé Fischer na articulação de uma perspectiva filosófica. Fischer acredita que a Internet representa um marco na história da humanidade, tão importante quanto a descoberta do fogo, sua aparição no silêncio, sua insídia, sua generalidade e seu radicalismo afetam todos os aspectos da atividade humana, de tal sorte que, de acordo com o autor, necessária a construção de uma “filosofia da cibernética” para lidar com esta nova realidade⁴⁶. O fato é que em poucos anos construímos um dispositivo gigante com uma arquitetura muito complexa que pode armazenar e distribuir bilhões e bilhões de arquivos binários instantaneamente. Com efeito, *software*, roteadores, navegadores, motores de busca, agentes inteligentes e outros dispositivos produzem (e irão produzir), armazenam, enviam e baixam bilhões de páginas de informações e imagens de exibição, interligados pelos mais diferentes “portais”. Este espaço, por outro lado, é sempre crescente e mutante, pois o seu desempenho e a sua velocidade estão aumentando exponencialmente, bem como a quantidade e qualidade das informações que nele são geradas e nele circulam. Este é o espaço que chamamos de “mundo cibernético”⁴⁷. Através

⁴⁶ FISCHER, Hervé. *Digital Shock - Confronting the New Reality*. Quebec, Canada: McGill-Queen's University Press, 2006, p. VII e ss.

⁴⁷ FISCHER, Hervé. *Digital Shock - Confronting the New Reality*. Quebec, Canada: McGill-Queen's University Press, 2006, p. 43.

de suas estruturas e de seu conteúdo, o mundo cibernético reflete o mundo real de que é derivado. Mas o ciberespaço é mais, é um mundo paralelo e não simplesmente um espelho ou substituto do mundo. Porque, além de refletir o mundo real, o mundo cibernético se autogera de acordo com sua lógica e suas necessidades, com uma quantidade e qualidade cada vez maior de conteúdos inéditos, o que é “único” e que se liberta dos constrangimentos do mundo real. O ciberespaço tem sua própria dinâmica e cresce e se desenvolve com certa autonomia e com características que são muito diferentes do mundo real. O mundo cibernético é um reino imaginário, em que encontramos lógica, valores, conteúdos e comportamentos individuais e sociais, positivos e negativos, que são frequentemente muito diferentes daqueles que se encontram no mundo real. Assim, estabeleceu-se uma espécie de dialética entre dois universos paralelos, com base na fuga, na compensação complementar, na gestão, na exploração e na oposição, de tal sorte que estamos a vivenciar e participar de ambos os mundos, em uma mescla do real e do virtual⁴⁸. Que tudo isso implica riscos é hoje algo incontroverso.

Embora não se trate de algo tão difundido, um dos maiores riscos em termos especialmente da afronta aos princípios democráticos e do seu potencial em termos de violação de direitos humanos e fundamentais encontra-se no denominado *Trans-Pacific Partnership Agreement* (TPPA ou TPP)⁴⁹, semelhante, mas muito mais intrusivo, do que os já referidos SOPA, CISPA ou ACTA. Nesse contexto, vale lembrar que o SOPA e o ACTA foram suspensos em grande parte em virtude das pressões exercidas pelo ativismo popular. O principal motivo

⁴⁸ Aut. cit., op. cit., p. 44 y ss.

⁴⁹ A Parceria Trans-Pacífico (TPP) transveste-se como um acordo de “livre comércio”, com o objetivo de definir regras sobre questões comerciais e não comerciais, como a segurança alimentar, a liberdade na Internet, os preços dos medicamentos, a regulação financeira, e ao meio ambiente. Ela conforma um sistema de governança internacional vinculativo que exigiria dos Estados Unidos, Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura, Vietnã, e qualquer outro país que venha dela participar, adequar suas políticas nacionais com as suas regras, algumas delas que claramente violam elementares princípios da soberania dos Estados. Essa “parceria” tem sido negociada em segredo, e incluiu líderes político dos países participantes e mais de 600 agentes corporativos: “assessores comerciais oficiais”, os textos gerados nas conferências não estão ao alcance de membros dos parlamentos, da imprensa, da sociedade civil e do público. O material conhecido é resultante de vazamento na Internet, de denúncias de professores e ativistas dos direitos humanos e de alguma mídia comprometida com a defesa da liberdade de expressão e da privacidade. Cf., para o aprofundamento sobre o TPPA, de modo especial, o vinculado pelo *site* da WikiLeaks, uma organização de mídia sem fins lucrativos, disponível em: <<http://wikileaks.org/tpp/>>; também o *site* da Electronic Frontier Foundation (EFF), dedicado a defesa da liberdade na Rede, disponível em: <<https://www.eff.org/issues/tpp>>.

das pressões foi o fato, comum aos dois documentos, de que os detentores de direitos autorais teriam condições de forçar a sua vontade na Internet, por exemplo, mediante a responsabilização dos internautas responsáveis pela infração de conteúdos protegidos, inclusive permitindo a suspensão das contas de Internet de infratores reincidentes. Análise acadêmica mais detalhada do capítulo referente à propriedade intelectual (Capítulo 10) desse novo arranjo internacional está emergindo após o vazamento de um documento de 95 páginas pelo WikiLeaks⁵⁰. A análise do capítulo TPP/IP (capítulo sobre propriedade intelectual⁵¹) fornecido pelo WikiLeaks mostra que ele está seguindo um caminho semelhante, mas potencialmente até mesmo mais intrusivo e despótico do que se verificaria no caso de aprovação do ACTA. Isso levou a comunidade acadêmica, em vários países, a se manifestar contra o acordo. Nesse sentido, uma carta de 80 professores de Direito de prestigiadas Escolas nos Estados Unidos foi dirigida ao parlamento e ao presidente do País, exortando preocupações e alertando que

o TPP está seguindo um processo ainda mais secreto do que o ACTA, que está ampliando a desconfiança do público e criando um ambiente propício para um produto final desequilibrado e indefensável, [...] em vez de repetir os fracassos do ACTA, os Estados Unidos devem seguir o exemplo do último sucesso internacional alcançado com o Tratado de Marrakesh⁵², exemplo de transparência sem precedentes para um acordo internacional⁵³.

⁵⁰ O documento poder ser obtido por *download*, disponível em: <<https://wikileaks.org/tpp/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

⁵¹ Sobre este capítulo, os autores do presente ensaio estão preparando artigo exclusivo, com análise e exame dogmático de suas inferências, a ser publicado brevemente.

⁵² O Tratado de Marrakech, recentemente adotado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) permite o acesso a obras publicadas para os cegos, deficientes visuais ou outras dificuldades acessando texto impresso, torna-se uma ferramenta para a educação e cultura. Sobre o Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works by Visually Impaired Persons and Persons with Print Disabilities (Disponível em: <<http://www.wipo.int/dc2013/en/>>).

⁵³ Na íntegra, disponível em: <<http://infojustice.org/wp-content/uploads/2013/11/Law-Professors-TPP-11142013.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013. Outras manifestações, inclusive a do Professor Joseph Stiglitz, podem ser acessadas em: <http://keionline.org/sites/default/files/jstiglitzTPP.pdf>; e <http://english.agrinews.co.jp/?p=146>. Confira ainda o excelente livro *Hacia una Internet libre de censura – Propuestas para América Latina* (Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información), organizado por Eduardo Bertoni e disponível em: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf>; bem como o artigo do Professor Neil M.

O capítulo relativo à propriedade intelectual acarreta profundas e substantivas mudanças no direito internacional, com reflexos acentuados nos ordens locais. Do texto vazado na Rede é possível identificar uma dura lei de direitos de autor, espelhada na dos Estados Unidos, e que teria o potencial de alterar as leis nacionais em toda a região. Caso o documento fosse aprovado e adotado no estado em que se encontra, sua articulação, impulsionada principalmente pelos EUA, implicaria padrões de proteção da propriedade intelectual mais rígidos e aplicáveis a todo e qualquer âmbito autoral. Ocorre que o documento reproduz partes do controverso ACTA, além de revitalizar alguns dispositivos do SOPA, alterando, assim, a capacidade de acessar informações e recursos vitais para países em desenvolvimento, tudo em sentido contrário ao que rezam acordos multilaterais mais transparentes e já celebrados, tais como Aspectos Relacionados ao Comércio da OMC e do Acordo de Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS). Em termos de direitos autorais, o TPP irá expandir drasticamente seus padrões mínimos internacionais em termos de duração. Em caráter ilustrativo, cabe referir que o tratado propõe estender o prazo dos direitos de autor sobre obras publicadas, que passariam a expirar 70 anos após a morte do autor ou não menos de 95 anos desde a primeira publicação autorizada. Isso iria aumentar a extensão de direitos autorais em uma parcela significativa dos países signatários, bem como anular o padrão TRIPS de 50 anos após a morte ou 50 anos após a sua publicação. Embora este período de *copyright* espelhe a lei dos EUA, a lei dos EUA estabelece 70 anos *post mortem* como um teto, enquanto o TPP adota tal critério como um referencial mínimo⁵⁴.

Nada obstante o TPP aborde uma gama de questões, onde se incluem inúmeras condições relativas às relações internacionais na perspectiva econômica, as negociações sempre foram e são realizadas de modo altamente sigiloso, pois as conferências foram realizadas a portas fechadas, revelando uma incrível falta de transparência. Assim, o que o Presidente Obama declarou como sendo o acordo do século XXI⁵⁵ parece inaugurar uma nova “era de segredo”, em

Richards da Washington University School of Law, disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org/symposium/papers2012/richards.pdf>>.

⁵⁴ Cf., Sean M Flynn, Margot E. Kaminski, Brook K. Baker e Jimmy Koo, Public Interest Analysis of the US TPP Proposal for an IP Chapter (December 6, 2011). Northeastern University School of Law Research Paper, n. 82-2012; American University, WCL Research Paper, n. 2012-07. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1980173> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1980173> (acesso em 13 maio 2013).

⁵⁵ “We, the Leaders of Australia, Brunei Darussalam, Chile, Malaysia, New Zealand, Peru, Singapore, United States, and Vietnam, are pleased to announce today the broad outlines of a Trans-Pacific Partnership (TPP)

vários aspectos similar ao que se passou na assim chamada “Guerra Fria”, pois o sigilo impede o diálogo entre o público em geral, bem como inibe o debate na esfera das organizações acadêmicas e mesmo políticas. Além disso, o crescente livre acesso aos meios de comunicação, especialmente o acesso à Internet, cada vez mais, dadas a circunstâncias já apontadas, gera uma ilusão de liberdade e ao mesmo tempo expõe a vida privada e os direitos de personalidade conexos a um cada vez maior número de ingerências e mesmo de violações, resultando em um déficit preocupante de proteção de tais direitos. Mas isso será objeto de atenção mais detida em outro momento.

4 OBSERVAÇÕES FINAIS

Apesar do crescimento continuado do aparato social e da ampliação de seus campos de atuação, o Estado se encontra imerso em uma conjuntura de atuação cada vez mais condicionada; está condicionado e limitado por uma inovadora e complexa atuação da sociedade civil, na qual todos se incluem, e que se têm apoderado das decisões não reguladas pelo Estado. Por outro lado, o Estado encontra-se condicionado e limitado pela transnacionalização da vida econômica, cultural e social que se produziu nas últimas décadas, e que fez com que princípios e categorias sobre os quais se assentavam a organização e o exercício do poder político não possam mais ser considerados plenamente vigentes na atualidade. De outro modo, as grandes transformações

agreement among our nine countries. We are delighted to have achieved this milestone in our common vision to establish a comprehensive, next-generation regional agreement that liberalizes trade and investment and addresses new and traditional trade issues and 21st-century challenges. We are confident that this agreement will be a model for ambition for other free trade agreements in the future, forging close linkages among our economies, enhancing our competitiveness, benefiting our consumers and supporting the creation and retention of jobs, higher living standards, and the reduction of poverty in our countries.” (Nós, os líderes da Austrália, Brunei, Chile, Malásia, Nova Zelândia, Peru, Singapura, Estados Unidos e Vietnã, temos o prazer de anunciar hoje as linhas gerais de um acordo de Parceria Trans-Pacífico (TPP) entre os nossos nove países. Estamos muito satisfeitos por ter alcançado este marco em nossa visão comum para estabelecer um acordo global, de próxima geração regional, que liberaliza o comércio e investimento e aborda questões de comércio, novas e tradicionais, e os desafios do século 21. Estamos confiantes de que este acordo será um modelo para a ambição de outros acordos de livre comércio no futuro, forjando ligações estreitas entre nossas economias, aumentando a nossa competitividade, beneficiando nossos consumidores e apoiando a criação e manutenção de postos de trabalho, padrões de vida mais elevados, bem como a redução da pobreza em nossos países). Essa parte do discurso está na página da Casa Branca) (Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-leaders-statement>>. Acesso em: 10 jan. 2012)

tecnoeconômicas⁵⁶, o tecnotropismo⁵⁷, bem como as mudanças que se verificaram no domínio da informação incidiram nas relações de poder, que com isso sofreram uma importante e profunda mudança, implicando uma crise sem precedentes do Estado como entidade soberana. Não podemos esquecer que a democracia política, tal como a entendemos, se funda na ideia de Estado soberano, portanto, o que está em jogo hoje é a própria modelagem do processo democrático, já que a translineação das fronteiras da soberania conduz necessariamente a uma incerteza no processo de delegação da vontade dos cidadãos, agentes e atores sociais. A hipótese está na afirmação de que o Estado está envolvido internacionalmente em uma rede demasiadamente ampla para resolver pequenos problemas locais, e, por outro lado, frente à amplitude da rede internacional e dos fluxos transversais de poderes econômico-financeiros, científicos e tecnológicos o Estado é sempre demasiado pequeno para resolver os grandes problemas globais.

Nesse contexto, duas grandes variáveis devem ser observadas: de um lado, têm-se os problemas de sobrevivência (ecologia profunda, tensão entre as condicionantes da paz frente aos conflitos) que escapam do domínio e do controle dos Estados, assumindo outros agentes o encargo de assoalhar uma desestatização das relações internacionais. De outra parte, e como efeito direto da globalização da economia e das tecnologias de informação e comunicação (TIC), o Estado resultou muito acanhado para a solução dos problemas emergentes dessa nova realidade, e também muito rígido para controlar os fluxos globalizantes do poder político-financeiro. Daí abriga-se na “capa escura” da vigilância de todos (e de nenhum em particular, pois o que vigia está só).

Por outro lado, esse mesmo Estado (pelo menos naquilo que representa o modelo de um Estado Democrático de Direito) defronta-se com os novos desafios de uma sociedade em Rede, de uma sociedade da informação ou do

⁵⁶ A propósito a noção de “tecnoeconomia” está bem articulada no trabalho de Michel Callon (*The dynamics of techno-economic networks*, in COOMBS, R.; SAVIOTTI, P.; WALSH, V. (Ed.), *Technological Change and Company Strategies: Economic and sociological perspectives*, London: Academic Press, 1992. p. 132/161), apresentando uma solução para a vinculação do social e do econômico. Isto é, ele reúne dispositivos econômicos sobre a circulação de mediadores, tais como ativos, contratos etc. e noções sociológicas sobre como os atores são definidos através de suas relações na conformação de redes (o que aqui não será tratado).

⁵⁷ Como o tem entendido Martín Carranza Torres, isto é, “[...] uma tendência cultural para a geração de conhecimento e seu aproveitamento integral por parte da comunidade na qual esses conhecimentos são produzidos” (*El Derecho de la Innovación Tecnológica. Una historia del tecnotropismo capitalista*. Buenos Aires, 2008. p. 4).

conhecimento, necessitando intervir para assegurar a sua segurança, acarretando uma ampliação dos mecanismos de vigilância em detrimento de direitos humanos e fundamentais muito caros aos indivíduos, mas também de alta relevância para a ordem social como um todo. Assim, as tecnologias de vigilância e sua aplicação pelos Estados-nação são permanentes ameaças à democracia, à liberdade de expressão e à privacidade. Com o escopo de restabelecer o controle sistemático em tal seara, o que é apropriado em nações democráticas, não poderá o Estado, contudo, gerar situações de violação de direitos mais graves do que as que foram cometidas eventualmente para salvaguardar a privacidade, a dignidade e os liberdades fundamentais. De todo modo, segue sem resposta a seguinte pergunta: *Quem está vigiando os vigilantes?*

REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO DO STF QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE ESTABELECIDO PELA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS - LEI Nº 8.742/1993)

REFLEXIONS ABOUT OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECISION WHICH DECLARED UNCONSTITUTIONALITY THE CRITERIA OF MISERABLENESS FIXED BY SOCIAL ASSISTENT LAW (LOAS - LEI Nº 8.742/1993)

Carlos Gustavo Moimaz Marques¹

Professor da Escola Paulista de Direito - EPD

RESUMO: O objeto deste artigo é fazer algumas reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade estabelecido pela Lei nº 9.742/1993, focando-se no caráter universalizante que define o núcleo teórico dos direitos sociais e a própria sistematização constitucional da seguridade social.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia dos direitos sociais; benefício assistencial de prestação continuada; inconstitucionalidade do critério de miserabilidade fixado pela LOAS.

ABSTRACT: *The objective of this research is to make some reflexions of the Supremo Tribunal Federal decision which declared unconstitutionality the criteria of miserableness fixed by Law 8.742/93, addressing the universalizing character that defines the theoretical core of social rights and constitutional own systematization of social security.*

KEYWORDS: *Social rights efficacy; continuous assistance benefit; unconstitutionality of the criteria of miserableness fixed by LOAS.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concessão do benefício assistencial de prestação

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba (1998), Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2007), Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012), Professor da Universidade Mackenzie, Procurador Federal em exercício na Procuradoria-Regional Federal da 3ª Região, atualmente integrando o Núcleo de Ações Prioritárias. Foi Procurador Chefe do Serviço de Tribunais em Matéria Previdenciária (2010-2011) e Chefe de Orientação da Atuação Recursal da PFE/INSS em São Paulo (2008-2009). Tem experiência na área do direito, com ênfase em Direito Público e Direito Social (Seguridade Social). Autor do Livro *O benefício assistencial de prestação continuada*. Integrante do Grupo de Pesquisa Inclusão e Seguridade Social - Mackenzie.

continuada e a discussão envolvendo a fixação da miserabilidade; 2 A decisão do STF e a fixação da miserabilidade – Paradoxo judicial; 3 A coerência do sistema de seguridade social e a Constituição; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The obtainment of continuous assistance benefits and discussion involving the criteria of misery; 2 The Supremo Tribunal Federal decision and the fixing of misery – Judicial paradox; 3 The coherence of social security system and the Constitution; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Em 18 de abril de 2013 o Plenário do Supremo Tribunal Federal reanalisou o critério de miserabilidade fixado pela Lei nº 8.742/1993 para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou idoso. Ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 580.963 e 567.985-3, bem como a Reclamação nº 4.374, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Segundo argumentou, há situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, provocada por uma “insuficiência normativa” trazida pelo critério de miserabilidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993. Nesse sentido apontou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto (Reclamação nº 4.374):

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um *estado de omissão inconstitucional* submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando *o legislador atua de forma insuficiente*, isto é, edita uma lei que *cumpra apenas de forma parcial o comando constitucional*.

Ao assim dispor, a Corte Constitucional fixou em tom forte sua postura ativista que adentra e intervém na própria definição da política pública social. Esta constatação é destacada pelo próprio Órgão Julgador, como observa textualmente o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963: “Toda a problemática enfrentada evidencia que a

política pública deve ser revista e reajustada, de modo a melhor se adequar aos comandos constitucionais”².

Mais do que atestar a invalidade de uma política pública, a decisão do Supremo Tribunal Federal ganha contorno impar na medida em que não adota “perfil aditivo”³, com indicação de regra análoga para substituição do critério de miserabilidade⁴, permitindo, assim, que a aferição de miserabilidade continue sendo apontada caso a caso pelo próprio aplicador (julgador). Neste particular, frisa-se que, apesar da Corte apontar que “[...] as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para 1/2 do salário mínimo o valor padrão da renda familiar *per capita*”, o Julgado não impôs nem tampouco estabeleceu a observância a tal parâmetro (1/2 salário-mínimo) para fins de apuração do benefício assistencial, uma vez que claramente declarou que a definição da miserabilidade deve ser feita pelos “setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo”, como deixa claro o voto do Ministro Gilmar Mendes:

É certo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a aferição de pobreza. Tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômico e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo

² Trechos do voto proferido no RE 580.963/PR.

³ Como observou o Ministro Gilmar Mendes no voto proferido na Reclamação nº 4.374, “em tema de omissão inconstitucional, o Tribunal já vem adotando, inclusive, típicas *sentenças de perfil aditivo*, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. Como se sabe, no Mandado de Injunção nº 20 (Rel. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, com o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de autoaplicabilidade. Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, DJ de 23.08.2002) e MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002). Assim, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconheceu-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional”.

⁴ Ao contrário do que tem ocorrido em decisões que declaram a inconstitucionalidade por omissões ante a “insuficiência normativa”, no caso em testilha não foi fixado critério legislativo análogo até que nova política fosse fixada por lei.

e Legislativo na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Constituição.⁵

Diante disso, o STF, ao mesmo tempo que reconhece a impropriedade do limite legal de 1/4 do salário-mínimo para fixação da miserabilidade, mantém em aberto a possibilidade de aferição da miserabilidade como consolidou a jurisprudência das demais Cortes deste País.

O presente trabalho busca fazer algumas reflexões sobre a presente decisão à luz da sistematização constitucional da seguridade social, na qual a assistência social está inserida, e o próprio caráter universalizante que define o núcleo teórico dos direitos sociais e que, por assim o ser, é o norte de qualquer política pública social.

1 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A DISCUSSÃO ENVOLVENDO A FIXAÇÃO DA MISERABILIDADE

A Constituição Federal previu casuisticamente o benefício assistencial de um salário-mínimo devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/1993) incumbiu-se de regulamentá-lo. Segundo ela, para fazer jus à proteção, deve-se cumprir dois requisitos essenciais: 1. Ser o beneficiário portador de deficiência ou idoso; e 2. Não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua própria família.

Para fins de subsunção ao segundo requisito, nos termos do que preceitua o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

Como pode ser observado, o legislador pátrio preferiu definir pobreza para fins assistenciais sob uma conceituação absoluta, ou seja, miserável é aquele que apresenta renda *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo⁶.

⁵ Trechos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.373.

⁶ Conforme já tivemos oportunidade de apontar, andou bem o legislador ao adotar o critério da falta de renda para definir a miserabilidade, uma vez que é o mecanismo mais usual pelos países e organismos internacionais para definir a pobreza e a miserabilidade (*O benefício assistencial de prestação continuada*. LTr, p. 119/120).

Atualmente, segundo o Banco Mundial (que emprega o critério da falta de renda para definição da pobreza desde 1990) aponta em situação de indigência como sendo aquela que apresenta renda por

Foi justamente neste sentido que o Supremo Tribunal Federal definiu o tema inicialmente em outubro de 1998, quando o analisou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, que restou assim ementada:

Ementa: Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso v do art. 203 da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.

Nessa ação, proposta pelo Procurador-Geral da República, argumentava-se que a disposição da norma legal limitava e restringia indevidamente o direito constitucional ao benefício assistencial.

Ao analisar a questão, este entendimento restou afastado por nossa Suprema Corte. Esta, na ocasião, não deixou dúvidas ao estabelecer que o único e exclusivo critério para aferição da miserabilidade para fins do benefício assistencial era aquele traçado pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, que atendia aos ditames do Texto Constitucional.

O Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, até que tentou traçar o entendimento de que a regra de mensuração da miserabilidade trazida pela Lei nº 8.742 não era absoluta, permitindo-se ao intérprete flexibilizá-la diante do caso concreto. Nesse sentido observou:

O § 3º do art. 20 da Lei Federal nº 8.742, de 1993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica *presunção juris et de jures*, ou seja, *dispensando de qualquer*

dia de até US\$ 1,25 dólares, e pobreza até US\$ 2,00 dólares (Disponível em: <<http://data.worldbank.org/contry/brasil>>. Acesso em: 16 jun. 2013).

No mesmo caminho definiu a ONU no projeto “Objetivos do Milênio” como situação de extrema pobreza aqueles cuja renda seja inferior a 1 dólar.

No Brasil, o Governo Federal estipulou que o indivíduo com menos de R\$ 70 (*per capita*) mensais está em extrema pobreza. São justamente estes indivíduos que estão no foco de projetos sociais do Plano Brasil sem Miséria criado em 2011.

Sobre o tema veja a notícia publicada pela Agência Brasil em março de 2013: Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2013-03-07/governo-700-mil-familias-que-vivem-na-miseria-ainda-estao-fora-dos-programas-sociais>>.

comprovação, no específico caso considerado – continuando os demais casos –, submetidos a regra geral de comprovação –, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional.

No entanto, este entendimento foi rechaçado pelo voto dos demais Ministros, como concluiu o Ministro Nelson Jobim:

Sr. Presidente, data vênua do eminente Relator, compete a lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.

Tanto isto é verdade que, mesmo sendo várias vezes instado a se manifestar sobre a questão, o STF reiterou o entendimento de que o critério de aferição da miserabilidade estatuído pela Lei nº 8.743/1993 era o único e exclusivo para definir o que seja miserável⁷.

⁷ Nesse sentido vide decisão proferida pela Ministra Ellen Graice ao julgar a Reclamação nº 2264: “Trata-se de reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou o pagamento de benefício assistencial previsto pelo inciso V, do artigo 203 da CF, a necessitado com renda familiar mensal *per capita* superior a 1/4 do salário mínimo, por considerar inconstitucional o limite inscrito na Lei nº 8.742/1993. A autarquia reclamante aponta descumprimento do conteúdo decisório encerrado na ADIn 1.232 (redator para o acórdão Min. Nelson Jobim, Plenário, maioria, DJ de 01.06.2001). A liminar foi deferida (f. 102). Nas informações prestadas, a autoridade reclamada propugnou por uma interpretação conforme da regra inserida na Lei nº 8.742/1993 que autorize a utilização de outros critérios, pelo órgão julgador, na aferição do estado de incapacidade econômica ensejador da concessão do benefício. O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da reclamação (parecer de f. 113/118). 2. Do exame destes autos verifico que a decisão impugnada adotou fundamentação contrária ao entendimento proclamado pela maioria do Plenário desta Casa por ocasião do julgamento da ADIn 1.232, consubstanciando afronta ao julgado apontado como paradigma. *Anoto que, naquela oportunidade, o Colegiado rejeitou a proposta de interpretação conforme então sugerida pelo relator, Ministro Ilmar Galvão, no sentido de que outros critérios pudessem ser utilizados para a verificação da condição de miserabilidade, além daquele inscrito no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993.* Há precedentes: RCL 2.303, de minha relatoria, Plenário, maioria, DJ de 01.04.2005; RCL 2.733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 07.12.2004; RCL 2.298, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 04.06.2004. 3. Ante o exposto, *julgo procedente a reclamação, nos termos do art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, de modo a cassar a decisão que concedeu o benefício previdenciário sem a observância do limite inscrito na Lei nº 8.742/1993.* Publique-se. Brasília, 9 de maio de 2005. Ministra Ellen Gracie Relatora”.

No entanto, ante a divergência de interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais e Turmas Recursais que incisivamente continuaram mantendo o entendimento de que “o critério de aferição da renda mensal deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e sua família” (STJ, Recurso Especial nº 868.800/SP, Rel^a Min. Maria Thereza de Assis Moura), ou seja, admitia-se a comprovação da miserabilidade por outros meios, a questão novamente chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, diante da nova composição da Corte, começou a repensar o tema. Nesse sentido observou o Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Reclamação nº 4.374/RE, já em 2007:

Tenho observado, porém, que algumas decisões monocráticas recentes têm dado tratamento diferenciado ao tema.

Os Ministros *Celso de Mello*, *Carlos Britto* e *Ricardo Lewandowski* têm negado seguimento às reclamações ajuizadas pelo INSS com o fundamento de que esta via processual, como já assentado pela jurisprudência do Tribunal, não é adequada para se reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (RCL 4.422/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.06.2006; RCL 4.133/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.06.2006; RCL 4.366/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01.06.2006).

O Ministro *Sepúlveda Pertence* tem enfatizado, quando em análise de decisões que concederam o benefício com base em legislação superveniente à Lei nº 8.742/1993, que as decisões reclamadas não têm declarado a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 dessa lei, mas dado interpretação a tal dispositivo em conjunto com a legislação posterior, a qual não foi objeto da

ADIn 1.232 (RCL 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.06.2006).

Somem-se a estas as decisões do Ministro *Marco Aurélio*, que sempre deixou claro seu posicionamento no sentido da insuficiência dos critérios definidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 para fiel cumprimento do art. 203, inciso V, da Constituição (RCL 4.164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio).

Em decisão mais recente (RCL 3.805/SP, DJ 18.10.2006), a Ministra *Cármen Lúcia* também posicionou-se sobre o assunto, em trechos dignos de nota, *verbis*:

[...]

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

Diante disso, o tema foi posto novamente ao plenário da Corte, que, em 2008, reconhece sua repercussão geral nos Recursos Extraordinários nºs 567.985 e 580.964, e na Reclamação nº 4.374.

Finalmente em abril de 2013 o Plenário do STF julgou-as, declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Como atestou a Corte Constitucional, o critério de miserabilidade apontado pela norma caracteriza-se por sua “insuficiência normativa” típica das declarações de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido (Reclamação nº 4.374):

Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a *ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado*. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de

caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um *direito à prestação em face do Estado*, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.

[...]

Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de *norma constitucional vinculante* para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um *dever constitucional de legislar*, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um *estado de proteção insuficiente do direito fundamental*. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um *postulado de proteção* (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma *proibição de proteção insuficiente* (*Untermassverbot*).

[...]

Tendo em vista o direito fundamental ao benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, parece sensato considerar a omissão legislativa parcial no tocante ao § 3º do art. 20 da LOAS. O próprio histórico da concessão judicial desse

benefício, tal como acima apresentado, demonstra cabalmente a insuficiência da LOAS em definir critérios para a efetividade desse direito fundamental. E, como já demonstrado, a omissão legislativa foi verificada pelo próprio Tribunal no julgamento da ADIn 1.232.

O fato é que, hoje, o Supremo Tribunal Federal, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida, em 1998, na ADIn 1.232. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional. A Corte tem avançado substancialmente nos últimos anos, principalmente a partir do advento da Lei nº 9.868/1999, cujo art. 27 abre um leque extenso de possibilidades de soluções diferenciadas para os mais variados casos de omissão inconstitucional.

[...]

Ressalte-se, ainda, que recentemente o Supremo Tribunal Federal reviu sua antiga jurisprudência e passou a adotar o entendimento segundo o qual existe uma *fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão* (ADIn 875, 1987, 2727, 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.04.2010). Na ocasião, o Tribunal reconheceu a omissão parcial quanto à regulamentação do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. A Corte então adotou *técnica diferenciada de decisão*, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único da Lei Complementar nº 62/1989 (Lei dos Fundos de Participação dos Estados), assegurando a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

[...]

Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para 1/2 do salário mínimo o valor padrão da renda familiar per capita. Por exemplo, citem-se os seguintes.

[...]

Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de 1/2 salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de 1/4 do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.

Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados

como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

Como já afirmado inicialmente, a Corte Suprema, apesar de declarar a inconstitucionalidade do critério, não o substitui, nem tampouco apontou critério substitutivo provisório até que ocorra a alteração legal (promovida pelos Poderes Executivo e Legislativo). Como também não rechaçou a possibilidade de que o critério de miserabilidade seja feito individualizadamente, por cada órgão jurisdicional, como fortemente fixou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, das Cortes Regionais e Turmas Recursais.

Por outro lado, reforça a necessidade de que a aferição da pobreza deva ser feita pelos Poderes Executivo e Legislativo ante a complexidade que envolve a questão. Ressaltando, no entanto, que essa modificação se concretize de “forma sistemática” para se evitar incongruências na concessão de benefícios previdenciários e assistenciais.

É justamente sobre esses dois pontos (complexidade da questão coletiva e sistematização da seguridade) que o presente trabalho busca refletir.

2 A DECISÃO DO STF E A FIXAÇÃO DA MISERABILIDADE - PARADOXO JUDICIAL

Como foi observado no tópico anterior, apesar do Supremo Tribunal Federal ter apontado a inconstitucionalidade do critério de 1/4 do salário-mínimo para fixação da miserabilidade, em momento algum apontou um substituto a este critério nem tampouco teceu qualquer comentário sobre a postura jurisprudencial de “fixação da miserabilidade diante do caso concreto”, ou seja, mesmo com a decisão continua sendo possível que cada órgão julgador fixe a miserabilidade subjetivamente.

Diante disso, a “variabilidade de critérios para a concessão do benefício assistencial”, como destacou o próprio Supremo Tribunal Federal continuará a existir, o que torna a presente decisão contraditória, além de abrir o seguinte precedente histórico: fixação individual de critério norteador de política pública social, política esta que tem como núcleo constitutivo a universalidade e a distributividade.

Para melhor demonstrar a afirmação *supra*, faz-se necessário algumas observações:

Ao apreciar o critério de miserabilidade trazido pela LOAS, o Supremo Tribunal Federal reconhece e destaca a incompetência funcional e jurídica do Poder Judiciário para delimitação do que seja miserabilidade ante a complexidade da questão. O Ministro Gilmar Mendes ressalta isso em seu voto:

É certo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a aferição de pobreza. Tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômico e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Constituição.

No entanto, a partir do momento em que conclui pela inconstitucionalidade legal do critério e não o substitui por nenhum outro, nem tampouco rechaça a possibilidade de que essa aferição seja feita individualmente por cada órgão jurisdicional à luz do cada caso concreto, o STF mantém o *status quo* anterior a esta decisão, chancelando a variedade de critérios judiciais de fixação de miserabilidade.

Veja que a fixação judicial de aferição da miserabilidade de forma casuística e variada foi lembrada pelo Ministro Relator em seu voto:

Mas as reiteradas decisões do STF não foram suficientes para coibir as decisões das instâncias inferiores na solução dos casos concretos. A inventividade hermenêutica passou a ficar cada vez mais apurada, tendo em vista a necessidade de se escapar dos comandos impostos pela jurisprudência do STF. *A diversidade e a complexidade dos casos levaram a uma variedade de critérios para concessão do benefício assistencial*, tais como os descritos a seguir:

- a) O benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, é excluído da composição da renda familiar (Súmula nº 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização);

- b) Indivíduos maiores de 21 (vinte e um) anos são excluídos do grupo familiar para o cálculo da renda *per capita*;
- c) O benefício assistencial percebido por qualquer outro membro da família não é considerado para fins da apuração da renda familiar;
- d) Consideram-se componentes do grupo familiar, para fins de cálculo da renda *per capita*, apenas os que estão arrolados expressamente no art. 16 da Lei nº 8.213/1991;
- e) Os gastos inerentes à condição do beneficiário (remédios etc.) são excluídos do cálculo da renda familiar.

Assim, ao afastar a regra legal sem supri-la com outro critério aditivo, o STF acabou por admitir que até que seja elaborado novo critério legal a fixação da miserabilidade será individual e judicial, pois será elaborada segundo critério subjetivos feitos por cada órgão jurisdicional diante do caso concreto. E mais do que isso, permitirá também que cada órgão jurisdicional continue, mesmo após uma futura legislação substitutiva, fixando a “miserabilidade” individualmente (diante do caso concreto), bastando que argumente que o novo critério não atenda à situação concreta, como reiteradamente fez a jurisprudência por todos esses anos.

Como isso, além de concretizar aquilo que repeliu (fixação pelo Poder Judiciário da aferição da pobreza), chancela a possibilidade de que critérios de fixação de políticas públicas sociais sejam definidos individualmente, sem atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos.

Tendo em vista que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações individuais (recursos extraordinários e reclamações), e se o fundamento de tais decisões era justamente a possibilidade de que o órgão julgador poderia fixar a miserabilidade à luz do caso concreto, tornava-se imprescindível que o STF analisasse a possibilidade de alteração e fixação judicial de critério definidor de política pública em ações individuais.

Ada Pellegrini Grinover, ao admitir que o Poder Judiciário interfira em políticas públicas, destaca, à luz do princípio da razoabilidade, a necessidade de conformidade ou da adequação dos meios para com os fins.

Ora, o mesmo juízo de razoabilidade (proporcionalidade) que levou o reconhecimento pelo STF da superação do critério de miserabilidade fixado pela LOAS, exigia também que a Corte abordasse a adequação entre o meio (ação individual) e o fim (declaração de inconstitucionalidade do critério de miserabilidade do benefício de prestação continuada), justamente porque no debate posto sobre o tema a jurisprudência se consolidou atestando a viabilidade de fixação individual do critério.

Como é cediço, sendo a política pública assistencial de indisfarçável caráter social, não resta dúvida de que a energia que a move é a redistribuição, bem como que seu destinatário é o ser humano concreto, ou seja, todos aqueles que se encontram na mesma situação.

Consequentemente, não há como deixar de reconhecer que os elementos constitutivos de qualquer política social são a generalidade e a universalidade, visto que não há como se pensar em redistribuição social sem uma visão do todo. *Mutatis mutanti*, juízo individual atinge de morte o núcleo dos direitos sociais e o norte de qualquer política pública em sentido geral, quebrando justamente o aspecto universalizante e geral.

Habacuque Wellington Sodré apresenta as seguintes características definidoras das políticas públicas sociais (2011, p. 6):

Portanto, observa-se que as características centrais das políticas públicas sociais são: (1) análise dos custos e dos benefícios dos meios de efetivação dos direitos sociais, ou seja, dos mecanismos de intervenção do Estado; (2) *a universalização dos benefícios concedidos, isto é, os indivíduos em iguais condições fazem jus a igual benefício, o que configura o ideal de justiça distributiva, implicando na atuação do Estado frente à globalidade daqueles que preenchem os requisitos previstos em lei e na regulação da política pública*; (3) os custos devem ser suportados por toda sociedade; (4) implicam uma atuação ou prestação por parte do Estado, por meio da colocação de serviços públicos eficientes à disposição dos administrados; e, por fim; (5) os direitos sociais têm como destinatários o

ser humano em sentido concreto, do que resulta que o ser humano só sujeito enquanto parte de um grupo, a saber, como doente, criança, idoso, trabalhador, adulto, homem, mulher, pobre, rico, buscando-se com isso garantir o ideal de igualdade substancial e não apenas a igualdade formal presente nas declarações de direitos oitocentistas. (destaquei)

Dessa forma, a partir do momento que o STF reconhece a ausência de razoabilidade da fixação do critério de miserabilidade fixado pela LOAS, declarando-o inconstitucional, deveria também analisar se há “razoabilidade” dos meios empregados (ações individuais) para o reconhecimento de “outros critérios para aferição da miserabilidade” (como reiteradamente tem feito a jurisprudência dos demais Tribunais).

Não fazendo, a Corte Suprema acabou por perpetuar uma contradição: ao mesmo tempo em que deixa a possibilidade de que a aferição de miserabilidade continua sendo feita individualmente à luz do caso concreto, atesta que

tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômicos e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Constituição o Poder Judiciário.

Contradição esta que não pode ser afastada ante a incompatibilidade entre a tutela individual e a natureza coletiva dos direitos sociais.

Ninguém diverge de que o direito social se caracteriza pela titularidade coletiva e pela busca da concretização da isonomia material. Como aponta Osvaldo Canela Junior (2009, p. 114),

os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o fornecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Logo, estes bens da vida devem ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares.

Dessa forma, há que se concluir que toda sistemática que alimenta os direitos sociais gravita sob duas regras básicas: 1. O direito de todos sobre bens coletivos; 2. A busca pela isonomia material.

A concretização/aplicação dos direitos sociais por ações individuais se contrapõe a essas duas ordens, seja porque os processos individuais são construídos para dirimir conflitos singulares, com escopo da concretização da justiça comutativa⁸, seja porque, sendo genuinamente um direito coletivo, sua definição se faz pela própria coletividade a qual está inserido. Agrega-se a isto, também, o fato de que, como a perspectiva analisada é individual, resta inviabilizada qualquer tentativa de se alcançar um tratamento desigual entre os desiguais (norte da isonomia material), visto que essa compatibilização pressupõe a compreensão da realidade coletiva (ignorado nas ações individuais)⁹.

Daí a necessidade de se observar que tais direitos não devem ser visto e apontados como “direitos subjetivos” de forma isolada e sem contextualização:

⁸ Como lembra José Reinaldo da Lima Lopes (2006, p. 199), o processo judicial tradicional caracteriza-se como instrumento hábil para dirimir conflitos de direitos individuais (divisíveis) entre partes identificadas ou identificáveis (estrutura bipolar), reportando-se a fatos passados (natureza retrospectiva). Por seu turno, os direitos sociais envolvem necessariamente direitos coletivos (bem comuns), com destaque ao caráter plurilateral do conflito (justiça distributiva) e reportando-se a fatos futuros (impingindo a realização de serviços públicos com intuito de relocação da riqueza). Como todo o sistema foi estruturado dentro da idéia do processo judicial tradicional (operacionalizado para realizar justiça comutativa), o mencionado autor destaca seis pontos que denomina “limites do Judiciário” para analisar questão envolvendo direitos sociais dentro do processo tradicional. São eles: 1. Os limites da coisa julgada; 2. Legitimação política para decidir; 3. O processo contraditório bilateral; 4. A inércia institucional; 5. O precedente, a tradição e a cultura jurídica; e 6. O aparelhamento insuficiente.

⁹ Já tivemos oportunidade de escrever (2012) o seguinte sobre a quebra da isonomia envolvendo a fixação judicial individual da miserabilidade: na discussão envolvendo a aferição da miserabilidade para fins de obtenção do benefício assistencial de prestação continuada, inclina-se majoritariamente a jurisprudência para pugnar pela definição da miserabilidade à luz do caso concreto. Justamente por isso, o grau de subjetividade impregna essa definição, levando a contradições inafastáveis quando analisado o coletivo: vide Proc. 200.61.20.007278-5 (TRF 3ª Região), em que o benefício foi deferido sendo o núcleo familiar de três pessoas e a renda do grupo de R\$ 1.642,68; ao passo que no Proc. 2000.03.99.070194-1 (TRF 3ª Região), com o mesmo núcleo familiar e renda abaixo da metade daquela (R\$ 760,00), o benefício foi indeferido. Frisa-se que a divergência de resultados ocorreu ante a diversidade de critérios utilizados pelos julgadores, uma vez que a situação concreta de miserabilidade retratada nos dois casos apontava em sentido radicalmente contrário ao desfecho concretizado nas ações.

os direitos sociais só podem ser apontados como “direitos subjetivos” quando a perspectiva coletiva prévia assim o tenha definido¹⁰.

A problematização do tema tratado pelo Supremo (análise da miserabilidade) retrata bem a impropriedade da proteção coletiva com a perspectiva da ação individual, veja:

O cerne para a ampliação da definição da miserabilidade pela jurisprudência dos Tribunais se dá justamente na necessidade de melhor proteger os miseráveis, permitindo, assim, que um maior número de pessoas efetivamente consigam a proteção do sistema assistencial.

Analisando sob a perspectiva individual, o raciocínio não merece censura. No entanto, quando a questão é abordada sob a perspectiva da coletividade, os contornos dessa maior proteção se mostra questionável.

Exemplificando: se empregado for o raciocínio desenvolvido pela jurisdição ativista, estima-se que o aporte orçamentário do benefício assistencial de 0,5% do PIB, e que hoje atinge menos que 4 milhões de pessoas¹¹, passará a comprometer o orçamento no aporte de 1,5% do PIB (mais do que o dobro do programa assistencial “bolsa-família”).

Pelo viés individual, não há dúvidas de que a interpretação dada pelo Poder Judiciário vai efetivamente proteger novos miseráveis que, pela regra legal, estariam de fora. No entanto, se agregado for a esta análise também o viés coletivo, esse raciocínio não se mostra tão evidente assim, pois se deixa o foco individual e parte para análise macro, da proteção assistencial social como um todo, integrando novos argumentos, inclusive no que diz respeito à interação entre as diversas políticas públicas de proteção à miserabilidade: concomitante com o benefício de prestação continuada, a assistência social trabalha também

¹⁰ Para a delimitação de um direito individual social, faz-se necessário a conjunção do binômio direito subjetivo – bem comum. Como consequência, “ninguém pode operar distribuições sem considerar o conjunto inteiro dos possíveis candidatos à fruição do benefício que será distribuído. Ao menos, ninguém pode fazê-lo sem que se perca a racionalidade da operação distributiva, ou sem que se obtenham resultados finais indesejados sob o ponto de vista da racionalidade que se quis aplicar” (Veríssimo, p. 112). Até porque só se pode dizer o que pode ou deve ser apropriado (direitos subjetivo) quando se tem a exata compreensão do que se tem (bem comum).

Nas ações individuais, como o foco da questão é apresentada apenas e tão somente sob a perspectiva subjetiva, inexistente qualquer análise do aspecto objetivo (interesse da coletividade). O bem da vida buscado e delineado nas ações individuais é o bem particular (direito subjetivo) e não o bem comum. Consequência: define-se um direito plurilateral pela perspectiva individual.

¹¹ Segundo dados do IPEA, até 2011 o número total de beneficiários era de 3.863.503.

com outro instrumento de proteção social que é o bolsa-família (por exemplo), e que tem sido destacado como um dos principais instrumentos de combate à miséria brasileira¹².

Apenas para apontar a complexidade da análise quando abordado pelo viés coletivo, cumpre destacar que, em termos financeiros, o bolsa-família compreende hoje 0,6% do PIB, e protege quase 14 milhões de famílias¹³.

Ora, se analisado sob a ótica coletiva, principalmente comparando a coletividade protegida pelos dois sistemas, o gasto orçamentário, e a própria eficácia dos dois mecanismos de proteção da assistencial social, verifica-se que a resposta apresentada pelo Poder Judiciário nas ações individuais envolvendo os benefícios assistenciais de prestação continuada não consegue analisar qual realmente é a melhor efetivação dos valores protegidos pela assistência social, e de qual seria o melhor para a coletividade (uma ampliação do sistema do benefício de prestação continuada, sobrepondo ao gasto financeiro do bolsa-família é mais eficaz para se combater a miserabilidade da sociedade brasileira? O aparato financeiro que será dispensado com a flexibilização do conceito de miserabilidade para o benefício assistencial, ainda que só judicialmente, está justificado e se mostra mais legítimo com a política assistencial pública?¹⁴).

Diante desse contexto, faz-se necessário concluir que a análise judicial é fragmentada, restringindo-se ao caso concreto, sendo afastada a perspectiva de que direitos sociais exigem (re)construção, reforma social, especificamente justiça social.

É por isso que se fazia necessário que, mais do que apontar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, o Supremo Tribunal analisasse a razoabilidade na possibilidade e permanência da fixação

¹² Segundo relatório das Organizações das Nações Unidas, o programa assistencial bolsa família tem merecido destaca dentre os programas mundiais de combate e enfrentamento da miséria em razão de seus resultados (Disponível em: <<http://www.onu.org.br/desigualdades-na-area-da-saude-persistem-no-brasil-aponta-organizacao-mundial-da-saude>>. Acesso em> 10 out. 2012).

¹³ Segundo relatório divulgado no site do Ministério do Desenvolvimento Social, "O Programa Bolsa Família (PBF) beneficiou, no mês de setembro de 2012, 13.724.590 famílias, que receberam benefícios com valor médio de R\$ 136,62. O valor total transferido pelo governo federal em benefícios às famílias atendidas alcançou R\$ 1.875.032.856 no mês (Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIV3/geral/relatorio.php#>>).

¹⁴ O caso em testilha deixa bem claro que, além de não resolver a desigualdade buscada pelos direitos sociais, ela também pode interferir de forma concreta em toda a política pública definida e trabalhada da coletividade.

da miserabilidade por critérios variados feitos em ações individuais como consolidou a jurisprudência dos demais Tribunais.

3 A COERÊNCIA DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO

À luz da definição constitucional (art. 194), pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro de seguridade social compreende três subsistemas: previdência, assistência e saúde.

O subsistema de assistência social preocupa-se com o hipossuficiente, ou seja, aquele que se encontra impedido de integrar o mercado de trabalho e, conseqüentemente, não apresenta condições mínimas para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por seus familiares (situações atuais de necessidade/indigência).

Dessa forma, o sistema assistencial é um típico instrumento a tutelar uma situação de penúria ou necessidade, ou seja, indigência. Esta indigência pode ser consequência específica ou conjunta de duas classes de causas: 1. *Causa individual*: decorrente da existência de limitações físicas ou intelectuais inerentes ao indivíduo, de caráter permanente ou temporal; 2. *Causa social*: decorrente de desequilíbrio próprio de toda a coletividade – destruição bélica, depressão econômica, discriminações raciais, etc.

Justamente para afastar este estado de penúria, o homem, ao longo do seu desenvolvimento, criou gradativamente formas para tutelar essas situações ruinsas, que são: a assistência prestada pela família (*assistência familiar* – nisto se retira o próprio dever de alimentos entre seus membros), por grupos ou pessoal de forma espontânea e circunstancial (*assistência particular* – nada mais é do que a caridade feita pelo particular) e, por fim, pelo próprio Estado (*assistência pública/social*).

Conclui-se, assim, que a assistência compõe-se de três espécies: assistência familiar, assistência particular e assistência pública.

O princípio da subsidiariedade no campo assistencial vem justamente ressaltar e hierarquizar a atuação dessas várias espécies de assistência. A atuação do sistema assistencial mais complexo (estatal) só ocorrerá quando os menores (família e privado) não se mostrarem aptos o suficiente. Por esse motivo é que se pode afirmar que a assistência social pública é *duplamente subsidiária*, ou seja, é subsidiária em relação aos outros subsistemas de seguridade (previdência e

saúde) e também em relação à assistência privada (ausência do auxílio familiar e particular).

Nesse sentido ressalta Zélia Luiz Pierdoná (2008, p. 241):

A segunda face divide-se em previdência social e assistência social, sendo que esta é subsidiária daquela, ou seja, teremos assistência apenas quando o indivíduo não está protegido pela previdência, a qual, em sua essência, visa à garantia de recursos ao trabalhador e seus dependentes quando da ausência de capacidade laboral. Já a assistência objetiva a proteção aos necessitados, ou seja, os que não são nem segurados nem dependentes da previdência e, além disso, não possuem a proteção familiar (assistência privada).

O viés subsidiário do sistema assistencial em relação à previdência vem expressamente apontado pelo constituinte que define como fundamento da ordem social o primado do trabalho: se o que move a ordem social é o trabalho, e se os titulares da proteção previdenciária são os trabalhadores, só haverá assistência àqueles que não consigam trabalhar ou prover a sua própria subsistência. Até porque a lógica de proteção social é a autoproteção.

No mesmo diapasão, reforça este mesmo constituinte ao estabelecer que o benefício assistencial de prestação continuada só será devido àqueles “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou *de tê-la provido por sua família*” (art. 203, inciso V, da CF – grifo nosso).

Pode-se, portanto, afirmar que qualquer sistema de assistência social público será necessariamente subsidiário, por ser imprescindível a ausência da proteção individual. Por consequência, as ações estatais não excluem as demais (família e sociedade); ao revés, as primeiras devem ser vistas como mecanismo subsidiário de complementação e substituição, que só virá à tona se os demais subsistemas se mostrarem inábeis.

Diante disso, tem-se que concluir necessariamente que qualquer política pública assistencial ou de seguridade social como um todo deva estar atrelada à subsidiariedade do sistema delineado constitucionalmente.

Pois bem. Se a assistência social deve ser subsidiária à Previdência, não se pode admitir qualquer política pública que estimule a assistência social em detrimento da previdência, sob pena de quebra do eixo subsidiário que constitui

a seguridade e, mais, a próprio princípio motor que liga toda a ordem social, qual seja, o primado do trabalho.

A necessidade de que o sistema seja “consistente e coerente” é destacada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, ao abordar especificamente a regra estabelecida no art. 34 do Estatuto do Idoso¹⁵.

No entanto, a pretexto de reiterar a necessidade de tratamento da matéria “de forma sistemática”, apontando a necessidade de alteração legislativa, ao concluir pela inconstitucionalidade do critério de 1/4 para fixação da miserabilidade, acaba por potencializar essa incoerência.

Assim veja:

Todo o sistema de previdência social está calcado na ideia de seguro social: protege-se o trabalhador com a concessão de um benefício que substitui seu salário.

Se previdência é substituição de remuneração e se coloca de forma sobreposta ao sistema assistencial, uma primeira conclusão deve ser feita: não há como equiparar o montante recebido pelo trabalhador com aquele auferido pelo beneficiário da política assistencial. Qualquer equiparação nesse sentido atinge de morte a ideia de subsidiariedade desses sistemas.

Pois bem. A Constituição insere em seu núcleo ideológico a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, promovendo sempre o bem de todos (art. 3º, incisos III e IV). Em outro viés, reconhece como direito social a todo cidadão a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência ao desamparado, na forma desta Constituição (art. 6º).

¹⁵ Ao abordar o art. 34 do Estatuto do Idoso, observa o Ministro Gilmar Mendes:

“Registre-se, ainda, que, conforme esse mesmo art. 34 do Estatuto do Idoso, o benefício previdenciário de aposentadoria, ainda que no valor de um salário mínimo, recebido por um idoso, também obstaculiza a percepção de benefício assistencial pelo idoso consorte, pois o valor da renda familiar per capita superaria 1/4 do salário mínimo definido pela Lei nº 8.742/1993 como critério para aferir a hipossuficiência econômica, já que benefícios previdenciários recebidos por idosos não são excluídos do cálculo da renda familiar.

Em consequência, o sistema acaba por desestimular a contribuição à previdência social, gerando ainda mais informalidade, o que atesta a sua incongruência. Pessoas com idade superior a 50 anos, com baixa qualificação e reduzidas chances no mercado de trabalho são candidatas a receber benefícios assistenciais. Portanto, parece ser bastante racional não contribuir para a previdência, nessas condições, até porque o custo das contribuições para o trabalhador é elevado.” (p. 37)

Pergunta-se: Será que esse raciocínio não reforça a ideia sem sentido contrário: devemos restringir o benefício assistencial justamente para não tornar o sistema ainda mais incompatível?

Ora, ante o apresentado pelo art. 6º, pode-se concluir que este dispositivo exerce a função básica de explicitar o conteúdo dos direitos sociais.

Justamente em razão deste emaranhado de direitos e seguindo a orientação traçada na parte final do art. 6º, o Texto Maior, no art. 7º, inciso IV, estabelece que *ao trabalhador será assegurado um salário cujo valor mínimo deva “atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família”* e, como necessidades vitais básicas define o próprio constituinte aquelas despesas necessárias “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Percebe-se a vinculação estabelecida pelo Constituinte entre o salário-mínimo com os benefícios pecuniários previdenciários e assistenciais. Nesse contexto, colocam-se os arts. 201, § 5º, e 203, inciso V, da Constituição Federal.

Consequentemente, se o salário-mínimo busca satisfazer “as necessidades vitais” do trabalhador e da sua família, uma conclusão pode ser extraída: a mensuração de miserabilidade deverá necessariamente estar abaixo desse mínimo, visto que esta quantia se destina a prover não só a vida do próprio trabalhador, *mas também a dos membros de sua família*.

A Constituição Federal entrelaça o salário-mínimo para delimitação não só do sistema previdenciário, mas também do sistema assistencial, de caráter constitucionalmente subsidiário, ao mesmo tempo em que aponta a extensão jurídica de proteção do salário-mínimo não só para a vida do próprio trabalhador, mas também para a satisfação das necessidades de “sua família”, necessariamente exige e exigirá que qualquer legislação que defina uma política pública de assistência social seja fixada bem *a quem* do salário-mínimo, sob pena de afastar a “consistência” e a “coerência” do sistema, como destacou o Ministro Gilmar Mendes.

A regra trazida pelo Estatuto do Idoso (art. 34) em 2004 caminhou para essa incongruência, ao admitir a exclusão, para aferição da miserabilidade, de outro benefício assistencial recebido, visto que, em via transversa, relativizou o critério de miserabilidade e, pior, quebrou o caráter subsidiário do sistema assistencial, dando tratamento privilegiado em detrimento daquele que efetivamente trabalhou e contribuiu (já que o trabalhador que estava aposentado tinha seu benefício considerado para fins de apuração *per capita* da miserabilidade).

Essa “incoerência” do sistema se amplifica com a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade, impulsionando a

majoração do valor e subjetivando o critério de constatação a ponto de equiparar trabalhador protegido pela previdência com benefício da assistência social.

Pergunta-se: Partindo do dado da realidade que a grande massa de protegidos pelo sistema previdenciário recebe benefício de valor próximo do mínimo legal¹⁶, por qual razão um trabalhador de meia-idade irá contribuir para o sistema previdenciário se, ao completar 65 anos (mesma idade para a aposentadoria), poderá postular e obter um benefício assistencial? Qual o estímulo que há para os trabalhadores saírem da informalidade ante a uma política assistencial que quase se equipara com a política previdenciária de proteção básica?¹⁷

Daí porque a incoerência na decisão que afasta o critério legal de miserabilidade ao mesmo tempo que determina a atenção do legislador para a coerência do sistema como um todo.

Pois bem. Se realmente pelos argumentos expostos pelo Supremo Tribunal Federal se constata que a miserabilidade não está sendo tutelada com a efetividade exigida pelo sistema constitucional, onde estará então o problema da insuficiência de proteção assistencial?

O problema não está no critério nem tampouco no índice empregado pela Lei nº 8.742/1993, mas na referência apontada constitucionalmente (salário-mínimo) para definir essa proteção.

O ponto nevrálgico é o valor do salário-mínimo, que não consegue alcançar e efetivar os direitos com os quais está vinculado constitucionalmente. Tanto que, se dado for ao salário-mínimo o valor que realmente ele seria correto, a discussão do critério de miserabilidade mostraria inócua e sem sentido, veja:

Segundo o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), o salário-mínimo no mês de maio deveria ser fixado no valor de R\$ 2.876,36¹⁸ para ser compatível com os fins a que se destina. Pergunta-se:

¹⁶ O valor médio dos benefícios ativos em dezembro de 2011 foi de R\$ 800,95 (Anuário Estatístico da Previdência Social - Ano 2011. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>).

¹⁷ Segundo o censo demográfico feito pelo IBGE em 2010, 23,22 milhões de trabalhadores estavam fora da proteção do sistema previdenciário apesar de exercerem atividade laboral. Destes 13,25 milhões ganham menos ou igual a um salário mínimo por mês (Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/20_120731-134253-978.pdf>).

¹⁸ Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

Partindo-se desse valor, quem contestaria a afirmação de que miserável estaria muito bem definido como sendo aquele que possui renda inferior a R\$ 719,09 (1/4 do valor fixado pelo Dieese)?

Assim, a flexibilização dada pela Suprema Corte ao critério de miserabilidade, na verdade, a pretexto de galgar uma potencialização da proteção assistencial em favor dos idosos e deficientes, na verdade, acaba por reforçar a “inconsistência” e “incoerência” do sistema de seguridade social como um todo, potencializando a proteção assistencial em detrimento da proteção previdenciária.

Ora, para que haja a coerência e a consistência dos sistemas de previdência e assistência, necessariamente a “potencialização” dessa proteção exigiria a ampliação da assistência na mesma proporção da previdência, e isso só é possível com a alteração substancial do salário-mínimo, na medida em que esse é a referência constitucional não são para delimitação da política constitucional assistencial como também previdenciária.

Dessa forma, a equação que dá coerência ao sistema previdência-assistência foi definida pelo próprio constituinte ordinário, fórmula esta atrelada ao salário-mínimo. Qualquer investida em um dos sistemas de seguridade buscando uma ampliação de proteção necessariamente, para que seja efetiva e coerente, deverá partir da referência que a fundamenta (salário-mínimo). Qualquer raciocínio em sentido inverso é potencializar e reforçar a incoerência que já vem sendo perpetuada pela própria legislação, que ignora a ideia de unidade e organização que fundamenta qualquer sistema.

CONCLUSÕES

Ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 580.963 e 567.985-3 e a Reclamação nº 4.374, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 3º art. 20 da Lei nº 8.742/1993, reconhecendo sua insuficiência normativa frente à realidade atual e impôs a revisão e alteração da política pública para melhor se adequar aos comandos constitucionais.

Mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade do critério, a decisão não se colocou com “perfil aditivo”, apontando critério substitutivo ou fixando prazo de validade da norma inconstitucional até que outra fosse elaborada. Como destacou, o critério a ser fixado deverá ser feito pelos Poderes Executivo e Legislativo, a quem compete “avaliar a conveniência política e econômica de valores que

podem e devem servir de base para a aferição de pobreza”, observando “a matéria de forma sistemática”¹⁹.

Dispondo e reconhecendo o grau de complexidade para se aferir a pobreza, o Supremo Tribunal Federal mantém a possibilidade de que a mensuração da miserabilidade seja definida por critérios pessoais do julgador e diante do caso concreto, sem, contudo, analisar a razoabilidade e a própria universalidade e distributividade que lastreia qualquer juízo de política pública social. Não menos reforça a inconsistência e incoerência do sistema constitucional, uma vez que quebra a equação que rege constitucionalmente o sistema de seguridade social.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese de Doutorado pela Faculdade de Direito da USP, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *As garantias do cidadão na justiça*. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. O processo – Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*. Teoria e prática. 1. ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁹ Trechos extraídos do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4347.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz Marques. *O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Ativismo judicial e concretização dos direitos de seguridade social. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. O princípio da subsidiariedade na assistência social. *Revista EPD*, n. 5, p. 91-113, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis na atualidade – Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácio*. Org. Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIERDONÁ, Zélia. A proteção social na Constituição de 1988. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, v. 1, p. 237-249, 2008.

RAMOS, Erival da Silva. Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional. Tese (provimento ao cargo de professor titular). São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODRÉ, Habacque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 200, p. 279, out. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2006.

A DUPLA FILIAÇÃO REGISTRAL COMO SOLUÇÃO PARA OS CONFLITOS ENTRE O BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO E A SUA REPERCUSSÃO NOS DIREITOS PATRIMONIAIS E NÃO PATRIMONIAIS INERENTES À FILIAÇÃO

A DOUBLE REGISTRAL MEMBERSHIP AS SOLUTION FOR THE CONFLICT BETWEEN BIOLOGICAL SOCIOAFFECTIVE AND ITS IMPACT ON THE PATRIMONIAL AND NO PATRIMONIAL RIGHTS INHERENT TO MEMBERSHIP

Elizângela Treméa Fell¹

Professora da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP

Michelle Cristina Kunzler²

Graduanda do 4º ano de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – *Campus* Marechal Cândido Rondon/PR

RESUMO: O tema central deste artigo é a filiação socioafetiva, relação entre pais e filhos que se baseia exclusivamente no afeto, não importando se existe ou não vínculo sanguíneo entre eles. O objetivo é descobrir qual é o posicionamento do Poder Judiciário, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, quando há o conflito entre a filiação biológica e socioafetiva, bem como a sua repercussão nos direitos patrimoniais e não patrimoniais inerentes a essa forma

de filiação. Para alcançar esse objetivo, é necessário compreender o que vem a ser a filiação socioafetiva, quais são as suas espécies e os elementos que devem estar presentes para que seja identificada essa filiação. Em análise das situações concretas, percebe-se que é fundamental a observância dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, dando prioridade ao desejo e interesse deste. Esses princípios também orientam

¹ Advogada, Doutora pela PUC/SP, Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Coordenadora do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude – NEDDIJ, Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Hermenêutica das Ciências e Soberania Nacional – CNPQ, Marechal Cândido Rondon/PR, Brasil. *E-mail:* elizangelatremea@hotmail.com.

² Bolsista do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) – Programa Universidade sem Fronteiras. Marechal Cândido Rondon/PR, Brasil. *E-mail:* mikunzler@yahoo.com.br.

o magistrado para que julgue conforme o que for melhor para a criança/adolescente, e não de acordo com o que for mais benéfico para os pais, considerando sempre o grau de afetividade entre pais e filhos. Assim, grande parte da jurisprudência vem entendendo pela prevalência da filiação socioafetiva sobre a biológica quando há uma forte ligação de afeto entre o filho e o pai ou a mãe socioafetiva. Há, contudo, uma nova corrente jurisprudencial que tem começado a admitir o reconhecimento da dupla paternidade – biológica e socioafetiva, autorizando o acréscimo do nome de ambos os pais no registro civil da criança. Esse acréscimo na certidão trará enormes benefícios para a criança, pois terá todos os direitos patrimoniais e não patrimoniais que decorrem do reconhecimento da filiação. Quanto aos direitos patrimoniais, alimentícios e sucessórios, ainda não se tem um posicionamento jurisprudencial se serão estendidos a ambos os pais ou não, porém a doutrina já começa a ter um pensamento favorável à extensão desses direitos a todos os pais constantes na certidão de nascimento, analisando essa perspectiva sob a ótica do melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação socioafetiva; melhor interesse da criança; dupla paternidade; direitos patrimoniais e não patrimoniais.

ABSTRACT: *The central theme of this article is socioaffective affiliation, relationship between parents and children that is based solely on affection, no matter whether or not blood bond between them. The goal is to find out what the position of the judiciary, through a literature review and case, when there is conflict between the biological and socio-affective affiliation, as well as its impact on patrimonial and no patrimonial rights inherent to this way of membership. To achieve this goal it is necessary to understand what is socioaffective membership, what are their species and the elements that must be present for this affiliation be identified. In the analysis of concrete situations, one realizes that it is essential to observe the principles of affection and the best interests of the child and adolescent, giving priority to their desire and interest. These principles also guide the magistrate to judge what is best for the child/adolescent, and not according to what is most beneficial for parents, always considering the degree of affection between parents and children. Thus jurisprudence have been choosing the prevalence of socioaffective affiliation instead of biological when there is a strong bond of affection between socioaffective father and son or mother. There is, however, a new jurisprudence current that has begun to admit the acknowledgment of double – biological and socio-affective paternity, allowing the addition of the name of both parents in the civil registry of the child. This increase in the certificate will bring enormous benefits to the child, it will have all the property and property rights arising from the recognition of membership. Regarding property rights, food and inheritance, still do not have a jurisprudential position will be extended to both parents or not, but the doctrine is beginning to have a thought in*

favor of extending these rights to all parents listed on the birth certificate, examined this perspective from the viewpoint of the child's best interest.

KEYWORDS: *Socioaffective membership; best interests of the child; dual parentage; property and non-property rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de filiação; 2 Filiação socioafetiva; 3 Princípio da afetividade; 4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 5 As filiações socioafetivas e biológicas nos Tribunais; 6 Consequências da dupla filiação registral; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Concept of membership; 2 Socioaffective membership; 3 Principle of affection; 4 Principle of the best interest of the child and adolescent; 5 The social-biological affiliations in courts; 6 Consequences of registral dual membership; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a família era constituída apenas pelo casal e seus filhos biológicos. Com a entrada em vigor da Carta Magna e juntamente com as transformações sociais, a noção de família foi, aos poucos, redefinida e ampliada, passando agora a aceitar também relações monoparentais, homossexuais, entre outras. Além disso, o direito de família passou a reconhecer juridicamente os filhos oriundos de relações extraconjugais, adotados, frutos de inseminação artificial heteróloga, ou seja, os denominados filhos socioafetivos, que se vinculam aos pais por meio de uma relação socioafetiva. Esse vínculo é o que caracteriza a filiação ou a paternidade socioafetiva.

Utilizando-se o método dedutivo, através de revisão bibliográfica e da consulta à jurisprudência, o presente artigo tem como objetivo apresentar os principais aspectos referentes à filiação socioafetiva, tais como conceituação, caracterização e espécies, e descobrir qual é o posicionamento da jurisprudência a respeito desse tema.

Inicialmente, faz-se uma breve descrição da questão da filiação, trazendo suas recentes mudanças na legislação brasileira, bem como o entendimento de alguns doutrinadores a respeito de sua conceituação e distinção em filiação jurídica, biológica e socioafetiva. Em seguida, é abordada a definição de filiação socioafetiva e a nova visão sobre a paternidade e a família, que passam a se basear no sentimento de afeto entre pais e filhos. Posteriormente, discorre-

-se a respeito da posse de estado de filho, que deve estar presente na relação entre pai e filho para que se identifique e caracterize a filiação socioafetiva. Também são abordadas as espécies dessa nova filiação. Após isso, discorre-se brevemente sobre os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança, fundamentais na discussão sobre a paternidade. Em seguida, é apresentado o entendimento dos Tribunais a respeito da filiação socioafetiva e a solução atual que os magistrados estão dando para o conflito entre as paternidades biológica e socioafetiva, ou seja, a dupla filiação no registro civil. Por fim, disserta-se sobre quais seriam as possíveis consequências dessa modificação no registro civil da criança.

1 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Etimologicamente, filiação significa uma “[...] relação social de parentesco entre genitor, ou genitora, e progenitura [...]” (Ferreira, 2009, p. 897). Mesmo assim, no entanto, para o Direito, a ideia de filiação é um pouco mais ampla e vem sofrendo alterações conforme as relações familiares vão se modificando.

Até recentemente, a ideia de filiação estava intimamente ligada ao matrimônio e baseava-se exclusivamente no aspecto biológico. A filiação era dividida em legítima ou ilegítima, conforme o filho fosse oriundo do casamento ou não. Segundo Monteiro (2004, p. 301):

[...] os filhos ilegítimos classificavam-se em naturais e espúrios. Eram havidos como naturais (*naturalis tantum*) quando nascidos de homem e mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial (*ex soluto et soluta*); espúrios, quando nascidos de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção.

Somente com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 os filhos considerados ilegítimos ganharam reconhecimento jurídico e foram iguados aos legítimos (art. 227, § 6º, da CF)³, sendo vedada qualquer discriminação entre eles e possuindo todos os mesmos direitos. Posteriormente, o Código Civil de 2002 reafirmou esse direito à igualdade entre os filhos, dispondo que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 1.596 do CC).

³ Art. 227, § 6º, da CF: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O novo Código também ampliou a noção de filiação, ao afirmar que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem” (art. 1.593 do CC). A inserção do termo “outra origem” abriu possibilidades de se aceitar a filiação não só decorrente do vínculo biológico, mas também de outras modalidades, como a filiação socioafetiva.

Para Dias (2011, p. 364), a filiação, atualmente, “[...] é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e atribui reciprocamente direitos e deveres”. Não há mais a necessidade de existir um vínculo consanguíneo para se caracterizar a filiação, que passou a ser:

[...] a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e ss.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga. (Diniz, 2011, p. 478-479)

A filiação pode ser distinguida em três critérios: jurídico, com a presunção do vínculo parental previsto no Código Civil; biológico, representado pelo vínculo consanguíneo; e socioafetivo, baseado nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, onde o pai ou a mãe exerce essa função independentemente de existir ou não vínculo sanguíneo.

Lôbo (2000) acredita que “[...] na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade”.

A realidade jurídica atual da filiação não se baseia mais, portanto, somente nos laços biológicos, mas no sentimento de afeto que une pais⁴ e filhos, e se manifesta de modo subjetivo perante o grupo social e a família (Gonçalves, 2006, p. 265).

2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Há alguns anos, com o desenvolvimento da sociedade e o surgimento de novas formas de família, o fator consanguíneo deixou de ser o motivo predominante para a formação da família. Quando a opinião prevalente da

⁴ Para fins de melhor compreensão do trabalho, os termos “pai” e “paternidade” devem ser entendidos em seu sentido mais amplo, abrangendo ambas as figuras, seja a paterna, seja a materna.

sociedade passou a considerar estruturas não constituídas pelo matrimônio como espécies de entidades familiares, a afetividade passou a ser vista como elemento constitutivo da família (Dias, 2011, p. 365).

Todas essas mudanças na sociedade fazem com que o direito seja repensado e readaptado para atender aos anseios dessas novas estruturas familiares. Então, em vista desse repensar, uma das mais importantes renovações do direito foi a aceitação da filiação socioafetiva, tendo em vista as novas concepções de entidade familiar, baseadas no afeto. Conforme Dias (2011, p. 403-404):

A maior atenção que começou a se conceder à vivência familiar, a partir do princípio da proteção integral, aliada ao reconhecimento da posse do estado de filho, fez nascer o que se passou a chamar de *filiação socioafetiva*. Assim, em vez de se buscar a identificação de quem é o pai ou de quem é a mãe, passou-se a atentar muito mais ao interesse do filho na hora de descobrir quem é o seu pai “de verdade”, ou seja, aquele que o ama como seu filho e é amado como tal.

Quanto ao entendimento do que é a filiação socioafetiva, Costa (2007) entende ser “[...] uma relação jurídica de afeto com o filho de criação, como naqueles casos que mesmo sem nenhum vínculo biológico os pais criam uma criança por mera opção, velando-lhe todo amor, cuidado, ternura, enfim, uma família, em tese, perfeita”.

Já Dias, em seu artigo intitulado *Filhos do afeto*, compreende a filiação socioafetiva como uma “[...] relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar” (Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_do_afeto%281%29.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013).

A paternidade, dessa forma, não abrange somente os pais que geram, mas também, e principalmente, os que, embora não possuam esse vínculo biológico, cuidam, dão amor, afeto, carinho, atenção, educação, ou seja, atendem a todas as necessidades da criança ou do adolescente.

Nesse sentido, Fachin, citado pela ministra do STJ Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 878941/DF, argumenta que

[...] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência.

Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social.

Compartilhando da mesma ideia, Donizetti (2007, p. 15) afirma que

[...] pai não é apenas aquele ligado por um laço biológico. [...] Pai é aquele ligado pelos intensos e inesgotáveis laços de afeto. Aquele que cuida, protege, alimenta, educa, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança, dando-lhe o suporte necessário para que se desenvolva como ser humano.

Ao se admitir que a paternidade também se dá pelo vínculo afetivo, por essa ligação subjetiva entre pais e filhos, estão sendo ampliados os horizontes do que é considerado família pelo Direito. Assim, a família passa a ter o afeto como elemento essencial, como declara Dias em seu artigo intitulado *Novos tempos, novos termos*:

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns. Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. (Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_novos_tempos_-_novos_termos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013)

Dessa forma, a relação consanguínea deixa de ser o ponto principal de caracterização da família, dando lugar ao sentimento nobre do afeto. Não é mais necessário estar casado ou manter uma relação sexual para chamar alguém de filho, principalmente com as novas técnicas de inseminação artificial. Com isso,

novas concepções de família começam a ser aceitas no Direito, baseando-se exclusivamente na afetividade, como a monoparental, formada pelo filho e um dos pais (que pode ser biológico ou não), e a homoafetiva, em que há a união de pessoas do mesmo sexo.

2.1 POSSE DE ESTADO DE FILHO

Para que seja reconhecida a filiação socioafetiva, é necessário que esteja presente a posse de estado de filho. Esta é definida por Boeria (apud Donizetti, 2007, p. 16) como “[...] uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”. Já, para Dias (2011, p. 71), “[...] nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado”.

Para que se caracterize a posse de estado de filho, é fundamental a identificação de três elementos essenciais: *tractus*, *fama* e *nomen*. O primeiro refere-se ao tratamento de filho, pois o filho deve ser tratado como tal, recebendo dos pais assistência moral, material e intelectual; o segundo elemento trata da relação pai/mãe e filho, que deve ser pública, notória, conhecida pela sociedade; o último elemento é o *nomen*, que se caracteriza pelo uso do nome da família pela criança/adolescente. Esse elemento, porém, é considerado dispensável pela doutrina, pois

[...] o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado. (Boeira apud Cardin e Wysoski, 2009, p. 586)

Apesar de constarem na doutrina esses três elementos para se identificar o estado de posse de filho, na análise do caso concreto podem ser utilizados outros meios para identificar esse estado. De acordo com Fachin (1992, p. 156), “[...] é sabido que estes são os principais dados formadores daquele conceito, mas nem a doutrina nem o legislador se arriscam em dar um rol completo ou definição acabada dos fatos aptos a constituí-lo”.

Dessa forma, o rol de elementos caracterizadores do estado de posse de filho é considerado meramente exemplificativo, devendo ser analisado cada caso concreto para poderem ser determinados os seus elementos identificadores.

2.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva pode ser dividida em cinco espécies, quais sejam: adoção judicial, adoção à brasileira, a hipótese de “filho de criação”, o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade, e a adoção no caso de inseminação artificial heteróloga (Cardin e Wysoki, 2009, p. 583-585).

A adoção judicial, conforme Wald (2002, p. 167), “[...] é um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”, ou seja, é um ato jurídico de vontade que independe do fator fisiológico envolvido entre o menor e os adotantes. Essa adoção, desde que reconhecidos alguns requisitos previstos em lei, atribui ao adotado, por meio de uma decisão judicial, a condição de filho, tendo este todos os direitos previstos aos filhos biológicos.

A chamada adoção à brasileira ocorre quando há uma “[...] declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção” (Lôbo, 2000, p. 514). Ou seja, é o registro de uma criança como se filho/a fosse, sem cumprir as formalidades da lei.

Essa espécie de filiação é considerada crime, segundo o art. 242 do Código Penal brasileiro. Mesmo legalmente identificado como crime, esse tipo de adoção não é, contudo, encarado como tal pela população brasileira em geral, pois, apesar de não possuírem vínculo consanguíneo, forma-se, entre o/a menor e o suposto pai (ou mãe) uma relação intensa de amor e afeto, tornando-se relação benéfica para a criança/adolescente. Por isso, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a jurisprudência tem permitido essa espécie ilegal de adoção.

Os chamados “filhos de criação” são aqueles que não possuem vínculo biológico ou jurídico com seus pais, que os criam por mera opção. É uma relação ligada somente pelo afeto, onde os pais possuem apenas a guarda de fato, ou seja, não há registro de que esse indivíduo seja filho/a dos que o criam nem existe vínculo biológico entre eles.

O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade é identificado quando alguém registra espontaneamente uma pessoa como

seu/sua filho/a no Cartório de Registro Civil, não sendo necessária nenhuma comprovação genética para que ocorra tal registro. Após esse reconhecimento espontâneo, não será mais possível sua invalidação por aquele que reconheceu a paternidade/maternidade, salvo se comprovado dolo, coação, erro ou fraude.

A última espécie de filiação socioafetiva é a inseminação artificial heteróloga, que ocorre quando tanto o óvulo quanto o espermatozoide são oriundos de terceiros. Se há a prévia autorização do marido, a filiação socioafetiva é presumida, não podendo, futuramente, permitir-se a investigação da paternidade do filho gerado por essa inseminação.

Se, contudo, a fertilização ocorrer com apenas um dos gametas doados por terceiro, será considerada inseminação homóloga, existindo uma filiação biológica para um dos pais e socioafetiva para o outro.

3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Entende-se por afeto, termo originário do latim *affectus*, segundo Póvoas (2012, p. 25-26), “[...] um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos”. Além disso, “[...] se caracteriza pelos atos do dia a dia. Pela exteriorização dos sentimentos de cuidado e zelo. Pelas demonstrações espontâneas de carinho e cuidado” (Póvoas, 2012, p. 30).

Já Madaleno (2008, p. 66) define afeto como sendo “[...] a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

Com as mudanças nas estruturas familiares, o afeto começou a receber a atenção do Direito, passando a ser considerado “[...] o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do texto maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana” (Tartuce e Simão, 2010, p. 45).

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello (ADIn 4277/DF, julgada em 05.05.2011), o reconhecimento do afeto pode ser considerado como o novo paradigma no plano das relações familiares no que tange ao estabelecimento de direitos e deveres oriundo do vínculo familiar.

Mesmo assim, contudo, afeto não se confunde com afetividade, sendo o primeiro elemento tomado como básico do segundo. Para Santos (2011, p. 73), “[...] a afetividade é conjunto dos afetos – emoções, sentimentos e paixões – que

compõem a esfera afetiva do psiquismo [...] e desenvolve-se ao longo da vida, formatando a personalidade e projetando os seres humanos para a vida em sociedade”.

Welter (2012, p. 133) expande esse conceito de afetividade, afirmando que esta

[...] não é somente o direito de amar, de ser feliz, mas também o dever de compreender e estar com o outro, porquanto “existir não é apenas estar no mundo, é, também, inevitavelmente, estar-com-alguém”, estar em família, rompendo com a individualidade e com os conceitos prévios (pré-conceitos, pré-juízos).

O princípio da afetividade, embora não conste expressamente na Constituição Federal, possui caráter constitucional, além de ser “[...] a essência de vários outros princípios constitucionais explícitos, sobretudo o maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana, princípios estes umbilicalmente ligados” (Póvoas, 2012, p. 28).

Lôbo (2011, p. 71), quanto ao Texto Constitucional, nele identifica três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, quais sejam:

[...]

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Assim, nas palavras de Santos (2011, p. 136), “[...] podemos anuir sem assombro à afirmação de que a afetividade é um princípio jurídico, não somente por se encontrar subentendido no texto constitucional, mas porque permeia toda conduta jurídica e também porque é um valor jurídico a ser protegido”.

Tartuce, em seu artigo denominado *O princípio da afetividade no Direito de Família*, aponta três consequências decorrentes do princípio da afetividade: a) auxiliou no reconhecimento jurídico, inclusive pelo STF, da união homoafetiva

como entidade familiar; b) contribuiu para a aceitação da reparação por danos decorrentes do abandono afetivo, ocasionando a mudança de posicionamento do STJ, que passou a admitir tal reparação civil; c) reconhecimento de uma nova forma de parentesco denominada parentalidade socioafetiva.

Essas consequências oriundas do princípio da afetividade alteraram profundamente a visão que o Direito brasileiro tinha sobre a família, passando agora a aceitar a paternidade baseada na ligação afetiva entre o/a pai/mãe e os filhos, com base nesse princípio.

4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Utilizar o conceito da afetividade como uma das maneiras de determinar o vínculo parental de uma criança ou de um adolescente significa atender ao princípio do melhor interesse deste, respeitando quem ele considera e ama como pai/mãe. Essa conceituação apresenta-se como verdadeira e adequada, uma vez que “[...] mais importante do que os vínculos biológicos é a relação afetiva existente entre a criança e seus pais” (Kreuz, 2012, p. 84).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem sua origem histórica no “[...] instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos” (Amin, 2010, p. 27), e passou a existir no âmbito jurídico, expressamente, em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Foi, porém, somente após a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em 1989, que foi reconhecido por vários países.

No Brasil, quando da vigência do Código de Menores, a observância do melhor interesse era aplicada somente nos casos de crianças e de adolescentes em situação irregular. Com o advento da Constituição de 1988 e a adoção da doutrina da proteção integral, “[...] a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infanto-juvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar” (Amin, 2010, p. 27).

O princípio do melhor interesse também ganhou *status* constitucional, sendo considerado, por Kreuz (2012, p. 73), “[...] princípio norteador das políticas públicas, nas ações administrativas e na aplicação de medidas de proteção pela rede de atendimento [...]” e “[...] um importante elemento de solução de conflitos em relação à criança, buscando-se sempre o que lhe for mais favorável ao seu desenvolvimento”. Assim também, para Amin (2010, p. 29),

“trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”.

Nesse mesmo sentido, Diniz (2011, p. 42) afirma ser este uma “[...] garantia do desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade do menor e diretriz solucionadora de questões conflitivas oriundas da separação judicial ou divórcio dos genitores”.

A respeito do significado desse princípio, importante é destacar a definição elaborada por Lôbo (2009, p. 53):

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

A aplicação desse princípio constitucional deve ser estendida a todas as situações que envolverem menores, e não apenas aquelas que abordarem somente situações irregulares, como previa o antigo Código de Menores. Tal mudança significativa se deu em decorrência da nova visão do Direito em relação ao menor, visão segundo a qual o menor que deixou de ser um objeto de posse para se tornar sujeito de direitos.

Ainda sobre a aplicação do melhor interesse, Amin (2010, p. 29) entende ser

[...] indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.

Tal princípio, portanto, deve ser observado tanto pelo Executivo, no momento de elaborar suas políticas públicas, quanto pelo Judiciário, ao atender os conflitos que envolvam criança ou adolescente.

Assim, ao se julgarem casos em que há conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva, é essencial considerar qual das situações ilustra o melhor interesse da criança/adolescente, pois esse melhor interesse deve ser o norte a ser seguido por todos aqueles que se deparam com as exigências naturais da criança e do adolescente.

5 AS FILIAÇÕES SOCIOAFETIVAS E BIOLÓGICAS NOS TRIBUNAIS

A afetividade se tornou algo tão fundamental e necessário na relação familiar que muitos magistrados consideram a falta do vínculo afetivo motivo suficiente para a destituição do poder familiar e colocação da criança ou do adolescente para adoção, como mostra a decisão recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL - INFÂNCIA E JUVENTUDE - DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM - GENITORA QUE FOI PRESA POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E, NO MOMENTO DO FLAGRANTE DELITO, TRAZIA CONSIGO A FILHA RECÉM NASCIDA - CRIANÇA QUE PASSOU OS PRIMEIROS MESES DE VIDA NO PRESÍDIO E POSTERIORMENTE FOI ACOLHIDA EM ABRIGO PROVISÓRIO - ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO INFORMANDO A DESÍDIA E A FALTA DE AFETO DA GENITORA COM A INFANTE - HIPÓTESE AUTORIZADORA DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR VERIFICADA - MANUTENÇÃO DO *DECISUM* QUE SE FAZ DEVIDA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível nº 2012.022761-0, de Concórdia, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, J. 12.03.2013)

Analisando os casos concretos, é possível perceber o grande valor que o Direito atribui ao afeto, sendo capaz de não só formar novas entidades familiares, mas também, como mostra a decisão judicial *supra*, de destituir uma família quando esse afeto não se encontra presente na relação familiar.

É nítida a observância, pelo Judiciário, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nessas situações, pois se os magistrados observassem somente o desejo dos pais, certamente estes gostariam de permanecer com seus

filhos, independentemente de os tratarem adequadamente ou não. Não é mais o caso, visto que, se apesar do vínculo consanguíneo, o pai ou a mãe não dão a devida atenção aos filhos, não os tratam com todo o amor e carinho devido, não estabelecem laços de afetividade com eles, cabe, então, ao Estado garantir que essas crianças/adolescentes tenham resguardados seus direitos à dignidade, ao respeito, à convivência familiar, entre tantos outros direitos elencados na Constituição Federal⁵.

Assim, aplicando-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a jurisprudência vem entendendo que prevalece a filiação socioafetiva quando esta entra em conflito com a biológica, principalmente nos casos de investigação de paternidade. Seguindo essa corrente, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ADOÇÃO À BRASILEIRA - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA - 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão

⁵ Art. 227 da CF: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (Apelação Cível nº 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família, Rel. Accácio Cambi, DJ 04.02.2002)

No presente caso, embora a filiação tenha se originado de uma adoção à brasileira, considerada ilegal pelo Código Penal brasileiro, e tenha se identificado o pai biológico por meio do exame de DNA, esses fatos tornam-se irrelevantes quando se trata do melhor interesse e da dignidade da criança e do adolescente. Como bem fez o Tribunal de Justiça do Paraná, deve-se pensar na melhor solução para o menor, de modo que não o prejudique, sendo correta a decisão de manter a filiação socioafetiva por já haver consolidado o vínculo afetivo entre o pai socioafetivo e a criança, ligação esta que nunca existiu com o pai biológico.

A filiação socioafetiva só é reconhecida, entretanto, se houver comprovado a existência duradoura da relação socioafetiva entre pai e filho. Para a Ministra do STJ Nancy Andrighi (Recurso Especial nº 878941/DF), “[...] se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica”.

Uma vez reconhecida a filiação socioafetiva, mesmo que de forma voluntária, ela se torna irrevogável, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade humana. Somente nas situações que envolverem dolo, erro, coação, simulação ou fraude a filiação socioafetiva poderá ser desconsiderada, revogada pelo Direito. Nos casos, porém, em que nunca existiu uma filiação socioafetiva ou esta desapareceu, dá-se preferência ao critério biológico no reconhecimento da paternidade, pois não se dever impor o dever de carinho, cuidado e afeto àquele que, não sendo o pai biológico, também não quer ser pai socioafetivo.

Uma alternativa interessante que alguns magistrados e Tribunais estão adotando para essa situação de conflito entre as paternidades socioafetiva e biológica é a inscrição no Registro Civil de ambos os pais (biológico e socioafetivo) da criança ou do adolescente, quando essa criança ou esse adolescente mantém convívio com os dois.

Recentemente, o Juiz Sérgio Luiz Kreuz, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cascavel/PR, tomou decisão nesse sentido em ação de adoção (Autos nº 0038958-54.2012.8.16.0021). Na situação, o menor convivia tanto com o pai socioafetivo quanto com o biológico, que também era o registral, considerando e chamando ambos de pai. Após viver anos com a mãe do menor, o pai socioafetivo entrou com pedido de adoção, para que fosse reconhecido pelo Direito esse vínculo, tendo o consentimento do pai biológico para que se alterasse o Registro Civil do menor, apesar de ainda manterem vínculo.

Conforme relatado na sentença, ambos os pais exercem o papel efetivo de pai e, para o magistrado, “[...] excluir um deles da paternidade significaria privar o adolescente da convivência deste, pois certamente haveria um afastamento natural, o que só viria em prejuízo do próprio adolescente”. Para que essa situação não ocorresse e privilegiando a dignidade e a identidade do menor, bem como visando ao melhor interesse deste, decidiu-se, então, reconhecer a filiação socioafetiva sem excluir a paternidade biológica. Dessa forma, foi determinado o acréscimo do nome do pai socioafetivo e dos seus ascendentes no Registro Civil do adolescente.

Apesar de situação inédita no Paraná, já houve casos semelhantes em outros estados da Federação. O Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou o registro do nome da mãe socioafetiva, sem excluir o nome da mãe biológica, que veio a falecer em decorrência do parto, conforme ementa:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA - PRESERVAÇÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA - RESPEITO À MEMÓRIA DA MÃE BIOLÓGICA, FALECIDA EM DECORRÊNCIA DO PARTO, E DE SUA FAMÍLIA - ENTEADO CRIADO COMO FILHO DESDE DOIS ANOS DE IDADE - Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (Proc. 64222620118260286/SP, 0006422-26.2011.)

8.26.0286, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14.08.2012, Data de Publicação: 14.08.2012)

Em dezembro de 2011, no Estado de Rondônia, ao se julgar ação de investigação de paternidade cumulada com anulatória de registro civil, também se reconheceu a dupla paternidade registral, autorizando o acréscimo do nome do pai biológico e seus ascendentes no Registro Civil da criança. Segundo a magistrada Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, que julgou essa ação, “[...] a relevância da relação socioafetiva, que, em certos casos, se sobrepõe à biológica, tem autorizado o reconhecimento da existência de ambos os vínculos”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2009, já havia consentido a favor da dupla paternidade, alegando ser direito constitucional de o filho conhecer sua filiação biológica, conforme ementa que segue:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE - DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA - MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - POSSIBILIDADE - TEORIA TRIDIMENSIONAL - Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva

e ontológica. (TJRS, Apelação Cível nº 70029363918, 8ª Câmara Cível, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07.05.2009)

Essa novidade jurisprudencial da concessão da dupla filiação traz mudanças não só instantâneas, como a alteração da certidão de nascimento da criança ou do adolescente, mas também irá repercutir no futuro, pois, junto com esse reconhecimento, vêm todas as responsabilidades e consequências inerentes à paternidade, como o direito a alimentos e os direitos sucessórios.

6 CONSEQUÊNCIAS DA DUPLA FILIAÇÃO REGISTRAL

A dupla filiação registral, que, aos poucos, está sendo reconhecida pelos Tribunais, já é aceita por parte da doutrina. Um dos que apoiam essa ideia, considerando-a como direito fundamental, tanto do filho quanto dos pais, é Póvoas (2012, p. 79), que assim argumenta sobre o assunto:

No que tange à possibilidade da coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, essa se mostra perfeitamente viável e, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo as já debatidas dignidade e afetividade da pessoa humana.

Para Teixeira e Rodrigues (2010, p. 89-106), a dupla filiação, exteriorizada pela constatação no registro civil de ambos os pais – afetivo e biológico –, estabelece um novo paradigma no Direito. Esclarecem, contudo, que “[...] o registro não pode ser um óbice para a sua efetivação, considerando que sua função é refletir a verdade real; e, se a verdade real concretiza-se no fato de várias pessoas exercerem funções parentais na vida dos filhos, o registro deve refletir esta realidade”.

Sobre a questão da modificação do registro de nascimento, Póvoas (2012, p. 90) afirma que “[...] a lei registral, infraconstitucional, jamais pode ser óbice ao reconhecimento da dupla filiação parental, porque esta é baseada em princípios constitucionais hierarquicamente superiores a ela”.

Quanto às consequências do reconhecimento da dupla filiação, Welter (2012, p. 144) argumenta que devem estender-se a ambos os pais todos os efeitos oriundos da paternidade:

[...] não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de “todos” os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se devem manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana.

Compartilhando da mesma ideia, Teixeira e Rodrigues (2010, p. 89-106) acreditam que, com o acréscimo do nome dos pais socioafetivos ou biológicos na certidão civil da criança ou do adolescente, a estes também se estendem todos os efeitos jurídicos cabíveis aos pais registrais:

[...] nosso entendimento é que os efeitos da múltipla vinculação parental operam da mesma forma e extensão como ocorre nas tradicionais famílias biparentais. Por força do princípio da isonomia, não há hierarquia entre os tipos de parentesco. Portanto, com o estabelecimento do múltiplo vínculo parental, serão emanados todos os efeitos de filiação e de parentesco como a família estendida, pois, independente da forma como esse vínculo é estabelecido, sua eficácia é exatamente igual, principalmente porque irradia no princípio da solidariedade, de modo que instrumentaliza a impossibilidade de diferença entre suas consequências.

Com essa alteração no registro, os filhos passarão a ter, portanto, todos os direitos oriundos de uma relação parental. Quanto aos direitos não patrimoniais – nome, estado, parentesco –, estes já são reconhecidos e garantidos pelo Direito. O que gera algumas dúvidas é a respeito dos direitos patrimoniais, referentes a alimentos e herança, que ainda não foram discutidos pelo Judiciário. Desse modo, resta à doutrina esclarecer se o reconhecimento da dupla paternidade repercutirá ou não nesses direitos.

A respeito das obrigações alimentares, Lôbo (2011, p. 271) nos ensina que os alimentos, no âmbito do direito de família, têm um sentido mais amplo, pois “[...] têm o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental),

quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção”.

Essa obrigação pode decorrer do poder familiar, do parentesco ou da dissolução do casamento ou da união estável, ou seja, “[...] quanto mais se alarga o espectro das entidades familiares e se desdobram os conceitos de família e filiação, mais a obrigação alimentar adquire novos matizes” (Dias, 2011, p. 514).

Assim, para Póvoas (2012, p. 95), devem ser aplicadas as disposições legais já previstas a respeito da verba alimentar, estendendo-as a ambos os pais, afetivo e biológico. É isso que deve ser feito, pois, de acordo com Mesquita e Mingati, “[...] invocando-se o princípio do melhor interesse do menor, a melhor opção para se atender às necessidades do filho seria estabelecer a solidariedade, entre os pais biológicos e socioafetivos, na obrigação de alimentos”.

Quanto aos direitos sucessórios, Póvoas (2012, p. 98) entende que também devem ser estendidos a todos os pais, estabelecendo-se tantas linhas sucessórias quantos fossem os pais. Assim, “[...] se morresse o pai/mãe afetivo, o menor seria herdeiro em concorrência com os irmãos, mesmo que unilaterais. Se morresse o pai/mãe biológico também o menor seria sucessor. Se morresse o menor, seus genitores seriam herdeiros”.

Farias e Rosenvald (2012, p. 678) também admitem ser possível a multi-hereditariedade; contudo, os doutrinadores fazem uma ressalva a respeito desse tema, alertando que esse assunto deve ser visto com cuidado e ponderação na ordem prática. Alertam os autores para o fato de que, ao se admitir a dupla paternidade e, conseqüentemente, a multi-hereditariedade, corre-se o risco de se ter uma filiação apenas para atender a interesses patrimoniais. O filho socioafetivo poderia, portanto, buscar a sua filiação biológica somente com a intenção de reclamar a herança, não mantendo com o pai/mãe biológico qualquer vínculo afetivo ou aproximação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações familiares constantemente sofrem modificações, cabendo ao direito o dever de se adaptar a essas mudanças, como é o caso do reconhecimento da filiação socioafetiva pela Constituição Federal e, posteriormente, por leis inferiores, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a formação de novas espécies de família sendo baseadas exclusivamente no afeto, tornou-se de extrema importância essa adaptação ocorrida no Direito. Com isso, dá-se a essas pessoas segurança jurídica e certeza

de que terão os mesmos direitos que as famílias tradicionais, formadas pelo filho e seus genitores.

Cada vez mais se torna comum a união de pessoas divorciadas que já possuem filhos de casamentos anteriores, passando esses filhos a ter convívio com dois pais ou duas mães ou, ainda, passaram a existir as situações de casais homossexuais que adotam ou fazem inseminação artificial heteróloga. Para esses casos concretos, em que a criança ou o adolescente convive com dois pais ou com duas mães (sendo um biológico e outro socioafetivo, ou ambos socioafetivos), está se admitindo o reconhecimento da dupla paternidade ou da dupla maternidade no Registro Civil do menor. Assim, é possível ter na certidão o nome dos pais biológicos e socioafetivos ou, apenas o nome de duas mães ou dois pais, especialmente quando se tratar de casais homossexuais.

Além dessa inclusão de mais um nome na certidão, esse reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva vem acompanhado das responsabilidades que são atribuídas aos pais biológicos, bem como os direitos que a criança ou o adolescente possui em decorrência desse tipo de filiação.

Por ser uma inovação recente no Direito brasileiro, não se sabe ao certo se as consequências patrimoniais, como o direito a alimentos e, principalmente, as questões sucessórias, repercutirão para ambos os pais (biológico e socioafetivo) ou apenas para um deles. Para a doutrina, devem ser estendidos para ambos todos os direitos (patrimoniais ou não patrimoniais) inerentes à filiação, por força do princípio do melhor interesse da criança. Mesmo assim, contudo, somente com o tempo, através das decisões do Judiciário, é que se terá certeza sobre a amplitude dos efeitos da dupla paternidade.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2012.022761-0, de Concórdia. Relator: Artur Jenichen Filho. Julgado em 12.03.2013. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora>. Acesso em: 8 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família. Relator: Accácio Cambi. Julgado em 04.02.2002. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_33_4_3_1.php>. Acesso em: 8 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Autos nº 0038958-54.2012.8.16.0021. Vara da Infância e da Juventude. Comarca de Cascavel/PR. Julgado em 20.02.2013. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF>. Acesso em: 4 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 4 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 878941/DF, 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 20.08.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=684503&sReg=200600862840&sData=20070917&formato=PDF>. Acesso em: 4 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70029363918, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 07.05.2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70029363918&num_processo=70029363918&codEmenta=2887116&temIntTeor=true>. Acesso em: 3 abr. 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; WYSOSKI, Andreza Minamisawa. Da filiação socioafetiva. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, Maringá: Centro Universitário de Maringá, v. 9, n. 2, 2009.

COSTA Everton Leandro da. Paternidade sócio-afetiva. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/274>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_filhos_do_afeto%281%29.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Novos tempos, novos termos. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_novos_tempos_-_novos_termos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito e família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre/RS: Fabris, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador/BA: JusPODVM, v. 6, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba/PR: Positivo, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Direito de família*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2006.

SOUSA, Hiasminni Albuquerque Alves. Abandono afetivo: responsabilidade civil pelo desamor. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/863>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba/PR: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre/RS: Síntese, v. 5, n. 19, ago./set. 2000.

_____. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>>. Acesso em: 1º abr. 2013.

MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre/RS: Síntese, n. 23, abr./maio 2004.

MESQUITA, Renata Paccola; MINGATI, Vinicius Secafen. O reconhecimento da pluriparentalidade e as consequências jurídicas no âmbito patrimonial e afetivo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=473803f0f2ebd77d>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - Direito de família*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis/SC: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba/PR: Juruá, 2011.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

_____; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre/RS, n. 71, jan./abr. 2012.

A ATIVIDADE DE PRETOR ROMANO: ANTECEDENTES REMOTOS DO PROCESSO DE SUMULARIZAÇÃO

THE ACTIVITY OF THE ROMAN PRAETOR: ANTECEDENTS OF THE BRAZILIAN PROCESS OF BINDING PRECEDENTS

Gilberto Schäfer¹

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente artigo estabelece um paralelo entre o sistema sumular brasileiro e as atividades do pretor romano, que, sem ab-rogar formalmente o *jus civile*, renovou o direito por meio de um (sub)sistema que ficou conhecido como *jus honorarium*. Em um primeiro momento, são abordados aspectos gerais do sistema sumular brasileiro, especialmente a adoção das súmulas vinculantes. Em um segundo momento, é analisada a atividade do pretor romano como cargo de magistratura e a sua função de estabelecer o direito mediante editos, promessas de ações que se concediam aos cidadãos romanos. Na última parte, constrói-se um paralelo entre a atividade do edito, uma atividade normativa, que aproximava o direito formado pelo pretor de um verdadeiro

poder normativo, próximo da atual atividade desenvolvida pelos Tribunais brasileiros quando criam enunciados sumulados. Para tal desiderato, o artigo analisa, entre outros pontos, o caráter normativo das súmulas e dos editos que estabelecem comportamentos esperados para o futuro e a sua relação com as suas bases perenes, no nosso sistema, as leis e a Constituição, para os romanos, o *jus civile*.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula vinculante; pretor romano; Direito romano; aspectos normativos; *jus honorarium*.

ABSTRACT: *The present paper establish a parallel between the sumular Brazilian system and the activities of Roman Praetor without formally abrogating the jus civile, renewed the law system through a system*

¹ Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos do Uniritter, Professor da ESM/Ajuris, Diretor do Departamento de Assuntos Constitucionais da Ajuris. E-mail: schafer@via-rs.net.

that became known as *jus honorarium*. At first be discussed general aspects of Brazilian sumular system, especially the adoption of a system of binding precedents, adopting a system of binding effect in the broad sense. In a second phase will analyze the activity of the Roman Praetor a position of judiciary and its role in establishing the right through Edicts, promises of actions that led to Roman citizens. In the last part will be a parallel between the activity of the Edict a normative activity, which approached the right formed a real legislative power, the next activity developed by the Courts when they create a precedent with binding effect to give uniformity to the decisions, true statements (*enunciados sumulares*). It will examine, among other things, the character of which create standard expected behaviors for the future and its relationship with a perennial basis, for us the laws and the Constitution to the Roman *jus civile*.

KEYWORDS: *Binding precedents; roman praetor; roman law; normative aspects; jus honorarium.*

SUMÁRIO: Introdução; I – As decisões judiciais: precedente, jurisprudência e súmulas vinculantes; II – A atividade do Pretor Romano; III – Súmulas e editos: uma comparação; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I – Judicial decisions: precedent, case law and binding precedents; II – The activity of the Roman Praetor; III – Binding precedents and edicts: a comparison; Conclusion; References.*

O que foi é o que será; o que acontece é o que há de acontecer. Não há nada de novo debaixo do sol. Se for encontrada alguma coisa da qual se diz: “Veja, isto é novo”, ela já existia nos tempos passados. (Eclesiastes, Cap. 1, v. 9-10)

Já dizia o eclesiastes
Há dois mil atrás
Debaixo do sol não há nada novo
Não seja bobo meu rapaz
Mas nunca vi Beethoven fazer
Aquilo que Chuck Berry faz.
(Raul Seixas e Marcelo Nova)

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é traçar um paralelo entre o emprego de súmulas com os editos do Pretor Romano, recorrendo a algumas das principais obras sobre o direito romano, a função do Pretor e, também, as obras que ajudem a compreender a questão das súmulas, especialmente daquelas que são denominadas de vinculantes. É importante salientar que o discurso a respeito das súmulas em sentido lato e o a respeito das súmulas vinculantes se confundem, porque partilham vários predicados. Nesse sentido, especialmente quanto à estrutura normativa, o que pode ser dito das súmulas vinculantes em igual medida pode ser dito das outras súmulas que podem ser expedidas pelo Judiciário no Brasil.

Para estabelecer esse paralelo, em um primeiro momento, abordar-se-á, do sistema sumular brasileiro, especialmente a adoção de súmulas vinculantes, que constitui um sistema de efeito vinculante em sentido estrito.

Em um segundo momento, analisar-se-á a atividade do Pretor Romano como cargo da magistratura romana, e a sua função de estabelecer o direito por meio de seus editos, promessas de ações, que se concediam aos cidadãos romanos. Para este escopo, explicitar-se-á como operavam esses editos no sistema romano.

Na última parte, far-se-á um paralelo entre a atividade do edito e a atividade desenvolvida pelos Tribunais quando criam enunciados sumulados. Buscar-se-á analisar, entre outros pontos, a natureza desses editos e das súmulas do ponto de vista normativo, o seu caráter enunciativo, a comparação entre as bases fixas (preestabelecidas) que geraram os editos e que geram as súmulas.

Nesta parte, analisar-se-ão as semelhanças entre a obrigatoriedade desses instrumentos, o sistema de criação de direitos e a sua importância para o mundo atual, cotejando o sistema com as características das sociedades que geraram os modelos.

A opção em recorrer ao Direito romano está explicitada no texto: um direito que influenciou de modo significativo o nosso sistema e os nossos institutos e que, no fundo, permite que possamos nos compreender melhor, pois a melhor forma de nos compreendermos é olhar as outras experiências².

² Neste sentido, ver: FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da Justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*, n. 113, p. 176-177, mar. 2009: "Por mais paradoxal que possa parecer a um recém-iniciado no estudo do Direito Comparado, um dos principais objetivos desse ramo da ciência jurídica

I - AS DECISÕES JUDICIAIS: PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS VINCULANTES

Os órgãos judiciais – juízo ou Tribunal –, ao resolverem um determinado caso que lhes é submetido, tomam decisões que são denominadas sentenças ou acórdãos³. O destino do pronunciamento, especialmente dos Tribunais, dependerá do sistema jurídico envolvido e da órbita no qual foi tomado, de sua filiação aos grandes sistemas da *commom law* e da *civil law*, mas também dependerá do ordenamento de cada Estado⁴. “O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”⁵.

No Direito brasileiro, o precedente tem o significado de ser, em princípio, uma única decisão isolada que tem valor argumentativo e cujo prestígio dependerá da autoridade do Tribunal, do juiz que a proferiu, de sua carga argumentativa, bem como do órgão interno do Tribunal que a tomou. É importante frisar que a forma como é externado o voto dos Tribunais faz com que seja muito importante

é aumentar o conhecimento sobre o *próprio* Direito. Ou seja, através do conhecimento do sistema jurídico de outros países, passamos a conhecer melhor o nosso próprio sistema. Refletindo um pouco, o paradoxo se desfaz. Uma pessoa hipoteticamente nascida e criada sozinha, numa ilha deserta, sem contato com nenhum outro ser humano, não tem a menor idéia de quem ela seja. Esse hipotético ser não sabe se é alto ou baixo, gordo ou magro, inteligente ou estúpido, expansivo ou introvertido, sensível ou bruto, belo ou feio. Não tem noção, enfim, de sua própria humanidade. Isso porque construímos nossa identidade através do espelho que são os outros. É através da observação dos meus semelhantes que eu me descubro e identifico minhas peculiaridades. É na socialidade que eu construo e identifico o meu ser. Pois bem. Quando estudamos apenas o nosso sistema jurídico e nele passamos a funcionar, temos a tendência de achar que ele é sensato, razoável e ‘natural’. Mas somente ao tomarmos conhecimento de sistemas diversos, é que realmente podemos checar a sensatez, razoabilidade e naturalidade do nosso próprio sistema. Ao identificarmos suas peculiaridades, começamos a nos perguntar sobre suas razões mais profundas. Ao questionarmos sobre sua racionalidade, começamos, muitas vezes, a pensar em alterá-lo, melhorá-lo. Começamos a exigir explicações melhores do que a simplória explicação de que “as coisas sempre foram assim” (grifo nosso).

³ Não pretendemos estabelecer aqui uma tipologia dessas decisões e suas diferenças com interlocutórias ou despachos, que está reservado mais ao momento em que é deferida do que ao conteúdo que a integra.

⁴ Consoante a advertência de René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 16/17), a adversidade dos direitos é grande, mas se consideram as regras e os elementos fundamentais e mais estáveis. Para o autor, a grande finalidade de tal divisão é didática, valorizando as semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes sistemas jurídicos. Por isso, René David utiliza três grandes famílias: *common law*, romano germânica, que também pode ser denominada de *civil law*, e direitos socialistas.

⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

o prestígio do relator do processo no Tribunal. A decisão é formada com base em uma exposição individual – voto –, podendo ser acompanhado pelos demais integrantes do órgão julgador. Existem alguns mecanismos no Brasil em que a decisão é tomada mediante procedimentos especiais, como a unificação da jurisprudência, quando então terá uma eficácia vinculativa maior, como se demonstrará. A aplicação do precedente dependerá também se é contemporâneo aos casos que estão sendo julgados ou se já decorreu um grande lapso temporal de quando foi tomado, bem como da hierarquia, ou seja, considerando a sua dimensão vertical (dimensão de autoridade).

Essa estrutura se diferencia do precedente na *commom law*, em que o precedente está revestido de uma força vinculante própria, que adiante se designará como de efeito vinculante em sentido forte (*binding authority*).

Por sua vez, o termo jurisprudência já sinaliza para um conjunto de decisões reiteradas tomadas em um certo sentido. Sinaliza uma classe de casos e não apenas um caso isolado. Pode-se, ainda, falar em jurisprudência dominante (ou predominante) quando se refere ao que é decidido com mais frequência, e jurisprudência minoritária, quando há um grupo de decisões tomadas em um determinado sentido, mas que não é o da maioria do Tribunal.

A rigor, deveríamos apenas falar em jurisprudência, ao menos na *civil law*, quando se trata de um conjunto de decisões reiteradas no tempo, pois apenas no sistema da *commom law* um precedente (*precedent in law*) deve ser obedecido daí em diante, pois é a regra do caso.

O sistema brasileiro evoluiu para um sistema de fixação de enunciados, da síntese em caso concreto, que são denominados de súmulas que inicialmente fixavam a orientação jurisprudencial assentada por um determinado Tribunal. Para Sérgio Sérulo da Cunha⁶, que acompanha este raciocínio, “[...] as súmulas são enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo Tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação a toda a comunidade jurídica”⁷. Elas tinham, no seu começo, um efeito

⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124.

⁷ Para outras definições, que giram em torno desse tema, ver Chiarini Júnior (CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 91, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4248>>. Acesso em: 16 fev. 2013. Não pretendemos reproduzi-las, uma vez que todas giram em torno da ideia básica de ser um enunciado sintético.

unicamente persuasivo⁸, como forma de orientação e de informação, inclusive para os cidadãos⁹. Para o Ministro Victor Nunes Leal¹⁰, introdutor do sistema no Direito brasileiro, tratava-se de uma maneira rápida de levar ao público o conhecimento da jurisprudência – mais do que hoje –, julgar de uma forma rápida uma classe de casos. A admissão, como relata o próprio Ministro, deu-se por meio da introdução de uma emenda no Regimento Interno do STF, datada de 28 de agosto de 1963, e modificada posteriormente¹¹. Foram inicialmente 370 ementas, aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro daquele ano e que passaram a vigorar a partir de 1964.

Hoje, em face da inserção na Constituição Federal do art. 103-A, as súmulas podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme o critério

⁸ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982 (em vários lugares no texto).

⁹ Esta preocupação está expressa em Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 83-84): “Antes de tudo, parece sustentável que, para o cidadão normal, mostra-se freqüentemente mais difícil ter informação adequada do Direito jurisdicional do que do Direito legislativo, especialmente quando codificado este último. Embora existisse, sem dúvida, forte dose de ingenuidade na pretensão, que se seguiu às grandes codificações nacionais do século XIX – e também em codificações bem mais antigas, como a de Justiniano –, de saber dar ao Direito uma formulação simples, clara, completa, sistemática e acessível para todos, essa grande utopia não ocorreu sem alguma justificativa. O direito judiciário é casuístico, de modo freqüente bastante ‘casual’, descontínuo e, em grande medida, dependente da sorte de determinados casos concretos. Mesmo quando integrado pelo direito legislativo, e assim tornado menos ‘esporádico’, o resultado constitui, amiúde, confusa mistura de fontes jurídicas diversas, muitas vezes conflitantes entre si, vindas à luz em tempos diferentes, motivadas por fins diversos, difíceis de compreender, combinar e reconciliar entre si. E de qualquer modo é um dado da realidade que os ‘repertórios’ do direito judiciário são usualmente mais numerosos, volumosos e atulhados, mais custosos e difíceis de serem consultados, do que os códigos e as coleções de leis oficialmente publicadas”.

¹⁰ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982.

¹¹ “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na ‘Súmula do Supremo Tribunal Federal’. § 1º A inclusão de enunciados na ‘Súmula’, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. § 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. § 3º Os adendos e emendas à ‘Súmula’, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados 3 vezes consecutivas no Diário da Justiça. § 4º A citação da ‘Súmula’, pelo número correspondente, dispensará perante o Tribunal a referência a outros julgados no mesmo sentido. Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na ‘Súmula’, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.”

de sua vinculatividade: súmulas ordinárias ou – não vinculantes – e súmulas vinculantes.

No entanto, o conceito de efeito vinculante comporta uma reformulação. Em geral, quando se utiliza a expressão *vinculante*, exprime-se uma concepção *tradicional* de efeito vinculante. O conceito, entretanto, poderia ser ampliado para comportar *graus diversos de vinculatividade*, levando-se em conta sempre os *instrumentos* que asseguram a sua vinculatividade.

A conformação desses instrumentos – e do modo como se relacionam e se implicam com outros instrumentos –, e da sua força, permite falar em *efeito vinculante forte ou fraco*. É necessário ampliar o conceito – ampliando a sua abrangência e a terminologia –, levando-se em conta “os graus” do efeito vinculante, reforçados por diversos instrumentos que fortalecem a aplicação dos precedentes e da jurisprudência. Assim, há possibilidade de nominar a força vinculante fraca (a tradicional força meramente persuasiva) até a força forte (efeito vinculante propriamente dito). Os novos instrumentos que foram sendo criados e o reforço do papel da obrigatoriedade da jurisprudência ficaram claros em superlativos¹² como jurisprudência dominante e sumulada, em que se agregou *algo*, além da velha força persuasiva, em que o precedente era destinado a convencer os órgãos judiciários.

Assim, se realizarmos uma relação com instrumento que garante a obrigatoriedade da súmula, perceberemos que as súmulas, em geral, possuem várias ferramentas para a sua implementação, como os chamados poderes do relator (arts. 544, 545 e 557 do CPC), na possibilidade de não receber uma apelação (art. 518 do CPC), no julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A do CPC), na não ocorrência de reexame necessário (art. 475, § 3º, do CPC), além do próprio modelo recursal, que é uma forma de fixação da jurisprudência, mas também de sua implementação. Portanto, embora ele não crie uma obrigação no sentido estrito do termo, ele inibe, em grande parte, a divergência, e a recalitrância judicial indo além daquele caráter inicial dissuasório.

Esse reforço, portanto, é que pode ser visto como uma das espécies de efeito vinculante, mas em seu sentido fraco. Para Mancuso¹³, não é estranho que

¹² A expressão está em Rodolfo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

tenha o legislador reforçado o papel da jurisprudência, mas isso não deixou de disponibilizar recursos e incidentes para se unificar esta última. São recursos, na sua forma endógena, como os embargos infringentes e de divergência e, na sua forma exógena, como os recursos especial e extraordinário. Nas suas palavras¹⁴, “o sistema reconhece a virtualidade do dissenso pretoriano, mas, por assim dizer, não se conforma com ele, e assim labora, seja para preveni-lo (caso do incidente de uniformização de jurisprudência – art. 476 do CPC), ou superá-lo, se já instaurado (caso dos embargos de divergência, no STF e STJ – CPC, art. 546)”¹⁵.

Por outro lado, o efeito vinculante em sentido forte ou próprio tem um reforço adicional de um instrumento especial: a reclamação, ação constitucional, prevista com finalidade de garantir a autoridade dos Tribunais Superiores e do STF. O efeito vinculante é um reforço que se dirige ao cumprimento (ou seja, que agrega a eficácia *erga omnes*), porque obriga a aplicação do comando pelos Poderes Públicos. Nas palavras de Zavascki, “o efeito vinculante confere ao julgado um força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento”¹⁶.

Compreender essa atividade sumular que cada vez mais vai ganhando espaço no Direito brasileiro permite também investigar a duradoura experiência ocorrida no Direito romano. Ele foi caracterizado por um longo período de um vasto império e nele, como observa Moreira Alves, “desfilam, diante do estudioso, os problemas de construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É assim o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos”¹⁷.

¹⁴ Para ver tal concepção de gradação no Direito italiano e em perspectiva comparativa, ver: MARINELLI, Vicenzo. *Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 689.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2003. p. 2.

O Direito romano sempre foi uma fonte de inspiração, especialmente em áreas como o direito civil e o direito processual¹⁸. O espírito do Direito romano está presente ainda entre nós, com uma técnica de prudência (*prudentia*), elaborada e aperfeiçoada através dos séculos. São conceitos e formulações que utilizamos até hoje, com um inegável senso prático¹⁹. A compreensão dessa experiência como um laboratório jurídico permite fazer as ligações com os nossos institutos atuais, como a da nossa experiência sumular.

Então, no próximo passo, propõe-se uma investigação do papel do Pretor Romano e de seus editos, após fazer uma relação com a experiência sumular do Direito brasileiro, para examinar institutos que, mesmo quando tenham o tom de novidade, apresentam ligações com a história que podem fazer parte de uma memória histórica coletiva, cuja importância é inegável para o conhecimento dos institutos atuais.

II - A ATIVIDADE DO PRETOR ROMANO

Segundo Varrão²⁰, a palavra pretor “deriva de *praeire* e significa o que vai à frente, o que está à cabeça”. Era, por isso, uma designação para o chefe de qualquer organização. Inicialmente, era o cargo que designava qualquer magistratura (cônsul, questor ou censor), mas, com o advento das *Leges Liciniae Sextiae*, passa a significar o de magistrado encarregado de administrar a justiça.

¹⁸ É preciso salientar o conhecido processo de recepção do Direito romano que ocorreu a partir do final do século XII na Europa. Conforme Francisco Quintanilha Vêras Neto (VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 121-153. ISBN 978-85-7308-916-5, p. 148): “A recepção do direito romano pela administração de justiça do Ocidente deu-se unicamente pela necessidade de acolher as suas qualidades formais genéricas que, com a inevitável especialização crescente da vida técnica, ajudavam os burgueses na condução das práticas capitalistas. Ao contrário, os mesmos burgueses não estavam absoluto interessados na apropriação das determinações materiais do direito romano; as instituições de direito mercantil medieval e do direito de propriedade de suas cidades satisfiziam muito melhor suas necessidades”.

¹⁹ Não é apenas do direito que pode ser dito isto. Conforme Grant (GRANT, Michael. *História de Roma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 7), a experiência romana “adquire uma nova dimensão se lembrarmos que nós mesmos, queiramos ou não, somos herdeiros de Roma. De mil formas diferentes, os romanos estão incorporados de maneira permanente e indestrutível à nossa existência. Eles viveram muitos acontecimentos e processos que se assemelharam, prefiguraram e causaram o que aconteceu, está acontecendo e pode acontecer no futuro às nossas próprias comunidades e a nós mesmos”.

²⁰ Conforme CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969. p. 67.

O cargo de pretor, em Roma, era um cargo de magistratura, como a dos côsules, a dos censores, questores e a dos edis curúis²¹, ou seja, como magistratura tinham o poder de representar o povo ou um comando no interesse público²². Em Roma²³, a ideia da representação do povo²⁴ foi mantida até o período imperial²⁵. Essa representatividade alcançava inclusive os plebeus, que também conquistaram uma magistratura própria, os tribunos da plebe²⁶. Com a implementação do sistema imperial romano, o magistrado deixou de lado a sua

²¹ Para ver as funções, consultar, entre outros, ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1 e 2, 2003 (em várias passagens no texto).

²² PAOLI, Hugo Enrico. Magistrati. In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 29.

²³ A história interna de Roma pode ser dividida nas fases arcaico ou pré-clássico, teria iniciado com a fundação de Roma, em 754 a.C., até a *Lex Aebutia* (aproximadamente 149 e 126 a.C.). Daí até a ascensão de Diocleciano (284 d.C.) perdurou o período clássico. Após, a ascensão de Diocleciano até o falecimento de Justiniano, o período pós-clássico.

²⁴ “*Propriamente parlando magistratus sono le persone fisiche cui dalla costituzione è affidata la rappresentanza della comunità (populus); in forza di detta rappresentanza essi traducono la volontà collettiva del populus mediante il compimento di atti che sono estrinsecazione della capacità d’agire particolare alla predetta comunità. Abbiamo così magistratus populi romani ben distinti dalle magistrature delle altre civitates latine o dei singoli municipia (magistratus municipalis). Ciò fissato, ne discende che ogni atto compiuto dal magistratus o dal suo mandatario entro i limiti stabiliti del suo potere è atto della comunità. I magistratus, nella loro veste di mandatari del populus, cui in definitiva fa capo la potestà sovrana [...]”* (DOMINICIS, M. Antonio de. Magistrati (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 33). Ressalte-se que os plebeus também após muitas lutas conquistaram uma magistratura, os tribunos da plebe (DOMINICIS, M. Antonio de. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 36), que era uma magistratura temporária, junto com a ditadura.

²⁵ Dividem-se os períodos romanos em realza, república e império. Roma teve início com a fundação da Cidade, em 753 a.C., que se imputa ao legendário Rômulo, primeiro rei. Até 509 a.C. a historiografia divide o período em monarquia ou realza. Com a queda da monarquia, iniciou-se a república até 27 a.C., quando Otaviano Augusto instituiu o principado (alto império) que perdurou até a ascensão de Diocleciano em 284 d.C. (baixo império). Com a morte de Teodósio I, ocorreu a separação definitiva entre seus dois filhos, entre o Oriente e Ocidente, tendo este caído 476 d.C. e o do Oriente sobreviveu até 568. O Império Romano do Oriente o ano de 1453, quando Constantinopla foi tomada pelos turcos otomanos.

²⁶ “*A seconda della classe sociale cui appartengono i magistratus questi se dividono in patrizi e plebei. La ragione dell’esistenza di questa duplicità di magistrature rispetto all’unica originaria (cioè la patrizia) trae origine da quel movimento rivoluzionario opposto dalla plebs contro il patriziato che deteneva il diritto esclusivo di far parte delle magistrature, dei sacerdoti e del senado. Risultato di questa tenace lotta tra i due ordini al fine di ottonere da parte plebea la tanto sospirata parificazione politico-economico è l’avvenuta nomina (494 a. Cr.) di due tribune (tribune plebis) saliti a quattro nel 471 a. Cr. e di due aedelis (aedelis plebis). Queste due magistrature rappresentano in seno alla plebe il paralelo delle magistrature patrizie; infatti i tribuni plebis equivalgono ai consoli, mentre gli aedelis plebis sono una copia degli edili patrizi. I tribuni plebis, dapprima magistratura esclusivamente plebea, ben presto assusero a notevole grado d’importanza, al punto che la loro intercessio ebbe efficacia di paralizzare gli atti della magistratura patrizia.”* (DOMINICIS, M. Antonio de. Magistrati (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 36)

representatividade, que advinha das eleições, passando, de forma gradativa, a ser um funcionário do imperador e agindo como a sua *longa manus*²⁷.

O pretor aparece, em Roma, quando se abandona o processo das *legis actio*²⁸, no período *pré-clássico*, em que há um rigoroso formularismo verbal²⁹, como se pode lembrar em uma passagem famosa em Gaio, que refere a utilização da palavra *videira*, enquanto a Lei das XII Tábuas determinava que se utilizassem *árvores cortadas*. Quem não se enquadrasse no rigor da lei perderia a causa.

Há uma mudança no processo: de início, “presumivelmente era um processo unitário, em que tanto a introdução como a decisão do litígio, cabiam ao Magistrado”³⁰, mas que evolui para um sistema de bipartição do processo, “com as fases *in iuri*, i.e., no tribunal [...] perante o magistrado judicial, e *apud iudicem*, i.e., perante um particular a quem foi confiada a função judicial (*iudex*, ‘jurado’; necessária uma pluralidade de pessoas) a quem compete julgar e mais tarde, também, proclamar a sentença”. Esse processo repartido é adotado nas ações da lei, mas é implementado após nas épocas pré-clássica e clássica.

No modelo bipartido, a principal figura vai ser justamente a do pretor³¹, em que se renuncia a fórmulas solenes, redigindo-se, posteriormente, por escrito a fórmula processual, de modo a introduzir o processo litigioso (a *litis contestatio* e a *exemptio*). Era uma fórmula que permitia a adaptação “às múltiplas necessidades

²⁷ DOMINICIS, M. Antonio de. *Magistrati* (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 38.

²⁸ Realizado o exame dos períodos da história interna do Direito romano, poder-se-á verificar o processo civil existente na época, que também pode ser dividido em três grandes sistemas: o das *legis actiones*, o *per formulas* (processo formulário) e o da *cognitio extraordinem*. A transição, como em todo o processo histórico, ocorreu de forma paulatina. convivência entre os diferentes sistemas em determinados períodos do Direito romano.

²⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 430.

³⁰ KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 430.

³¹ Conforme KASER (*Direito privado romano*, p. 430): “Originariamente, em Roma, o magistrado era o Rei e mais tarde o Pretor; desde cerca de 242 a.C., a sua função reparte-se, sendo o *praetor urbanus* competente para os litígios entre cidadãos romanos e o *praetor peregrinus* para litígios entre peregrinos. Desde os inícios da República encontramos certas pretensões por vícios da coisa na compra e venda de escravos e animais na jurisdição dos *edís curuis* [...]. Na Itália a jurisdição ‘menor’ (até um certo valor do litígio e para alguns assuntos urgentes) competia aos magistrados locais dos Municípios (*duoviri*, etc.), a ‘superior’ ao Pretor Romano que (na República tardia) se fez representar pelos *praefecti iuri dicundo*. Nas Províncias os magistrados eram os governadores (*praesides*), mas o processo ordinário posterior (processo formulário) não se aplicou em todas as províncias [...]. O poder de jurisdição está, em regra, ligado ao *imperium*, mas compete também aos edís, e, assim, a *magistratus sine imperio*. Os magistrados municipais tinham a jurisdição por delegação”.

de uma ordem jurídica evoluída e cada vez mais complexa³², especialmente pelo fato de que havia a necessidade de administrar a justiça entre os estrangeiros e cidadãos romanos e entre estes e os estrangeiros, o que acabou acontecendo com a criação do pretor peregrino³³.

A atividade do pretor era administrar a justiça nas causas civis, mas também nas causas de direito público³⁴. Exercia essa missão de uma atividade tríplice: a de interpretar (*adiuvandi*), a de integrar (*supplendi*) e a de corrigir (*corrigeni*) o *ius civile*³⁵. Segundo Kaser:

Os romanos chamam *ius civile* (em contraposição a *jus honorarium*) ao núcleo tradicional do seu ordenamento jurídico, a velha ordem tradicional, que, baseando-se no direito consuetudinário (*mos maiorum*), foi em parte consagrada nas doze tábuas e desenvolvida na sua interpretação (*interpretatio*), às vezes completada mais tarde por Leis e Senado Consultos.³⁶

Embora fosse dois estratos jurídicos distintos que revelam diversidade, ou falta de unidade, como o *jus civile* e o *jus honorarium*, sublinhe-se que é possível perceber a marca do tradicionalismo³⁷. “Assim, por exemplo, muitos aspectos do *jus honorarium* (criado pelos magistrados) que se estende a todos os campos do Direito Privado e do Processo Civil, encontram seu fundamento e sua origem no próprio *jus civile*. E talvez seja oportuno lembrar que ‘recentes estudos confirmaram que o *jus civile* era, na sua origem, consuetudinário, era o costume jurídico dos romanos”. Há, pois, na evolução do Direito romano, uma

³² KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 432.

³³ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. As origens da condenação do processo civil romano. *Revista da Ajuris*, v. 112, 134: “Conforme indicação da romanística, o antigo processo das *legis actiones* apresentava duas gravíssimas insuficiências e por isso clamava por mudanças: (a) nenhuma das ações possibilitava a tutela de um *incertum*, isto é, dos novos contratos que brotavam das relações comerciais desenvolvidas; e (b) das ações da lei só podiam participar os cidadãos romanos”.

³⁴ Atribui-se a Nerva a criação de uma nova pretura para que decidisse questões entre o Fisco e particulares (MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria De Cordoba, 1967. p. 23).

³⁵ Papianus, Fr. 7, D. eodem “*ius prætorium... prætores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigeni iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*” (o texto está transcrito em MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d’une introduction contenant l’histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 4^{ème} éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876. p. 221).

³⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, 1999, p. 35.

³⁷ GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 17.

unidade na diversidade (*in varietate concordia*), isto é, “uma certa tradição que só aos poucos e diante da própria evolução histórica vai cedendo às transformações inevitáveis”³⁸. O *jus civile* tem uma formação baseada na *ratio*, construído historicamente, mas que necessita se renovar. Por isso, anota Almiro do Couto e Silva:

Muito embora não pudesse o *ius honorarium* abrogar formalmente o *ius civile*, a ele, no entanto, se sobrepunha na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o *ius honorarium* e não o *ius civile*. Não é outra razão pela qual Gaio dizia que o *ius civile*, embora formalmente vigente, não passava de um *nudum jus*; um direito esvaziado de conseqüências e efeitos imediatos sobre a realidade.³⁹

Conforme explica Cruz⁴⁰, a atividade dos pretores era orientada pelos grandes princípios jurídicos:

De não abusar dos poderes, de não prejudicar alguém, de atribuir a cada um o que é seu e, para evitar o arbítrio, era uma atividade controlada a) pelo *ius intercessionis* dos cônsules [...]; (b) por quem detivesse a *tribunicia potestas*; c) por uma *provocatio ad populum*; e, sobretudo, pela crítica, bem temível dos iurisprudentes. Além disso, se um pretor na administração da justiça cometesse voluntariamente uma arbitrariedade prejudicando ou favorecendo injustamente alguém, comprometeria fatalmente sua promoção no *cursus honorum*.⁴¹

O pretor, na concessão de suas tarefas, usava dois expedientes: os *decreta*, quando resolvia um caso particular, ou o *edictum* (edicto), quando anunciava ao povo, com antecedência, as suas atividades, os casos que lhe seriam submetidos e, especialmente, os casos para os quais não havia previsão de submissão. Essas atividades inicialmente eram orais e transmitidas na assembleia e,

³⁸ GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*, p. 17.

³⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, supl., dez. 2003, p. 20.

⁴⁰ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições – Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969. p. 339.

⁴¹ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições – Introdução*. Fontes, v. I, p. 339-340.

posteriormente, foram transcritas⁴². Tinham como escopo principal informar ao público com antecedência e certeza

todas as hipóteses previstas pelo *ius civile* ou pelo pretor, nas quais este prometia ou não proteção jurídica. Conforme houvesse ou não proteção jurídica, diria respectivamente – em relação ao *ius civile*, “*actionem denegabo*”, e em relação ao *ius prætorium* nem sequer aparentemente podia ser considerado arbitrário ou incerto; pelo contrário, a todos inspirava plena confiança.⁴³

Esses editos do pretor urbano eram comunicações escritas publicadas sobre tábuas pintadas de branco (álbum), em que os assuntos eram epigrafados em vermelho para se destacar (*rubricae*). Eram fixados no fórum, para que pudessem ser lidos sem dificuldade e terminavam sempre com a sigla q.s.s.s. (*quae supra sunt scripta*)⁴⁴.

Destaque-se que até a *Lex Cornélia* os pretores não eram vinculados aos editos, mas sempre respeitavam as promessas para não comprometer o êxito de seus trabalhos⁴⁵ ou serem acusados de arbitrariedades⁴⁶.

Esses *edicta* podiam ser *perpetua* ou anuais os que eram dados no início de sua magistratura, contendo os vários critérios que seguiria no exercício de suas funções durante esse ano. Eram afixados no fórum no início de janeiro. As *repentina* eram utilizadas no caso concreto, em uma situação emergencial, em situações em que nem os *edicta perpetua* ou o *ius civile* solucionavam o caso. Conforme José Cretella Júnior⁴⁷, essa faculdade de lançar mão dos editos repentinos degenera em abuso, “tendo alguns magistrados violado seus próprios

⁴² BRASIELLO, Ugo. *Edicta*. In: *Novíssimo digesto italiano*, p. 371.

⁴³ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, 1969, p. 340.

⁴⁴ Segundo Brugi (BRUGI, Biagio. *Editto*. In: *Digesto italiano*. Unione Tipográfica-editrice, Torino: UTET, p. 102), essa era uma fórmula comum às leis e aos senados consultos.

⁴⁵ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969. p. 342.

⁴⁶ Giordano (GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*, p. 147) lembra as denúncias de arbitrariedades de Cícero contra Verres, que teria gerado uma lei de 67 a.C., que proibiu que os magistrados se afastassem da orientação de seus próprios editos.

⁴⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 36.

editos, motivo por que a *Lex Cornelia* aboliu essa espécie de edito". Para Charles Maynz⁴⁸, o objetivo da proibição era garantir a imparcialidade.

III - SÚMULAS E EDITOS: UMA COMPARAÇÃO

Os editos com passar do tempo passaram a ser repetidos e aproveitados pelo novo pretor. Esses editos recebem o nome de translaticia. Sebastião Cruz⁴⁹ observa que essa repetição transforma o *edictum* em uma fonte autônoma, "quase num texto legal"⁵⁰ ou observados "como se fuera ley"⁵¹. Esses textos passam a receber comentários pelos *iurisprudentes* e pelo próprio imperador "que principiava a concentrar em suas mãos todas as fontes do direito"⁵².

A repetição do edito é extremamente importante, pois tem como propósito propiciar confiança aos que recorrem ao sistema de distribuição de justiça. Trata-se de um direito complementar ao *jus civile*⁵³, "ora confirmando-o, ora suprimindo-o, ora corrigindo-o - o *Edictum* mostra claramente o aspecto dinâmico, progressivo do *Ius Romanum*"⁵⁴. O edito "era algo nuevo, individual y polivalente creación, que por médio de su jurisdicción creaba y administrava derecho"⁵⁵. Com a repetição ocorre uma sedimentação realizada com base na experiência desses pretores, mas sem deixar de se apontar uma estagnação ou

⁴⁸ MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 4^{ème} éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876. p. 220.

⁴⁹ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, p. 344.

⁵⁰ No entanto, Eugène Petit (PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Araujo, 1943. p. 37) adverte que se trata de um poder em função do império, em função da administração da justiça, e não um poder legislativo propriamente dito. Explica que as medidas necessitavam ser aprovadas pela opinião pública, até porque o pretor poderia não ser reconduzido à função.

⁵¹ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 52.

⁵² CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, p. 345.

⁵³ Note-se que esse direito era chamado também de *jus honorarium* "porque emana de quienes desempeñan, funciones públicas, honores, por oposición, al jus civile, obra de los juriconsultos; otras veces, jus praetorium, a causa del preponderante papel que los pretores presentaron en su composición" (PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*, p. 47).

⁵⁴ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, p. 347.

⁵⁵ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 52.

um exaurimento que redundou em uma necessidade posterior da codificação, realizada pelos imperadores⁵⁶.

Com a repetição dos editos ocorre a generalização das suas máximas, que Betti⁵⁷ compara ao poder regulamentar dos (chefes dos) executivos, que podem atuar no sentido de autolimitarem o seu poder discricionário. Verifica-se que os pretores criam o direito – ou, como preferem outros, o revelam – e que os editos são, antes de tudo, “máximas de decisão e de prática judiciária”⁵⁸ que tinham um valor puramente paradigmático e programático, mas ainda não poderiam ser considerados normas em um sentido estrito, mas passaram a ter repetida e ininterrupta observância. O edito era um *programa* cuja finalidade era informar os cidadãos “*que clase de derechos tendrán sobre cada asunto, no tratado em las leys*”⁵⁹.

As súmulas também são máximas, formuladas mediante um processo de elaboração e redação a partir de casos que foram julgados. Significa que, dentro de um quadro de possíveis soluções, se elege uma delas para o futuro e para os casos pendentes. Há uma redução da discricionariedade – o termo aqui é utilizado como aquele espaço de solução disponível ao aplicador –, de que dentro do quadro normativo apresentado não poderá se adotar outra solução, ou seja, ocorre uma a canonização da jurisprudência.

As súmulas como os editos têm o caráter de enunciar um programa normativo, o que significa um modelo de ordenação expressa por enunciados linguísticos, ou seja, as palavras – o texto de um enunciado sumular – designam o “programa da norma” na concepção de Friedrich Müller⁶⁰, ou seja, assumem, também na expressão de Friedrich Müller, uma “futuridade (*Zukünftigkeit*)”⁶¹, pois estabelecem esse programa para o futuro.

⁵⁶ “*In conclusione, la codificazione sarebbe il frutto di una tarde leggenda, giustificata dall’effettivo esautoramento del ius honorarium operato da Adriano e, forse, dal divieto imposto ai praesides provinciarum di allontanarsi dal testo, ormai tralaticio, del praetor urbanus. Spiegabili sarebbe altresì il riferimento della pretesa opera codificativa a Sálvio Giuliano, autore di Digesta e sistematico commentatore dei principi editali (ordinator edicti).*” (MELILLO, Genereso. *Edictum perpetuum*. In: *Novíssimo digesto italiano*, p. 379.

⁵⁷ BETTI, Emilio. *Iurisdictio Praetoris e potere normativo*. In: *Labeo*. Rassegna de diritto Romano. 1968. p. 14.

⁵⁸ BETTI, Emilio. *Iurisdictio Praetoris e potere normativo*, p. 14.

⁵⁹ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 48.

⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43.

⁶¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 49.

Há um verdadeiro caráter ambivalente, pois as súmulas fazem parte de um processo de decisão de uma série de casos considerados idênticos, ocorridos com base em outros textos normativos (constitucionais ou não), dos quais eles apresentam um caráter acessório ou subordinado, mas ao mesmo tempo se transformam em programa para o futuro.

Ao verificar que a súmula vinculante se dirige ao futuro, que tem caráter obrigatório, pode-se afirmar, como já se fazia, que ela tem natureza normativa – equivalente a uma lei –, em função de sua generalidade e abstração. No entanto, ela é uma generalização que decorre de uma norma de decisão (caso decidido), que concretizou outras normas, mas que, expressa em um texto (o enunciado da súmula), facilita a comunicação de critérios gerais para a adoção de condutas⁶² que, embora não eliminem as dúvidas, têm uma pretensão, em grau mais elevado de fazê-lo. Não há mais caso a ser decidido, portanto, estamos próximos de uma competência legislativa.

Assim, as súmulas, tais quais os editos, canonizam promessas. Não se recorre mais a casos individuais, mas ela atua como uma forma especial de memória daquilo que foi gerado. Tomando as concepções de Kirste⁶³ sobre memória e direito, podemos entender as súmulas como um processo especial de memória, em que a suma, o que se reputa importante, passa a ser destacada para ser recordada. O processo de sumularização, em contraposição ao da *common law*, faz que a máxima se destaque do seu elemento genético, formador, muitas vezes até olvidando o caso concreto que a originou. As súmulas são um elemento introdutor de certeza e estabilidade em que se procura resolver todas as questões controvertidas, “procurando estancar os pontos de dúvida”⁶⁴. As súmulas, especialmente a súmula vinculante, é como se fosse o *sonho com interpretação ou com legenda*, em que deve ficar claro o seu significado⁶⁵, ao contrário da *common law*, no qual não há esse destaque do enunciado.

⁶² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 21. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian (em várias passagens).

⁶³ KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. *Revista Mestrado em Direito Osasco*, ano 8, n. 2, p. 125-143.

⁶⁴ SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 119.

⁶⁵ SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*, p. 119.

No procedimento de elaboração sumular, o Tribunal procura deixar evidenciado como quer interpretar e quer aplicar o direito controvertido. Essa posição aproxima o sistema do caráter translático em que há repetição dos editos dos pretores, de ano para ano, renovando e ao mesmo tempo dando estabilidade para o sistema, evitando, quando possível, os *decretae repentinae*, que eram as ações, por tabela direitos, que o pretor dava para o caso concreto. Esses decretos, como anota Mehesz⁶⁶, tinham um caráter ambivalente, quando ao mesmo tempo renovavam, mas causavam insegurança na administração da justiça, e, por isto, por meio da *Lex Cornelia* os pretores foram obrigados a ater-se ao disposto nos seus editos perpétuos que foram publicados ao assumir o cargo. Esse aspecto assemelha-se, no nosso direito atual, às chamadas “viradas jurisprudenciais”, que sempre causam, em maior ou menor grau, insegurança jurídica e, por isto, devem ser evitadas. Por isso, os *decretae repentinae* receberam no período romano críticas pela insegurança jurídica que causaram.

O *jus civile* forma a base da qual o pretor parte. É com sabedoria, ou seja, com *prudentia*, que ele realiza a sua tarefa de complementá-lo. A base das súmulas é a do direito escrito e no que se refere às súmulas vinculantes é especialmente o texto constitucional. A expressão textual do art. 103-A refere que serão objetos de súmulas vinculantes *normas determinadas* que têm como objetivo especificar o caráter dependente da súmula vinculante a um texto, no caso, um texto de caráter constitucional, ou seja, “é preciso considerar que, em última análise, a súmula tem por objeto uma norma judicializada, cujo alcance e compreensão ela vem deslindar”⁶⁷, não se reconhecendo um papel autônomo, mas um papel dependente de texto (um ou mais), cujo sentido se tornou explícito em função de anterior aplicação.

Assim, no Direito brasileiro atual, ao contrário do Direito romano do período examinado, temos a presença de um sistema de constituição escrita e de um direito escrito e codificado. No entanto, as súmulas, especialmente as vinculantes em sentido próprio, são direitos (ou posições processuais) que se prometem (ou se negam) para o futuro. É claro que a diferença fundamental é que os romanos não distinguem a ação do direito. A promessa consubstanciada

⁶⁶ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*, p. 50.

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

no edito é uma promessa de uma ação, e, portanto, o significado de prometer o próprio direito é uma decorrência disso⁶⁸.

O modelo constitucional brasileiro, formado por uma Constituição extensa, dita analítica, mas que, por outro lado, não abriu mão de uma série de normas abertas, favorece uma amplitude em que seja possível transformar todas as questões em constitucionais, que já foi chamado de efeito Midas⁶⁹, visto que as normas infraconstitucionais podem ser adequadas aos princípios constitucionais, transformando-se, desse modo, muitas questões em matéria constitucional. Mais do que nunca, o STF, como intérprete e aplicador, tem o poder de conformar o sentido de um texto legal valendo-se do texto constitucional, o que pode transformar qualquer matéria em constitucional.

No entanto, como destaca Betti⁷⁰, havia uma contínua relação entre a experiência (a vida) e a norma no Direito romano, não havendo abuso por parte do poder normativo, que permitia a lenta absorção das mudanças. Em outras palavras, também a jurisprudência sumulada não pode ser apenas um ato de poder legítimo, unicamente estatal, mas também representar o direito no seu aspecto de legitimidade social e jurídica e, por isto, uma base racional.

É importante dizer que os romanos não vivenciaram a realidade de um processo de massa⁷¹, fruto de uma sociedade de massas⁷², tal qual vemos no Brasil, o que tornou a súmula uma resposta à relevante multiplicação de

⁶⁸ “Os magistrados judiciários, no Direito romano, não podiam atribuir direito a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações (o que, praticamente equivalia à criação de direitos). Em virtude disso, o *ius honorarium* ou *praetorium*, como acentua Ferrini, era um sistema de ações, e não um sistema de direitos.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23)

⁶⁹ Expressão em SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*, p. 39: “Do mito depreende-se que, em matéria de atuação jurisdicional do órgão encarregado de interpretar a Constituição, seja conveniente uma certa auto-restrição (*self restraint*) e, em extremo, até necessária, para não haver concentração de toda a interpretação do Direito naquele órgão e acarretar o seu próprio sufocamento”.

⁷⁰ BETTI, Emilio. *Iurisdicção Prætoris e potere normativo*, 1968 (em diversos lugares).

⁷¹ Sobre o tema, ver José Carlos Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 187 ss., jan./mar. 1991.

⁷² Segundo Ortegatti (ORTEGATTI, Cassio. *Sociedade de massa*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília/DF: Editora da UnB, v. 5, 2005. p. 2011), “sob o ponto de vista descritivo, a sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através de uso dos meios de comunicação de massa”.

processos. A sociedade romana era uma sociedade hierarquizada com grande base na escravidão⁷³, mas já havia um problema de efetividade judicial no tempo da *actio* de cunho privado, em que competia à própria parte levar o réu a juízo (citação) e depois executar a sentença⁷⁴. No entanto, o pretor romano estava atento aos problemas de efetividade e, por isso, ele produzia o rompimento com o sistema tradicional, introduzindo várias ações, como se pôde exemplificar com interditos possessórios, destinados a assegurar a posse⁷⁵, que possuem um caráter executivo.

O sistema imperial romano mais tarde reunirá em suas mãos o direito, publicizando completamente essa função, de tal modo a, sem descurar dessa obra, reunir nas mãos do imperador a função legislativa, em que se busca a centralização da legislação em um único documento. No entanto, observa Carlos Ambrosioni: “*La gloria mas pura y genuína del Derecho Romano se encuentra en esa técnica pretoriana*”, mas que não foi obra apenas do pretor, mas também labor dos prudentes que atuaram como “*sutililes capatahores del sentido popular y práctico*” e, dessa forma, “*convertían la matéria bruta suministrada por la experiência*”

⁷³ Ver a crítica produzida por Veras Neto (VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 121-153. ISBN 978-85-7308-916-5, p. 121-127): “[...] o Império Romano e suas várias etapas históricas estariam fixados cronologicamente no modo de produção escravagista, em que o motor do desenvolvimento econômico estava nas grandes propriedades apropriadas pela aristocracia patricia, que controlando os meios de produção, as terras e as ferramentas necessárias ao trabalho agrícola, dominavam as classes pobres e livres dos plebeus, clientes e a dos escravos, estes últimos classificados como *res* (coisa), eram uma espécie de propriedade instrumental animada. A sociedade desigual romana gerou uma série de instituições políticas e jurídicas *sui generis*, bem como um ambiente de conturbação e de conflitos de classe, decorrentes das desigualdades sociais, principalmente entre as classes dos patrícios e a dos plebeus, esta situação se manifestou, por exemplo, na rebelião plebéia que gerou a elaboração da famosa Lei das XII tábuas, atribuindo mais poder aos plebeus [...]”.

⁷⁴ Ver neste sentido ARIES, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991-1992, 1989. p. 166 ss.

⁷⁵ Giordani (GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*, p. 47) exemplifica o rol “como os Interditos possessórios, destinados a assegurar a posse contra as perturbações e espoliações, a *Publiciana actio*: ação que dá proteção aos que adquirem bens sem as fórmulas rigorosas exigidas pelo *ius civile*, a *Actio doli*: ação que permite o restabelecimento de um direito lesado por fraude praticada por outrem, a *Restitutio in integrum*: que anulava os atos fraudulentos causadores de lesão de direitos e restituía as coisas ao estado anterior e a *Bonorum possessio*: pela qual se concedia aos parentes só por consangüinidade (cognação), embora não fossem considerados herdeiros pela lei civil, o gozo de direitos sobre a herança, dando-lhes o encargo de cumprir as obrigações do defunto”. Conforme Mehesz (MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 95), são os clássicos e perenes interdictos possessórios.

*em materia jurídica a través de fórmulas, cuya recepción admitia ele pretor o no en su edicto, conforme le pareciera o no conveniente y oportuno*⁷⁶.

CONCLUSÃO

O presente texto destacou o caráter normativo e obrigatório que têm assumido as súmulas no Direito brasileiro. Todas as súmulas, inclusive aquelas ditas não vinculantes, assumem graus de obrigatoriedade diversos, consoante contem com instrumentos que reforçam a sua aplicação. É com este sistema sumular que traçamos o paralelo com a atividade dos pretores no Direito romano, magistrados, que no início de sua atividade estabeleciam o seu programa, ou seja, as ações que colocavam à disposição dos cidadãos por meio dos editos.

Esses editos eram máximas escritas, repetidas anualmente, fruto da interpretação e da renovação que os pretores e jurisconsultos faziam do *jus civile*. Não possuíam o grau de abstração e sistematização de um código, mas eram dirigidas para o futuro. As súmulas também apresentam esse caráter de enunciar um programa normativo, um modelo de ordenação expressa pelos enunciados linguísticos, que apresentam um programa para o futuro, uma “futuridade (*Zukünftigkeit*)”.

Os textos normativos são a fonte da qual são extraídas as súmulas, as quais assumem um caráter acessório ou subordinado, mas ao mesmo tempo se transformam em programa para o futuro, transformando-se em equivalente à lei, no seu caráter normativo, pois a súmula pressupõe a comunicação de critérios gerais para adoção de condutas, como eram os editos, que também canonizavam as promessas, destacadas dos casos concretos, embora tivessem estes sempre bem presentes.

O pretor cria o direito tendo como base estável o *jus civile*. Com sabedoria (*prudentia*), ele realiza a sua tarefa de complementá-lo. Os editos pressupõem a existência desse direito anterior o *jus civile*, analogamente as súmulas pressupõem a existência dos textos normativos, especialmente, a da própria Constituição. Os pretores estavam atentos aos anseios da nova realidade que se apresentava e preocupavam-se com a legitimidade de sua atuação. Também o direito sumular atual deve ficar atento para essa condição procedimental, de fonte derivada, mas criativa e normativa da jurisprudência.

⁷⁶ AMBROSIONI, Carlos. Prólogo. In: MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 9.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2 v., 2003.
- AMBROSIONI, Carlos. Prólogo. In: MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967.
- ARIES, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 1, 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 187 ss., jan./mar. 1991.
- BRASIELLO, Ugo. Edicta. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 371-372, 1957.
- BRUGI, Biagio. Editto. In: *Digesto italiano*. Unione Tipografico-editrice. Torino: UTET, 1884-1921.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 91, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/Texto.asp?id=4248>>. Acesso em: 23 jun. 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 486 p.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CRUZ, Sebastião, *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DOMINICIS, M. Antonio de. Magistrati (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da Justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*, n. 113, p. 166-176, mar. 2009.
- GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- GRANT, Michael. *História de Roma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 21. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.].

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. *Revista Mestrado em Direito Osasco*, ano 8, n. 2, p. 125-143.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINELLI, Vincenzo. *Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 4^{ème} éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876

MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. 208 p.

MELILLO, Generoso. Edictum perpetuum. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1958-1975.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *As origens da condenação do processo civil romano*, v. 112, 134.

ORTEGATTI, Cassio. Sociedade de Massa. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília/DF: Editora da UnB, v. 2, 2005.

PAOLI, Hugo Enrico. Magistrati (direito grego). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Araujo, 1943.

SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, supl., dez. 2003.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO

PREDICTABILITY OF JUDICIAL DECISIONS AS A FACTOR OF DEVELOPMENT

Lara Bonemer Azevedo da Rocha¹
Mestranda em Direito pela PUCPR

Marcia Carla Pereira Ribeiro²
Professora Titular de Direito Societário na PUCPR

RESUMO: O artigo, por meio da análise econômica do direito e da análise do caso do IPI, aborda a previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. Neste contexto, a jurisprudência é concebida como uma fonte de direito, que deve ser dotada de previsibilidade, para que tenha o condão de transmitir segurança aos jurisdicionados. São tecidas considerações a respeito da importância de um conjunto de regras de conduta dotadas de eficiência

para se alcançar o desenvolvimento, na medida em que propiciam aos agentes o cálculo das consequências de suas decisões. São apontados alguns aspectos ineficientes do Poder Judiciário brasileiro relacionados à carência de previsibilidade, inclusive em razão do sistema adotado no País permitir mudanças de entendimento dos Tribunais Superiores a respeito de determinada matéria, independentemente de alteração legal ou do cenário socioeconômico que motive a

¹ Pesquisadora, Advogada, Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/PR.

² Doutora em Direito pela UFPR, em Curitiba/PR, Brasil, Estágio de Pós-doutorado pela FGVSP (2005-2006), Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montréal/CA (2007), Professora Associada de Direito Empresarial UFPR, Estágio de Pós-Doutorado pela FGVSP (2005-2006), Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montréal/CA (2007), Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária, Procuradora do Estado.

modificação, é o que se observa, por exemplo, com certa frequência, em matéria tributária. Objetiva-se, ao longo do trabalho, apontar indícios de como o fato dos jurisdicionados poderem calcular as consequências de suas condutas pode influenciar na produção e circulação de riquezas, destacando que esta possibilidade existe apenas quando as decisões judiciais são dotadas de previsibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Previsibilidade; decisões judiciais; desenvolvimento; análise econômica do direito.

ABSTRACT: *The article, through the Economic Analysis of Law and the analysis of the IPI case, addresses the predictability of judicial decisions as a factor of development. The jurisprudence is taken as a source of law and it is analyzed the need, through predictability, to transmit to the jurisdictional safety. It will be woven considerations on the importance of a set of rules of conduct provided with efficiency to achieve development, in the extent to which agents provide the calculation of the consequences of their decisions. It will be pointed some aspects which are inefficient in Brazilian judiciary, related to the lack of predictability, considering the system adopted in the country which allows changes of the Superior Courts understanding about a particular matter, regardless of legal change or socioeconomic scenario that motivates the modification. It is what is observed, for example, not infrequently, in tax. It is objective, throughout the work, pointing as evidence of the fact that the jurisdictional order to calculate the consequences of their behavior, which is possible only when judicial decisions are predictable, can influence the production and circulation of wealth.*

KEYWORDS: *Predictability; judicial decisions; development; economic analysis of law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Jurisprudência e segurança jurídica; 2 Processo civil, previsibilidade e desenvolvimento; 3 Efeitos da mudança de entendimento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, um estudo de caso sobre o direito ao creditamento do IPI; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Jurisprudence and legal certainty; 2 Civil procedure, predictability and development; 3 Effects of the changes of the legal understanding by the Brazilian Supreme Court, a case study on the right to credits of IPI (Industrialized Products Tax) tax; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A economia de mercado depende substancialmente das trocas que, por sua vez, têm sua ocorrência intimamente ligada à possibilidade dos agentes de calcular as consequências de seus atos, potencializando a maximização de seus lucros.

Esta possibilidade de cálculo dos resultados das condutas de parte dos agentes tem como um de seus fatores a aplicação das leis no plano judicial. Assim, de acordo com o entendimento do Poder Judiciário a respeito de determinado assunto, os agentes podem criar suas expectativas e fechar seus negócios, criando e circulando riquezas e, portanto, contribuindo para o desenvolvimento da nação.

Os melhores resultados econômicos estão fortemente atrelados à existência de um sistema legal e judicial eficientes, de forma a que sejam elaboradas e aplicadas leis coerentes e que gerem previsibilidade, proporcionando aos jurisdicionados a segurança necessária quanto às regras do jogo.

O presente artigo, na busca de demonstrar a importância da previsibilidade das decisões judiciais para o desenvolvimento, se inicia com a abordagem dos conceitos de jurisprudência e segurança jurídica, sendo analisados, neste aspecto, a jurisprudência como fonte do direito, seus princípios informadores e a segurança jurídica gerada pela previsibilidade das decisões.

Em seguida, serão tecidas considerações a respeito da importância das regras processuais e da influência da previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. Nesse contexto, analisa-se o Poder Judiciário brasileiro, apontando os principais problemas que afastam a previsibilidade das decisões judiciais. Destaca-se, nesse diapasão, a eventual falta de alinhamento vertical e horizontal das decisões judiciais e, principalmente, o risco de posturas da ordem da mera mudança de opinião dos Julgadores, por motivos exclusivamente de cunho pessoal.

Por fim, serão retratadas situações em que ocorreu a mudança de entendimento dos Julgadores do Supremo Tribunal Federal, a despeito de qualquer alteração legislativa ou de acontecimento socioeconômico que exigisse mudança de entendimento a respeito de tais assuntos, com especial enfoque na matéria tributária e nos efeitos decorrentes desta mudança.

1 JURISPRUDÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

A jurisprudência, ao lado do costume, do estatuto e da erudição³, é considerada como fonte do direito, uma vez que influencia diretamente na

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 499.

formação das normas jurídicas. Isto porque, no sistema judiciário brasileiro, que optou pela adoção das diretrizes estabelecida pelo *civil law*, foi atribuído ao julgador o poder de interpretar as regras jurídicas, aplicando-as ao caso concreto.

Enunciam Cooter e Ullen⁴, ao analisar as tradições do *civil* e do *common law*, que ao legislativo incumbe a confecção das leis e aos juízes sua interpretação e aplicação, advertindo que, se a legislação é “deliberadamente vaga ou inadvertidamente ambígua”, os juízes têm flexibilidade para escolher entre as várias interpretações diferentes, criando o direito na medida desta interpretação.

Desse modo, frente a uma norma que possibilite múltiplas interpretações, ou, ainda, a uma lacuna legislativa, está o Magistrado autorizado a decidir de acordo com sua livre convicção (art. 131, CPC), podendo pautar-se, por analogia, nas regras já existentes e nos princípios norteadores do direito⁵.

A jurisprudência explícita, portanto, o entendimento de determinado tribunal a respeito de uma questão jurídica ou sobre a interpretação de um dispositivo legal. Segundo Pedro Miranda de Oliveira⁶, “o objetivo é facilitar a tarefa do operador do direito e agregar certeza, previsibilidade e celeridade à resposta judiciária, concluindo que dar previsibilidade ao jurisdicionado é função inerente à jurisprudência”.

Nesse aspecto, entende Ricardo Luis Lorenzetti⁷ que deve existir uma ordem no raciocínio judicial criador da decisão. Para tanto, sugere que primeiro se aplique a dedução a partir das regras válidas; em seguida, que este resultado seja controlado conforme os precedentes, o sistema legal vigente e as consequências

⁴ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 76.

⁵ No mesmo sentido: O direito (lei, jurisprudência, costumes, etc.) funciona como um conjunto de normas jurídicas que constituem as regras de conduta social. Seu objetivo é regular a atividade dos homens em suas relações sociais. Além disso, é um meio de solucionar conflitos. Portanto, esta dupla função – a de induzir condutas e de resolver conflitos –, apesar de não defini-lo, torna mais precioso seu funcionamento. Quanto, na falta dessas normas jurídicas, o juiz se depara com um caso sem precedentes (jurisprudência) ou a respeito do qual falta disposição na legislação vigente, direta ou indireta, devem-se buscar, por meio da analogia, os princípios gerais de direito para decidir a questão; em tais circunstâncias, estes adquirem força normativa, para a solução das controvérsias levadas ao Poder Judiciário. Mais uma vez, por meio dos precedentes judiciais, está se orientando a conduta humana. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 20/21).

⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 704.

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 157.

do mesmo; ato contínuo, sendo o caso, deverá ser aplicada a solução baseada em princípios; e, por fim, que se houver paradigmas que definam a solução, que sejam explicados a partir do exercício de sua harmonização.

Estabelece, portanto, uma ordem de condutas a serem tomadas pelo julgador na criação da decisão judicial, na busca de orientação de raciocínios semelhantes, que levem a conclusões semelhantes, a respeito de uma mesma matéria.

É certo que o sistema jurídico brasileiro emprestou à jurisprudência, papel importante e consideravelmente mais relevante do que o de simples repositório de decisões pretéritas na medida em que, ao lado da lei e dos costumes, ocupa lugar de destaque no nosso ordenamento jurídico, como fonte do direito, “mormente se considerarmos a que emana dos Tribunais Superiores”⁸, que tem a função precípua de uniformizar o entendimento a respeito da legislação positivada.

Concebida a jurisprudência como uma das fontes do direito, fica evidenciada sua importância para o presente estudo. Isto porque, uma vez integrada ao sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência está intimamente ligada à questão da previsibilidade das decisões judiciais, especialmente quando se considera a flexibilidade de decidir. Adicione-se que a garantia de maior ou menor segurança jurídica interfere na confiança interna e externa do sistema e, por conseguinte, no desenvolvimento do País.

1.2 JURISPRUDÊNCIA, PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

A margem de liberdade conferida ao Magistrado, aliada às preferências pessoais e políticas inerentes aos julgadores, podem gerar decisões divergentes a respeito de uma mesma matéria. É o que tem acontecido frequentemente na prática jurídica do Brasil e contribuído para o estabelecimento de acirrada discussão doutrinária quanto à insegurança gerada por esta “liberdade” inerente ao direito de decidir.

Diversas são as razões apontadas pelos doutrinadores a justificar as margens de divergência jurisprudencial. São invocadas, além das preferências pessoais e políticas de cada julgador, questões como a busca pela justiça social

⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Op. cit., p. 707.

por parte dos Magistrados⁹, a ineficiência do sistema jurídico adotado no Brasil, em contraste, neste aspecto, com os precedentes do *commom law*¹⁰, entre outros argumentos que têm sido utilizados para justificar certos comportamentos que denotam grau de arbitrariedade no modo de decidir brasileiro.

A discussão se respalda na necessidade de atribuir eficiência ao sistema jurídico brasileiro. Nesse aspecto, um sistema jurídico eficiente seria aquele capaz de proporcionar aos jurisdicionados uma resposta adequada à pretensão deduzida em juízo e, mais do que isso, influenciar na escolha de suas condutas ainda no plano extrajudicial, elementos tidos como indispensáveis ao desenvolvimento.

A estabilidade, a reconstituição da ordem e a afirmação da segurança jurídica são valores particularmente importantes do sistema jurídico, uma vez que, para emprestar eficácia a esse universo valorativo, não basta que o Judiciário resolva os conflitos com base na lei, sendo preciso que as decisões, uma vez tomadas, sejam estáveis e imutáveis¹¹.

Segundo Teresa Arruda Alvim¹², “trata-se de um fenômeno que produz tranquilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo”.

⁹ Armando Castelar Pinheiro aponta como um dos fatores que incidem sobre a falta de previsibilidade das decisões judiciais a judicialização do conflito político e a politização do Judiciário. Entende-se o primeiro como a tendência dos poderes políticos transferirem para o Judiciário disputas de caráter eminentemente político, que não são resolvidos nas esferas apropriadas. O segundo fenômeno resulta de um posicionamento dos próprios juízes, na tentativa de favorecer grupos mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores, ou simplesmente a visão política do juiz sobre a questão em disputa. Promotor da justiça social. (PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 262)

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni aponta que: “A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *commom law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63).

¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 37.

¹² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Op. cit., p. 678.

No mesmo diapasão, Luiz Guilherme Marinoni¹³, citando Massimo Corsale, afirma que um ordenamento jurídico absolutamente destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal. E conclui que o sistema jurídico brasileiro afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas.

A segurança jurídica permite que as partes possam calcular os efeitos da norma de forma a influenciar e na valoração de seus atos. A segurança não decorre, portanto, apenas da lei, mas igualmente das decisões proferidas pelos tribunais, de cuja harmonia dependerá a segurança pretendida.

A relação ideal entre os conceitos de jurisprudência, previsibilidade e segurança jurídica para que se atinja um sistema jurídico eficiente, seria então que a formação da jurisprudência, assim como das decisões vistas isoladamente, deveria ser orientada de forma a que os Magistrados, ao julgarem casos semelhantes, obtenham conclusões semelhantes, dotando o sistema jurídico de previsibilidade apta a gerar a almejada segurança jurídica aos seus jurisdicionados¹⁴.

Desse modo, para que se possa alcançar previsibilidade, na busca de uma relação ideal, faz-se necessário não apenas que os Tribunais Federais e dos Estados respeitem os precedentes dos Tribunais Superiores, mas também, e principalmente, que estes respeitem seus próprios precedentes, garantindo segurança jurídica.

2 PROCESSO CIVIL, PREVISIBILIDADE E DESENVOLVIMENTO

2.1 DA IMPORTÂNCIA DAS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL E A RULE OF LAW

A presença de um Estado Democrático de Direito, concebido como *Rule of Law* é imprescindível ao desenvolvimento de uma nação. Nesse contexto, concebe-se o *Rule of Law* como sendo a presença de um sistema legal e judicial

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 126/127.

¹⁴ Conforme destaca Araken de Assis, “a incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e a aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da Justiça” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 814).

eficiente e acessível, que aplique as leis de forma igualitária, previsível, coerente e prospectiva¹⁵.

O sistema judiciário desempenha, assim, um papel de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade, na medida em que um bom sistema jurídico dá sustentação a um bom sistema de governança, garantindo o funcionamento de uma economia de mercado, e neste aspecto, os direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos.

Cooter e Ullen¹⁶, citando os teoremas normativos de Coase e Hobbes, afirmam que a importância da lei se destaca quando se considera que em situações normais uma pessoa racional não iria negociar voluntariamente com prejuízos. Sendo assim, a lei incentiva negociações ao apontar claramente as regras do jogo, quando os direitos são simples e claros é mais fácil negociar, e se reduz os custos de transação, na medida em que prevalece a prévia definição dos direitos de propriedade.

O direito exerce, assim, um papel essencial na organização da atividade econômica, pois, na condição de instituição, constitui-se em uma das chaves para o desenvolvimento. Com fundamento nas leituras de North, Olson e Scully, Pinheiro e Saddi¹⁷ demonstram a influência positiva das instituições legais sobre a economia, enfatizando, neste aspecto, o papel das leis em alocar os direitos de propriedade de forma a minimizar o impacto dos custos de transação, em definir a distribuição de renda, na medida em que estabelece regras para a negociação e alienação de direitos, em organizar as regras de acesso e de saída dos mercados e regular a estrutura industrial e a conduta das empresas, além de situações não previstas em contratos.

Celso Fernandes Campilongo¹⁸, ao analisar a importância das normas de direito processual, afirma que a Teoria do Direito Processual sempre esteve empenhada em identificar os problemas de funcionamento do sistema jurídico, buscando a construção dogmática de institutos que permitissem a fluência racional e equilibrada dos conflitos de interesse, ampliando ao máximo os mecanismos de acesso à justiça.

¹⁵ GICO JR., Ivo. A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário, p. 2. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53>. Acesso em: 13 jul. 2013.

¹⁶ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. Op. cit., p. 109/110.

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 11/15.

¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 28.

Para o autor, o direito é visto como um conjunto de meios que assegura a cada um escolher e atingir os fins desejados. Dito de outro modo “a função do direito – e, nesse caso, também da ‘divisão de poderes’ e, particularmente do juiz – é a de garantir as regras do jogo para o desenvolvimento das relações de mercado”¹⁹.

Isso porque as regras legais funcionam como incentivos ou como forma de inibir condutas. Com efeito, os atos praticados pelos agentes são pautados pela lei, exigindo, portanto, o conhecimento prévio, por parte destes, das regras do jogo que, para promover a negociação, devem ser claras e precisas. Portanto, o correto funcionamento do sistema econômico depende fundamentalmente da criação das leis e do Poder Judiciário, a quem compete assegurar o seu cumprimento.

A lei, neste aspecto, considerada como todas as regras legais, inclusive aquelas formadas pelo entendimento jurisprudencial, é apenas o ponto de partida para o comportamento do agente que, a partir das possibilidades legais, decide estrategicamente o que é mais vantajoso fazer, seja cumprir ou não cumprir o comando legal²⁰.

É, portanto, o Direito, um instrumento incentivador de condutas dos agentes, e, como tal, tem o condão de aproximar condições favoráveis ao desenvolvimento, na medida em que possa garantir segurança aos jurisdicionados.

2.2 DA INFLUÊNCIA DA PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO: GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA AOS JURISDICIONADOS

A criação e a circulação de riquezas na economia depende substancialmente das trocas que se operam nos mercados, o que requer um ambiente legal apto a aumentar a capacidade das partes de calcular as consequências de suas condutas, a fim de assegurar a produção e a riqueza, amparadas na perspectiva de cumprimento dos acordos²¹. A perspectiva de cumprimento dos acordos enquadra-se no conceito de segurança jurídica.

¹⁹ Idem, p. 37.

²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*. Elsevier, 2009.

²¹ ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 200.

Conforme assevera Ivo Gico Junior²², é a segurança jurídica que permite aos agentes econômicos saberem e negociarem *ex ante* a alocação do risco de determinado evento. Na hipótese de ausência de previsão contratual de determinada situação gerada durante o cumprimento do contrato, é ela que permite que as partes, com base na previsibilidade das decisões tomadas pelos Magistrados, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer aos Tribunais.

Assim, quando se está diante de um cenário em que as decisões judiciais tendem a uma maior uniformidade, o efeito é de que as informações a respeito dos atos a serem praticados pelos agentes se tornam mais claras e perceptíveis, facilitando o juízo de expectativas²³.

Ao contrário, a ausência de previsibilidade gera, por consectário lógico, um ambiente de incertezas entre os agentes e, portanto, insegurança jurídica, na medida em que impossibilita o cálculo dos efeitos de suas condutas. A consequência é o aumento dos custos inerentes ao risco gerado por este ambiente incerto e, conseqüentemente, uma alocação deficiente de recursos que dificulta o desenvolvimento.

Do mesmo modo, Jean Carlos Dias²⁴, ao enfatizar a importância dos precedentes, destaca que em um sistema em que são permitidos julgamentos divergentes a respeito de um mesmo tema, o efeito é de impossibilidade de cálculos de expectativas, não havendo condições de prever o desfecho final de uma demanda.

Conforme já salientado alhures, o Poder Judiciário brasileiro precisa incessantemente aprimorar sua eficiência, especialmente quando se considera a falta de previsibilidade de algumas de suas decisões. A análise dos julgamentos produzidos pelos Tribunais Federais e dos Estados aponta para consideráveis situações de divergência de entendimento entre Câmaras e, especialmente, em relação ao posicionamento já firmado pelos Tribunais Superiores.

É possível verificar também a dissonância de posicionamentos entre Turmas do Superior Tribunal de Justiça e entre Seção e Turma. E, o que se considera mais grave e será objeto de estudo no próximo capítulo, a mudança

²² GICO JR., Ivo. Op. cit., p. 26.

²³ DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 100.

²⁴ Idem, *ibidem*.

de entendimento dos julgadores a respeito de uma matéria, sem que houvesse precedente alteração legislativa apta a embasar esta alteração ou, ainda, mudança no cenário socioeconômico que exigisse uma diferente manifestação do Judiciário sobre determinado assunto.

Por óbvio que, sendo a jurisprudência uma das fontes do Direito brasileiro, não há como ignorar que uma mesma norma jurídica, ou, ainda, eventual lacuna sobre certa matéria, possa gerar interpretações e decisões judiciais diversas.

Em casos tais, cabe ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal a função de definir a correta interpretação a ser conferida ao direito federal e à Constituição Federal, respectivamente, bem como às matérias afetas, tudo por força do determinado na Constituição da República.

Os problemas gerados em razão da diversidade de interpretações e julgados ficam expostos em decorrência destas decisões muitas vezes não serem acatadas pelos Tribunais de segunda instância, havendo casos de efetiva negativa de eficácia e, principalmente, quando se identificam as mencionadas injustificadas mudanças de entendimento do Poder Judiciário, o que se torna ainda mais preocupante quando esta mudança parte dos Tribunais Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Assevera Luiz Guilherme Marinoni²⁵ que o julgador tem o dever de zelar pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário, garantindo a coerência do ordenamento. E prossegue afirmando que:

O juiz que contraria sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isso, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

A propósito, destaca Teresa Arruda Alvim Wambier²⁶ que esta alteração de compreensão do direito decorrente de fatores unicamente pessoais dos

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 64.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Op. cit., p. 56

juízes “é extremamente criticável e nociva”, ainda mais quando ocorre nos Tribunais Superiores, cuja função precípua é a de orientar os demais Tribunais.

Dessa forma, a mudança injustificada de posicionamento dos Juízes, desprovida de qualquer fundamento legal ou alteração na sociedade que a justifique, afronta de modo definitivo a uniformização, impossibilitando a estabilidade da jurisprudência e, por consectário, constitui verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento da economia.

3 EFEITOS DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, UM ESTUDO DE CASO SOBRE O DIREITO AO CREDITAMENTO DO IPI

A previsibilidade das decisões judiciais, nos termos do que foi exposto nos itens precedentes, contribui para a segurança jurídica. Esta segurança jurídica, por seu turno, permite aos agentes calcularem os efeitos de suas condutas, com base no que tem sido decidido de forma reiterada pelo Poder Judiciário.

No Brasil, diversos são os casos em que os Tribunais de Justiça, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, mudaram seu entendimento a respeito de determinada matéria, algumas vezes em franca contrariedade aos dispositivos legais e constitucionais já existentes a respeito do assunto *sub examine*, sob a premissa de estar-se atribuindo uma interpretação mais adequada a respeito de determinado tema.

A título de breve exemplificação, cite-se o caso do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil que proíbe a penhora dos rendimentos do trabalhador autônomo. Em que pese a determinação legal, na prática verifica-se que os Tribunais Regionais²⁷, referendando entendimento do Superior Tribunal de

²⁷ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PEDIDO DE PENHORA SOBRE O SALÁRIO DOS AGRAVADOS - POSSIBILIDADE - MITIGAÇÃO DO ART. 649, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - IMPENHORABILIDADE RELATIVA DE SALÁRIO - EXECUÇÃO QUE VEM SENDO INTENTADA HÁ ANOS - INDÍCIOS DE FRAUDE AOS CREDORES - POSSIBILIDADE DE PENHORA DE PERCENTUAL QUE NÃO GERE PREJUÍZOS A SUBSISTÊNCIA DIGNA DOS AGRAVADOS E DE SUAS FAMÍLIAS - ART. 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - [...] a 3ª Turma desta Corte, em 01.12.2011, no julgamento do REsp 948492/ES, desta relatoria, posicionou-se no sentido de se admitir o desconto em folha de pagamento do devedor, dada a natureza de prestação alimentícia dos honorários advocatícios, solução que, ademais, observa a gradação do art. 655 do Código de Processo Civil (AgRg-REsp 1297419/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, Julgado em 19.04.2012, DJe 07.05.2012). Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.” (TJPR, 12ª C.Cív., AI 940739-6, Maringá, Relª Angela Maria Machado Costa, Unânime, J. 27.03.2013) E, no mesmo sentido: TJPR, 9ª C.Cív., AI 830839-6, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana

Justiça a respeito da matéria, têm admitido a penhora de rendimentos em determinados casos, o que configura uma interpretação *contra legem*²⁸ que corrobora para a instabilidade da jurisprudência brasileira.

Do mesmo modo, salienta-se a mudança de entendimento a respeito da Cofins para as sociedades civis. A Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, isentou de pagamento as Sociedades Civis elencadas no Decreto-Lei nº 2.397/1987. Sobre esta matéria, a partir do primeiro julgamento sobre o caso, no ano de 1998, todas as decisões subsequentes foram no sentido de isentar as Sociedades Civis do pagamento da Cofins, ensejando a edição da Súmula nº 276 do STJ. Entretanto, com a subida de recursos ao Supremo Tribunal Federal, no ano de 2003, o posicionamento foi alterado, tendo a Suprema Corte se posicionado favoravelmente ao recolhimento da Cofins pelas ditas sociedades, revertendo totalmente a tendência jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹.

Neste estudo, sem desconsiderar os importantes reflexos gerados pelas mudanças de entendimento anteriormente delineadas no cenário econômico e social do Brasil, pretende-se analisar mais detidamente a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao creditamento de insumo isentos, tributados à alíquota zero e com a notação NT.

O Supremo Tribunal Federal, na primeira vez em que se manifestou sobre a matéria no ano de 1998, o que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 212.484-2, sob relatoria do Exmo. Ministro Nelson Jobim, decidiu apenas contra o voto do Exmo. Ministro Ilmar Galvão, que havia o direito ao creditamento de matéria prima isenta, utilizada na fabricação de produto industrializado sobre o qual o IPI incide com alíquota positiva.

Este posicionamento foi referendado pelos Tribunais Regionais Federais, sendo que, a partir de tais entendimentos, o crédito do IPI passou a ser requerido pelas empresas, nos casos de insumos tributados à alíquota zero ou NT.

A partir de então, nos termos do que estabelece o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o art. 38, da Lei nº 8.038/1990 e o art. 21, § 1º, do RISTF, a

de Curitiba, Rel^a Rosana Amara Girardi Fachin, unânime, J. 19.01.2012; TJMT, AgIn 109046/2009, J. 18.11.2009, Rel. Des. Sebastião Moraes Filho; TJSP, 18º CDPriv., Campinas, J. 04.07.2012, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, AgIn 3090084520118260000.

²⁸ GICO JR., Ivo. Op. cit., p. 24.

²⁹ RE-AgRg 574052/SP.

matéria passou a ser decidida monocraticamente, em razão de ter sido pacificado o entendimento a respeito de creditamento do IPI no STF.

No entanto, com o julgamento do Recurso Extraordinário de nº 370.682, aos 14.03.2003 inaugurou-se a divergência a partir do voto de relatoria do Exmo. Ministro Ilmar Galvão, que votou contra o direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos ou sujeitos à alíquota zero, no que foi acompanhado pelos Exmos. Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Em seguida, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 353.657, foi mantida a divergência apontada, confirmando a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria tocante ao direito de creditamento do IPI.

Hoje, o entendimento adotado pela Suprema Corte é este inaugurado pelos REs 370.682 e 353.657, posicionando-se, portanto, a favor da Fazenda Pública. Do mesmo modo como ocorreu com o posicionamento anterior, por estar sedimentado este “novo” entendimento, está autorizado o julgamento monocrático do recurso e o Superior Tribunal de Justiça, assim como os Tribunais Regionais Federais passaram a se posicionar também de acordo com o esposado pelo Supremo Tribunal Federal.

O que chama atenção na mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria é de que não houve qualquer alteração legislativa ou constitucional a respeito do direito ao creditamento do IPI ou, ainda, alteração no cenário socioeconômico do país que justificasse a mudança no entendimento jurisprudencial.

O STF, que, em última análise, é quem define qual é o direito, modificou seu entendimento de forma a contrariar os preceitos constitucionais vigentes, já que não houve alteração em relação a esta matéria. Este fato, como assevera Luís Roberto Barroso, equivale, em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislado³⁰.

A repercussão destas modificações de entendimento no tocante ao princípio constitucional da segurança jurídica é evidente. Ora, é certo que o Supremo Tribunal Federal não está impedido de modificar sua posição acerca de determinada questão jurídica. No entanto, ao fazê-lo, deve levar em

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, p. 17. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

consideração também a ótica do cidadão e da sociedade organizada, ponderando as repercussões socioeconômicas decorrentes da postura expressa nos julgados.

Isso porque essa comentada nova orientação produziu como efeito prático majoração de alíquota tributária, o que repercute na formação dos preços e frustra as expectativas dos negócios realizadas com base nos preceitos legais, gerando um ônus suplementar para as empresas³¹.

Acredita-se que as modificações interpretativas desta ordem deveriam estar atreladas à existência de fatos novos, inovações legislativas ou, ainda, uma alteração no cenário socioeconômico do país que exigisse um posicionamento atualizado a respeito da matéria, hipóteses que não se configuraram no caso relatado.

Tereza Arruda Alvim³², ao discorrer sobre a possibilidade das mudanças de entendimento por parte da jurisprudência, assevera que não há que se conceber tais mudanças em matérias que tenham o condão de ferir o princípio da previsibilidade, insculpido no art. 150, I e III, *b*, da Constituição Federal, trazendo a lume a questão tributária. Afirma que, pelo fato de os tributos estarem previstos em lei e, via de regra, serem cobrados no exercício seguinte em razão do princípio da anterioridade, a alteração de entendimento referente a questões tributárias não deve ocorrer pela via jurisprudencial.

Sendo assim, o que se verifica é que esta revisão de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal pode ser tranquilamente equiparada à edição de uma nova norma, já que não houve alteração no arcabouço jurídico que disciplina a matéria, e que foi aceita e referendada pelos Tribunais Regionais Federais e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A insegurança jurídica gerada por tais situações é notória, na medida em que coloca os agentes à mercê do entendimento emanado da mais alta Corte do Judiciário brasileiro, reconhecendo-se a ela poder para modificar o direito vigente a seu único e exclusivo critério.

CONCLUSÃO

No Brasil, em razão do sistema jurídico adotado, que se alinha às diretrizes estabelecidas pelo *civil law*, é comum que existam situações em que

³¹ Idem, p. 2.

³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Op. cit., p. 53/55.

um dispositivo de lei gere dupla interpretação ou, ainda, que lacunas legislativas abram margem para entendimentos divergentes.

Em razão dessa possibilidade, foram criados os Tribunais Superiores, concebidos como os responsáveis pela uniformização do entendimento jurisprudencial e por dirigir o sistema jurisdicional, de modo a evitar que uma alteração de entendimento calcada em posicionamento de ordem pessoal dos julgadores possa trazer prejuízos gravíssimos em razão da desestabilização que provoca, abalando por completo a confiança dos jurisdicionados no sistema de regras de conduta que têm a sua disposição.

Desse modo, cabe aos Tribunais Superiores a precisa orientação, estável e coerente, quanto à aplicação da lei no seu âmbito interno e naquele dos Tribunais Federais e dos Estados, não abrindo espaço para mudanças repentinas, ensejadas pela revisão de entendimento desamparada de fator apto a justificá-la.

Essa prática, além de gerar imprevisibilidade e insegurança jurídica, atribui desconfiança e descrédito ao Poder Judiciário por parte dos jurisdicionados, repercutindo, portanto, de forma extremamente negativa na sociedade. E, conforme já salientado neste estudo, um sistema jurídico imprevisível, inseguro, é ineficiente e, assim, insustentável para fins de desenvolvimento.

Busca-se um sistema judiciário previsível, no qual os Tribunais Superiores tenham entendimentos sedimentados, suscetíveis de mudanças apenas em casos justificados, como quando houver alteração legislativa ou mudanças na sociedade que exijam nova manifestação a respeito de determinada matéria, e que, em seguida, tenham suas decisões respeitadas pelos Tribunais Federais e dos Estados. Dessa forma, estar-se-ia em um ambiente apto a gerar a tranquilidade e segurança almejadas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, p. 7/38, abr./jun. 2003.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GICO JR., Ivo. A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53>. Acesso em: 13 jul. 2013.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do direito. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LORENZETI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*. Elsevier, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

UMA LEITURA HERMENÊUTICA DAS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A HERMENEUTICAL READING ON NEW CONSTITUTIONALISM

Lenio Luiz Streck¹

Professor da Unisinos/RS e Unesa/RJ

RESUMO: O presente artigo traz uma introdução, descrição e crítica do neoconstitucionalismo, entendido este como o movimento que procura, a partir das constituições estabelecidas após o segundo pós-guerra, reaproximar direito e moral, oferecendo uma resposta ao fracasso do positivismo. Sendo assim, pretendo primeiro me distanciar deste movimento; após, mostrar as diversas falhas na sua crítica muito simplificada ao positivismo e realizando; e, por fim, fazer uma nova leitura sobre este fenômeno, a partir de uma visão hermenêutica.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; direito constitucional; neoconstitucionalismo; positivismo.

ABSTRACT: *The present paper brings an introduction, description and critique of the new constitutionalism, understood as a movement that based on post-WWII*

constitutions wishes to reconcile law and morality, offering an answer against positivism's failure. In this sense, I intend to distance myself from this movement and then show the failure of its followers on their critique of positivism. In the end, I intend to provide a new reading on this phenomenon, after a hermeneutical point of view.

KEYWORDS: *Hermeneutics; constitutional law; new constitutionalism; positivismo.*

SUMÁRIO: Introdução; I - Ainda e sempre a questão do positivismo; II - Superação do positivismo?; III - As ditas características do neoconstitucionalismo; Aportes finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I - Still the problem of positivism; II - Overcoming positivism?; III - The so said characteristics of the new constitutionalism; Final observations; References.*

¹ Doutor em Direito (UFSC), Pós-Doutor em Direito (Universidade de Lisboa), Procurador de Justiça/RS. Professor Visitante da Universidades Javeriana (CO), Roma TRE (IT) e FDUC (PT), Membro Catedrático da ABDCONST - Academia Brasileira de Direito Constitucional, Presidente de Honra do IHJ - Instituto de Hermenêutica Jurídica.

INTRODUÇÃO

Em tempos pós-positivistas – ou de fortes críticas aos diversos positivismos –, é absolutamente relevante discutirmos as condições de possibilidade que a teoria do direito possui para construir respostas aos grandes dilemas surgidos com o advento do assim denominado neoconstitucionalismo.

É nesse sentido que, já de pronto, é preciso ter presente que o termo *neoconstitucionalismo* incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros². Já, no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como *neoconstitucionalismo*, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo *neoconstitucionalismo*.

Minha obra, neste contexto, por vezes se aproximava dessa leitura sobre os movimentos que marcaram o direito no segundo pós-guerra, porém, sempre marcada por uma profunda diferença: o modo como se pensava e se procurava dar soluções para o problema da interpretação do direito. No meu caso, minha filiação às filosofias que redescobriram a hermenêutica ainda na primeira metade do século XX (no caso, a fenomenologia hermenêutica e a hermenêutica filosófica) sempre me colocou à margem de algumas das principais conclusões apuradas pela grande maioria dos teóricos do *neoconstitucionalismo*. Isso porque nunca consegui concordar com o modo de encarar a relação entre direito e moral ou o problema da interpretação e da aplicação do direito nos termos propostos pelo *neoconstitucionalismo*. Assim, se em um primeiro momento houve uma

² Por todos, conferir: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009.

aproximação entre a minha proposta teórica e o *neoconstitucionalismo*, isso se deu muito mais por uma questão *nominal* do que propriamente *real*.

Explico: em nenhum momento me filiei aos postulados teóricos provenientes da teoria da argumentação, que veem uma relação de complementariedade entre o direito e a moral. Tampouco fui partidário da fórmula/regra da ponderação como modelo privilegiado de realização do direito através dos princípios. Na verdade, em minhas pesquisas, sempre desenvolvi uma atividade crítica em relação a ambos os fatores.

Também nunca pude concordar com aquelas propostas *neoconstitucionalistas* que procuravam desenvolver uma versão mais analítica do fenômeno jurídico, uma vez que minha filiação à hermenêutica me atirava inexoravelmente no chão da história e da necessidade de dar conta da tradição sobre a qual repousa o fenômeno jurídico (algo que passa ao largo das preocupações de uma teoria de matriz analítica). Assim, no contexto do que pode ser entendido por *neoconstitucionalismo*, minhas ideias sempre representaram muito mais uma atitude de crítica do que de associação ou defesa de seus postulados.

Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal entendidos. Reconheço, porém, que, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isto porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de *neoconstitucionalismo* implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*.

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do Direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da

Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo* [sic] e *neopositivismo* [sic]. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (*vide*, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.

Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial* (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência).

Assim, reconheço, já na introdução da nova edição de *Verdade e consenso*³, que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição.

Em suma: para efeitos destas reflexões, nomearei o meu “lugar de fala” como Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) para me referir ao movimento que desaguou nas constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, evitando os mal entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.

I - AINDA E SEMPRE A QUESTÃO DO POSITIVISMO

A partir de campos diferentes do conhecimento, é possível, já de pronto, separar o velho e o novo no direito. Em outras palavras, se não há segurança para apontar as características de uma teoria efetivamente pós-positivista e

³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

neoconstitucional, há, entretanto, condições para que se possa dizer “o que não é” e “o que não serve” para a contemporânea teoria do direito, mormente em países com sistemas e ordenamentos jurídicos complexos.

Mas o que a hermenêutica – na leitura que proponho a partir de *Verdade e consenso* e *Hermenêutica jurídica e(m) crise*⁴, imbricando Gadamer e Dworkin – pode contribuir para a compreensão desse novo constitucionalismo? Quais os pontos de encontro entre as análises hermenêuticas e aquelas advindas do terreno da(s) teoria(s) da argumentação? Ou, do mesmo modo, qual é a ligação entre a hermenêutica e as teorias discursivas compreendidas *lato sensu*?

Diferenças à parte – e sobre essas falarei mais adiante –, uma coisa é certa: sob o novo paradigma constitucional (do segundo pós-guerra), o *mundo prático* passou a importar os juristas. O direito já não seria mais o mesmo. O direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser uma “mera racionalidade instrumental” ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade ao direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.

Lembremos que, historicamente, as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias em uma racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma *razão teórica pura*: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento. Daí o papel do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*).

Para o positivismo jurídico (clássico), pouco importava colocar em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (Legislativo, Executivo ou Judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos⁵, ao passo que os problemas de legitimidade – *que incluem uma problemática moral* – deveriam ficar sob os cuidados de uma

⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit.

⁵ Veja-se a umbilical relação/ligação entre o positivismo normativista e as teorias analíticas da linguagem.

teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente em um contexto democrático, o que levava, inexoravelmente, a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil).

Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em *uma racionalidade teórica asfixiante* que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”. Repetindo o que já foi dito anteriormente: os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.

II – SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO?

De todo modo, vale a pena insistir nos pontos de convergência das teorias autodenominadas neoconstitucionalistas e as demais teorias críticas (de cariz pós-positivista): diante dos fracassos do positivismo tradicional, a partir da busca da construção de uma autônoma razão teórica, as diversas posturas críticas buscaram, sob os mais diversos âmbitos, (re)introduzir os “valores” no direito. Assim, por exemplo, diante de uma demanda por uma tutela que esteja relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? Qual é a tarefa do jurista?

Na medida em que existem vários neoconstitucionalismos, uma coisa é possível dizer: mesmo que muitas das concepções neoconstitucionalistas tenha resvalado para o voluntarismo, elas não trouxeram a indiferença. Sem exclusões, para elas há uma preocupação de ordem ético-filosófica: *a de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária*. Em outras palavras, o desafio tem sido o seguinte: *Como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais?* Como superar o positivismo exegético (embora

para as posturas neoconstitucionalistas o positivismo seja entendido *lato sensu* a partir do conceito clássico)? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático?

Vejamos isso. Parece que, para Oto e Pozzolo, assim como Carbonell e Prieto Sanchis, para falar apenas destes, não parece haver dúvida de que “neoconstitucionalismo” é sinônimo de “novo paradigma”. O direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra. Com a desconfiança em relação ao legislativo (e às mutações produzidas pelas maiorias incontroláveis), passou-se a apostar em uma matriz de sentido dotada de garantias contra essas maiorias eventuais (ou não). Isso implicou – e continua a implicar – mudanças de compreensão: Como olhar o novo com os olhos do novo, sem correr o risco de transformar o novo no velho? Esse passou a ser o grande desafio da teoria do direito.

Aliás, é Écio Oto quem indaga, na esteira de Prieto Sanchis: em que medida o constitucionalismo ou o juízo de constitucionalidade obriga a uma importante revisão da teoria do direito e, dado que nossa teoria do direito é basicamente uma construção positivista⁶, a questão consiste em determinar até que ponto este último ficou obsoleto? Por isso, desde logo tenho que indagar: Se as posturas neoconstitucionalistas não abrem mão da discricionariedade judicial, por que razão pode(ria)m ser consideradas pós-positivistas?

De todo modo, é possível dizer que Pozzolo, Oto e Sanchis – e tantos outros – efetivamente se perguntam acerca da questão que é fulcral na discussão: Quais as condições de possibilidade que tem a teoria do direito para atender às “demandas” de um novo paradigma que, primordialmente, tem a função de superar as insuficiências das teorias positivistas?

⁶ Observe-se que tudo está a indicar que em autores como Prieto Sanchis o positivismo continua a ser o clássico (positivismo exclusivo). Aqui é importante destacar, desde já, que adoto a tese de que o positivismo – e isso deixo claro em *Verdade e consenso e Hermenêutica jurídica e(m) crise* – não se resume ao exegetismo. Toda postura teórica que aposte na discricionariedade judicial pode ser considerada positivista.

III - AS DITAS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Quais seriam os elementos caracterizadores desse movimento neoconstitucionalista? Seria uma espécie de positivismo sofisticado? O neoconstitucionalismo teria características de continuidade e não de ruptura? Não há suficiente clareza nas diversas teses acerca do significado do neoconstitucionalismo⁷. Mas isso não constitui um problema. Ao contrário, possibilita a abertura para a reflexão. Alguns importantes juristas⁸ procuram – seguindo uma antiga classificação de Norberto Bobbio para o positivismo – classificá-lo em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico. Penso, entretanto, que, exatamente pela perspectiva ruptural que assume e porque a questão é paradigmática, essa classificação não assume relevância, pelo menos para os limites de minhas reflexões.

Com efeito – mesmo que se admita essa tricotomia –, a um só tempo, o neoconstitucionalismo é ideológico, porque alça a Constituição a “elo conteudístico” que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente: representa uma justificação político-ideológica); é teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios como resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); e é também metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a cooriginariedade

⁷ Aqui vale lembrar, como destaquei inicialmente, que essa heterogeneidade que permeia o chamado *neoconstitucionalismo* acaba por gerar sérios problemas com relação ao uso (e o abuso, em alguns casos) dessa nomenclatura. Por essa razão, e na tentativa de tornar ainda mais clara a minha posição teórica, optei por chamar de *Constitucionalismo Contemporâneo* o meu lugar de fala. Portanto, quando falo aqui de *neoconstitucionalismo* refiro-me às posições teóricas que, de alguma forma, estão escoradas no constitucionalismo do segundo pós-guerra; propõem uma atitude crítica perante o positivismo, mas que, ao fim e ao cabo, acabam por professar teses similares ao positivismo normativista. Ou seja, representam, quando muito, uma superação do positivismo exegético-conceitual-primitivo, mas, não efetuam um salto qualitativo com relação à revisão do positivismo efetuada pelos teóricos normativistas. Não é o caso, evidentemente, de Oto, Pozzolo e Prieto Sanchis. Refiro-me aqui, principalmente, ao ab-uso do termo no Brasil, onde o neoconstitucionalismo tem servido para incentivar, nos diversos ramos do direito, protagonismos judiciais.

⁸ Essa classificação é feita por COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito).

O *neoconstitucionalismo* efetivamente vem gerando controvérsias. Tem sido teorizado sob os mais diferentes enfoques. Écio Oto, de forma percuciente, faz uma descrição das principais propriedades/características desse fenômeno. Essa “planta” do neoconstitucionalismo possui a assinatura de autores do porte do próprio Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, com variações próprias decorrentes das matrizes teóricas que cada um segue⁹. A elas procuro fazer uma análise, na sequência. Com efeito:

Primeira característica – Pragmatismo: de plano, há que se reconhecer que existe certa “anemia significativa” na expressão “pragmatismo”. Com efeito, *pragmatismo* pode ser entendido – na teoria do direito contemporânea – como “quase sinônimo” de realismo e axiologismo. O pragmatismo e suas variantes guardam estreita relação com a sua origem “pragmaticista” de Peirce, isto é, uma “filosofia sem fundamentos ontológicos *a priori*”. Mas sua origem é anterior, na medida em que vem do termo grego “pragma”, que quer dizer uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com efeitos relevantes. As primeiras manifestações pragmati(ci)stas no direito podem ser encontradas no realismo escandinavo (Alf Ross, Olivecrona) e norte-americano (Wendell Pound e Cardozo), daí a “semelhança” entre as duas posturas sobre o direito (realismo jurídico e pragmatismo).

⁹ Além da presente obra de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, há importantes discussões acerca da caracterização do neoconstitucionalismo brasileiro. Vejam-se as contundentes críticas que Dimitri Dimoulis faz às três características defendidas por Luis Roberto Barroso (reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e nova interpretação constitucional). Para Dimitri, o elemento peculiar – para ele, o único – do que se vem denominando de neoconstitucionalismo estaria “na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito” (Cf. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225). Outro trabalho de fôlego é feito por Daniel Sarmento (O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo. Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. p. 9-49), em que faz uma defesa do neoconstitucionalismo, entendendo este como uma teoria voltada para os princípios e para o uso da ponderação, além da firme atuação da justiça constitucional para a defesa dos valores e da conectividade do direito com a moralidade crítica. Em Sarmento, nota-se nitidamente que o neoconstitucionalismo está umbilicalmente ligado à defesa do poder discricionário dos juízes e do uso da ponderação.

Contemporaneamente, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como a *análise econômica do direito*, de Richard Posner, os *Critical Legal Studies* e as diversas posturas que colocam na subjetividade do juiz o *locus* de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial). O pragmatismo pode ser considerado como uma teoria ou postura que aposta em um constante “estado de exceção hermenêutico” para o direito; o juiz é o protagonista, que “resolverá” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito.

Assim, ao se pretender colocar o neoconstitucionalismo como superador do positivismo (mormente no que tange à teoria das fontes, da relação entre direito e moral – que implica a distinção “regra-princípio” – e o problema da discricionariedade), sua filiação ao pragmatismo pode representar um problema, a partir da ideia de “grau zero de sentido” e de um certo “nominalismo” – ínsitos ao pragmatismo que propicia discricionariedades e/ou arbitrariedades interpretativas. E “grau zero” é sinônimo de decisionismo, de discricionarismo. E discricionarismo é característica do positivismo. Mas, então, tem-se uma contradição: ao apostar no pragmatismo, não parece haver superação do positivismo. Conseqüentemente, se o neoconstitucionalismo se pretende pós-positivista, não pode ser pragmati(ci)sta. Mas isso parece impossível.

Segunda característica – Ecletismo (sincretismo) metodológico: efetivamente, um dos traços mais marcantes do neoconstitucionalismo é o ecletismo metodológico. De fato, entendendo a metodologia como teoria do direito, corre-se o risco de comprometer o resultado aplicativo do direito toda a vez que se lançar mão de “mixagens” de matrizes teóricas incompatíveis. Essa questão fica mais nítida quando confrontamos, por exemplo, a hermenêutica filosófica com as teorias da argumentação, para ficar apenas nesse “confronto”: enquanto aquela tem a pré-compreensão (antecipação de sentido) como condição de possibilidade, esta fica no plano da explicitação lógico-procedimental. Além disso, enquanto a hermenêutica, calcada na tradição, aposta em um antirrelativismo, as teorias da argumentação não abrem mão da discricionariedade, o que denuncia seu atrelamento ao esquema sujeito-objeto¹⁰. Finalmente, não se pode olvidar a indevida mixagem feita por determinados autores *neoconstitucionalistas* das

¹⁰ Sobre esse ponto específico das críticas às teorias da argumentação, permito-me remeter o leitor especialmente ao meu *Verdade e consenso*, op. cit.

posições de Ronald Dworkin e Robert Alexy¹¹; ou das teorias habermasianas e alexianas¹², que agregam ao proceduralismo de Habermas a ponderação de Alexy.

Mas, veja-se: o sincretismo não se mostra adequado a uma teoria que pretende superar o(s) positivismos. Na verdade, os sincretismos são (ou foram) um fator de enfraquecimento do neoconstitucionalismo (embora Oto queira colocá-lo como virtude). Se em algum momento o neoconstitucionalismo visava a ir além do positivismo normativista ou congêneres, na medida em que a superação do paleojuspositivismo sempre pareceu evidente, a falta de uma coerência teórica o fragilizou sobremodo.

Terceira característica – Princípalismo: essa característica seria o lócus da junção entre direito e moral no neoconstitucionalismo. Princípios seriam, assim, “pautas axiológicas” ou “mandados de otimização”, representando a assunção dos “valores” aos textos constitucionais. A Constituição seria uma “ordem suprapositiva de valores”, conforme expressão cunhada pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão) no auge de sua prática de “jurisprudência dos valores” (*Wertungsjurisprudenz*). Assim, não parece haver qualquer dúvida de que o princípalismo é elemento caracterizador do neoconstitucionalismo. A questão é saber o que se entende por “princípio” e qual é o seu papel na aplicação do direito¹³. Ou seja, aqui também vai a pergunta: Essa característica também estaria posta como uma virtude do neoconstitucionalismo?

Ora, que os diversos positivismos eram avessos aos princípios, também parece não haver dúvidas. Efetivamente, o neoconstitucionalismo (no modo defendido por autores como Prieto Sanchis, Écio Oto, Susanna Pozzolo) está fundado no princípalismo como modo de fazer ingressar “os valores para dentro do direito” (aqui reside um ponto de minha forte discordância com o

¹¹ No que tange, especificamente, a essa mixagem entre as posturas de Dworkin e Alexy, é possível mencionar MORESO, José Juan. Conflito entre princípios constitucionales. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 99-121.

¹² Por todos, vale referir, no Brasil, Rogério Gesta Leal (*O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007) e Antonio Maia (*A distinção entre fatos e valores e as preleções neofrankfurtianas*. In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

¹³ Nesse sentido, a obra de Rafael Tomáz de Oliveira vai além das teses tradicionais que povoam o discurso panprincipiologista ao procurar elucidar um conceito de princípio hermenêuticamente adequado (Cf. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

neoconstitucionalismo, uma vez que os “valores” fragilizam o grau de autonomia alcançado pelo direito; como venho referindo de há muito, os princípios introduzem o mundo prático – no sentido filosófico da expressão – no direito).

Visto desse modo, é correto colocar o principialismo como característica do neoconstitucionalismo. A ressalva que se põe diz respeito ao risco de uma *expansão desmesurada de princípios*, acarretando uma espécie de *pamprincipiologismo*, o que enfraquece sobremodo o grau de autonomia que o direito alcançou justamente no seio do constitucionalismo exurgido a partir do segundo pós-guerra.

Como venho insistindo: se princípios são normas e, portanto, possuem um caráter deontológico, deve haver um cuidado com a transformação destes em uma espécie de “instância corretiva do direito produzido democraticamente”. Antes de os princípios serem a porta de entrada dos “valores”¹⁴ – esquecidos pelo positivismo – nos textos constitucionais, *são eles a porta de entrada do mundo prático no direito como um todo*, fazendo com que se supere a ideia de uma razão teórica com pretensões autônomas, característica do positivismo jurídico.

Podemos dizer que isso tudo funciona da seguinte forma: quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes, etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: artigos, incisos, alíneas, etc., *mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade*.

Este evento, que é a Constituição, está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz *concretamente* está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.

¹⁴ Veja-se: o grande problema da jurisprudência dos valores tem sido exatamente esse “conceito” líquido de “valores”. Qual seria a diferença dos “valores” propugnados pela *Wertungsjurisprudenz* daqueles “valores” defendidos pelo neoconstitucionalismo? Tratar-se-ia, em ambos os casos, de um “realismo moral”?

Este todo conjuntural, portanto, irá determinar os juízos concretos e particulares que fazemos para solucionar os problemas jurídicos. Neste sentido, por mais que essa conjuntura não apareça de modo explícito no trabalho de fundamentação que todo jurista deve realizar, *ela condiciona os argumentos alinhavados na decisão de modo subterrâneo*.

Para ser mais claro: não há causa judicial, não há caso concreto em que não exista uma discussão – ainda que encoberta – sobre a igualdade, por exemplo. Ora, sempre no direito lidamos com alguma situação discriminatória. A concessão de uma liminar, por exemplo, já é por si só o exercício de um tratamento diferenciado dado a alguém que faz jus a determinados requisitos de ordem formal. Porém, na concessão desta liminar, o juiz que profere a decisão estará obrigado a justificar o porquê do tratamento diferenciado dado àquele que requer a medida antecipatória. Do mesmo modo que haverá de justificar no caso de negação do pedido. Uma liminar negada para alguém será a concessão/manutenção de um direito em favor de outrem. Assim também ocorre com aquilo que conhecemos por *devido processo legal*. Não pode haver processo que não tenha se desenvolvido no contexto de seu âmbito de aplicação.

É por isso que, neste sentido, não se pode falar em “abertura” interpretativa¹⁵ no que tange aos princípios jurídicos: nos dois casos analisados parece ficar claro que eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-idade dos princípios constitucionais.

Mas, então, é necessário perguntar, como fica a distinção que se realiza entre *regras* e *princípios*? É válida tal distinção? É essa distinção uma distinção lógica-estrutural, epistemológica, ou nela se esconde algo mais do que a simples determinação do objeto a ser conhecido?

A (tradicional) distinção estrutural oferece uma resposta sistemática, mas não resolve a questão da concretização propriamente dita. Isto porque deita raízes na velha questão presente a partir do neopositivismo lógico e sua superação pela filosofia da linguagem ordinária. A circunstância agravante – que corre em prejuízo à teoria da argumentação que amadrinha a distinção lógico-estrutural entre regra e princípio – reside na relevante circunstância de que a filosofia da linguagem ordinária apostou na pragmática como um salto para

¹⁵ Os princípios não abrem a interpretação e, sim, a fecham. Nesse sentido, ver meu *Verdade e consenso*, op. cit., em especial o Capítulo 13.

além da plenipotenciariiedade das análises sintáticas e semânticas (lembramos que, para o neopositivismo lógico, somente eram científicos os enunciados que passassem pelo filtro da sintaxe e da semântica, desconsiderando totalmente a pragmática), ao passo que as teorias da argumentação apostam, ao mesmo tempo, nas concepções neopositivistas e da filosofia da linguagem ordinária.

Ou seja, as teorias da argumentação, nos casos simples, contentam-se com as análises sintático-semânticas (é o caso da subsunção); já quando estão em face de um caso difícil, *apelam para a pragmática*. Mas somente apelam para esse nível quando o primeiro não responde às demandas significativas. Ora, a filosofia da linguagem ordinária, ao se dar conta das demandas resultantes desse *terceiro nível da semiótica* (relação dos usuários com os signos), considerou como estando superado o neopositivismo, exatamente porque este se contentava com os dois primeiros níveis (sintático e semântico). Isso é de uma clareza meridiana. Já a teoria da argumentação jurídica trabalha, ao mesmo tempo, com as concepções neopositivistas pragmati(ci)stas (filosofia da linguagem ordinária), porém faz isso desconsiderando que o neopositivismo não realizava a análise semântica no mesmo nível da linguagem objeto. Isto é, para o neopositivismo, haveria a necessidade de uma metalinguagem para certificação dos resultados das contradições lógicas da linguagem objeto.

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural (que ocorre no nível semântico), os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a “razão principiológica”, isto é, alça-se-lhes a meta-regras, o que faz com que, no fundo, *o princípio apenas ingresse no sistema para “revolver insuficiências ônticas” das regras*, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. Só para recordar: como é sabido, para teoria da argumentação jurídica, o problema das regras se resolve por subsunção e o dos princípios pela ponderação (embora esta se “concretize” como uma regra, que também será aplicada por subsunção). Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia, e é por isso que – e me permito insistir neste ponto – *princípios não são valores*. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras.

Quarta característica – Judicialismo ético-jurídico: por esse elemento caracterizador, o neoconstitucionalismo exigiria dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética, ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Não se pode discordar dessa “demanda” proveniente do novo paradigma. Com

feito, na medida em que diminui o grau de liberdade de conformação do legislador (essa era uma característica do positivismo), há um deslocamento do polo de tensão em direção ao Poder Judiciário (ou da judicialização, questão que assume grau de dramaticidade em países como o Brasil – provavelmente, não há país no mundo com um grau de judicialização como o de *terrae brasilis*). Conseqüentemente, “aumenta o poder dos juízes e dos Tribunais”. Os juízes não são mais a “boca da lei”, como se costuma dizer nas diversas posturas críticas que surgem a partir do segundo pós-guerra e, no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Veja-se, nesse sentido, a decisão, em sede liminar, proferida pelo Ministro Roberto Barroso, no MS 32326, em que, explicitamente, fez menção ao uso de argumentos-fundamentos metajurídicos e apelo à moral.

Ou seja, esse “aumento de tensão” em favor da jurisdição pode acarretar problemas na democracia. E isso não tem sido muito bem pensado por alguns adeptos do neoconstitucionalismo, ao confundirem a exigência de um direito “moralizado” com a “moralização do direito”, na medida em que esta – a moral – é utilizada de forma “corretiva” (confessadamente ou não, já que, na maior parte das vezes, a moral “corretiva” entra pela porta dos fundos do direito, por intermédio de um pamprincipiologismo ou “diretamente” via ativismo judicial, com o livre exercício da “discricionarietà”)16.

Por isso, mais do que suscitar um “judicialismo ético-jurídico”, há que se indagar acerca das condições de possibilidade que temos para controlar (racionalizar) as decisões judiciais. Neste ponto a teoria do direito deve fazer uma opção: admitir discricionarietàs judiciais ou não. Se se conferir aos juízes um poder discricionário, estar-se-á fazendo um retrocesso em direção ao positivismo.

Por tais razões, há que se fazer uma diferenciação entre judicialismo (ou judicialização) e ativismo: o primeiro decorre das contingências de um paradigma; o segundo pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente pela opção “pessoal” dos juízes. Por isso é que insisto na questão de que o problema do positivismo e sua superação está umbilicalmente ligado à derrocada do sujeito da modernidade: o *Selbstsüchtiger*. Em uma palavra: o judicialismo é uma

¹⁶ Veja-se como, nesses casos, aquilo que se quer chamar de “neoconstitucionalismo” nada mais é do que o velho positivismo aplicado a partir da discricionarietà forte (que vira, fatalmente, “arbitrariedade”). Aquilo que aparece como “juízo conforme a consciência” [sic] do juízes acaba sendo a mais “pura” substituição da produção democrática do direito (inclusive da Constituição) pelos juízos morais do intérprete/julgador.

característica do neoconstitucionalismo; e isso também é um dos seus maiores defeitos.

Sexta Característica – Interpretativismo moral-constitucional: esta característica representaria uma espécie de “imperialismo da moral”, nas palavras críticas de Mauro Barberis¹⁷, debitando à teoria dworkiniana da leitura moral da Constituição esse traço distintivo do neoconstitucionalismo. Penso, entretanto, que essa “ineludível” intervenção dos “juízos de valor” – a expressão é de Écio Oto – constitui um problema apenas se considerarmos a discricionariedade como um componente *ineludível* do neoconstitucionalismo. Dworkin, por exemplo, é inimigo figadal do poder discricionário.

Dito de outro modo, se pensarmos que a discricionariedade é um problema e não uma solução, o assim denominado “interpretativismo moral” passa ao largo dessa discussão, uma vez que essa parece não ser – *como, de fato, não é* – a tese defendida por Dworkin. Nesse sentido, e uma vez mais visando a evitar mal entendidos, é preciso compreender que – do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Method – Dworkin* não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que ele sustenta *não é* produto da atitude de um *Selbstsüchtiger*). Tenho que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência (e as suas vulgatas voluntaristas). E a discricionariedade é produto do paradigma do voluntarismo. Melhor dizendo, o juiz “Hércules” é apenas uma metáfora para demonstrar que a *superação* do voluntarismo. Ou seja, a morte do sujeito solipsista da modernidade não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto. Na verdade, há uma falsa impressão de que Hércules representa o portador de uma “subjetividade assujeitadora”, problemática que explico amiúde em *Hermenêutica jurídica e(m) crise*.

Haverá um *interpretativismo moral* e, com isso, uma *fragilização* de qualquer teoria que se pretenda “neoconstitucional” se, *a uma*, considerarmos que os juízos morais possam vir a corrigir o direito produzido democraticamente, o que, por sua vez, implica a admissão da discricionariedade, problemática que está presente, por exemplo, em Alexy; se, *a duas*, considerarmos que o exercício dessa “intervenção” da moral no direito estiver a cargo de um juiz (sujeito), que, a partir da consciência de si do pensamento pensante, interprete esses valores e os traga à tona. Para a hermenêutica filosófica esse problema não se apresenta, em face da pré-compreensão, que funciona como uma blindagem contra o

¹⁷ Cf. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trota, 2003. p. 270.

relativismo. Do mesmo modo, não penso que esse problema se apresente em Dworkin, exatamente pela necessidade de o juiz obedecer a integridade e a coerência do direito, além deste ter o dever de decidir a partir de argumentos de princípio. A hermenêutica que eu proponho (crítica hermenêutica do Direito) forja-se na imbricação dos elementos que caracterizam a tradição em Gadamer com a coerência e a integridade defendidas por Dworkin, culminando na tese de que o cidadão possui o direito fundamental a obter respostas adequadas à Constituição.

Em uma palavra: se neoconstitucionalismo quer dizer “imperialismo da moral” no direito ou “moralização do direito” – a partir de discursos que pretendem corrigir exogenamente o direito –, então o neoconstitucionalismo não representa qualquer avanço na teoria do direito e na teoria constitucional. Consequentemente, perderia uma especial característica: o antipositivismo ou pós-positivismo.

Sexta característica – Pós-positivismo: nas palavras de Pozzolo e referidas por Oto na primeira parte da obra, “o Direito do Estado Constitucional, formado (também e sobretudo) por princípios, não seria apto para a aproximação ‘rígida’ e pouco ‘ductil’ do método juspositivista, que finalizaria por desatender as exigências de justiça (substancial e não meramente formal) que a realidade prática do direito levaria em si mesmo”. Veja-se, de novo, que o embate do neoconstitucionalismo parece ser com o positivismo clássico. Essa minha observação, aliás, é recorrente no presente texto.

Acrescento que, mais do que isso, o pós-positivismo deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo. Deveria, mas não é. Ou seja, o neoconstitucionalismo somente tem sentido enquanto “paradigma do direito” *se for compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos*. Pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo, assim como o neoconstitucionalismo não deveria ser uma continuidade do constitucionalismo liberal. Há uma efetiva descontinuidade de cunho paradigmático nessa fenomenologia, no interior da qual os elementos caracterizadores do positivismo são ultrapassados por uma nova concepção de direito. Penso que o ponto fundamental é que o positivismo (e falo não apenas do positivismo exclusivo) nunca se preocupou em responder o problema central do direito, por considerar a discricionariedade judicial como uma fatalidade. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas

epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade).

Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do direito *pós-positivistas* (ou *não positivistas*, o que dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isto significa que, de algum modo, todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão *pós-positivista* procuram responder a este ponto; procuram enfrentar o problema das vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo¹⁸. Daí o epíteto *pós-positivismo*, que se refere à emergência de um novo modelo de teoria do direito, no interior da qual o problema da razão prática recebe uma espécie de “dignidade epistemológica”.

Ocorre que este enfrentamento é realizado por vários autores, cada um com orientações jusfilosóficas distintas. Apresento aqui uma espécie de determinação sumária de cada uma destas orientações jusfilosóficas: há um pós-positivismo de matriz analítica, que pode ser sentido em autores como Robert Alexy, bem como naqueles que o seguem no modo de sua teoria da argumentação jurídica; podemos notar também uma orientação pós-positivista de cunho *discursivo-comunicacional*, que se manifesta, obviamente, na teoria do direito de Habermas; temos também uma matriz *estruturalista*, que está presente no pós-positivismo de Friedrich Müller, embora sofra este autor uma grande influência da hermenêutica de corte gadameriano; por fim, há um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológico, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser. Também a minha *Crítica hermenêutica do direito* possui esta raiz filosófica.

Cada uma destas diferentes facetas do *pós-positivismo* enfrentará o problema da razão prática de uma forma diferente. Este modo de enfrentar o problema tem um profundo impacto em cada uma das teorias, visto que é a partir dele que se projetará o modo pelo qual cuidará de resolver a questão da

¹⁸ É importante consignar que essa expulsão da razão prática em favor de uma plenipotenciária razão teórica é algo comum, que atravessa ambos os positivismos (tanto o primitivo-legalista quanto o normativismo-discrecional). Com efeito, aquilo que se iniciou com a codificação e a crença na pura lógica formal para conformação dos sentidos jurídicos chegou ao paroxismo com as construções normativistas (cujo maior exemplo é Kelsen) que chegaram ao ponto de, inclusive, separar os níveis de cientificidade do mundo jurídico.

validade, da legitimidade e, ao mesmo tempo, definirá o significado conceitual de norma, regra, princípio, etc.

Para se realizar uma efetiva teoria pós-positivista, dois elementos são, inexoravelmente, necessários: *a)* ter total consciência do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de *mixagens teóricas*; *b)* enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo.

Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. *A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial* ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

Sétima característica – O juízo de ponderação: se o pós-positivismo tem sido considerado como o *principal* elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, penso que – e aqui minha discordância com Pozzolo, Oto e Prieto Sanchís, e, obviamente, Robert Alexy – *a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo.* O neoconstitucionalismo não pode(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda.

Permito-me delinear minha discordância: como é sabido, a falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação na teoria dos princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou os princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto que a regra se mantinha na subsunção), permitiu novas possibilidades para os princípios e não demorou muito para que estivéssemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade. Mas o fato é que esse giro não conferiu ao princípio suficiência ôntica-semântica, além de ter mantido intacto o erro

originário: o mundo prático foi jogado para “dentro” do sistema e, a partir dessa operação, pensado como tal (como sistema). Ou seja, o mundo prático que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratidade própria da ideia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço do “pamprincipiologismo”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade. A problemática do uso da ponderação¹⁹ se agrava com a sua extensão às regras²⁰ (claro que essa extensão não é endossada por Oto, Pozzolo ou Prieto Sanchis).

De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio* final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Ao contrário, a ponderação não deixa de ser a reprimenda – agora de forma sofisticada – da discricionariedade própria das posturas normativistas e de suas variações. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy²¹.

Por tais razões, dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Só que isso me afasta sobremodo do neoconstitucionalismo.

Oitava característica – Especificidade interpretativa: segundo parte da doutrina neoconstitucional (por todos, refira-se Comanducci²²), a interpretação

¹⁹ No modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em *terrae brasilis*, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na jurisprudência dos interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”.

²⁰ Por todos, vale mencionar Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009), Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003), que sustentam a possibilidade de ponderação de regras.

²¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611.

²² Cf. Comanducci, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*, op. cit., p. 84.

da Constituição exigiria especificidades hermenêuticas em relação aos demais “materiais normativos”. Também nesse sentido é o dizer de Pozzolo, para quem a linguagem constitucional não é interpretável com os instrumentos comumente utilizados para a interpretação do direito infraconstitucional.

Também aqui há que se fazer um delineamento acerca do lugar do qual estamos falando quando nos referimos à interpretação do direito (ou da Constituição). Se entendermos que a interpretação é uma espécie de *ars interpretandi* ou uma técnica (método), de fato haveremos de concordar com a afirmativa de Comanducci e Pozzolo.

Mas, por outro lado, se entendermos que interpretar é aplicar (*applicatio*) e que *não há* uma subdivisão entre compreender, interpretar e aplicar, então haveremos de concluir que interpretar (portanto, aplicar) é *fazer hermenêutica*. E hermenêutica é compreensão, que depende de uma pré-compreensão antecipadora. Portanto, está-se a tratar da interpretação como explicitação da compreensão, isto é, está-se a tratar da interpretação no interior da viragem ontológico-linguística²³.

Por tais razões, entender que o neoconstitucionalismo exige uma “especificidade interpretativa” é colocar a Constituição como uma mera ferramenta à disposição (*Ge-stell*) do intérprete, funcionando o método como “supremo momento da subjetividade do intérprete”. Se hermenêutica é compreensão, não pode haver diferença entre “compreender infraconstitucionalidades” e “compreender constitucionalidades”. Na verdade, compreendemos um fenômeno ou não o compreendemos. E esse fenômeno nos aparece (se manifesta) no interior do círculo hermenêutico: do todo para a parte e da parte para o todo.

APORTES FINAIS

Das características delineadas pelos neoconstitucionalistas e pelos seus críticos – e parece que, no âmbito, há um certo consenso em relação a esses elementos conformadores – há algumas autoevidentes e outras não. Entre as autoevidentes estão o “ecletismo”, o “judicialismo ético-jurídico”, o “imperialismo do interpretativismo moral”, a “ponderação”, o “estatalismo garantista” e a “especificidade interpretativa”. Entretanto, não parecem elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo o pós-positivismo e o conceito não positivista de direito.

²³ Nesse sentido, ver Streck, *Verdade e consenso*, op. cit.; *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013, em especial o Capítulo 6.

Evidentemente que as características dependem do que se entende por neoconstitucionalismo, mormente se levarmos em conta a questão “positivismo” *versus* “pós-positivismo”. Para tanto, é necessário ter presente se a concepção de neoconstitucionalismo adotada supera – como uma descontinuidade – tanto a noção liberal como a noção de constitucionalismo social; do mesmo modo, há que se indagar se o neoconstitucionalismo deve ser entendido como superador do positivismo jurídico, naquilo que são os seus elementos fundantes no decorrer da história: as fontes sociais, a separação entre direito e moral e o problema da discricionariedade dos juízes. Qualquer desses elementos caracterizadores do positivismo – uma vez não compreendidos – pode colocar por terra a classificação de uma postura em neoconstitucional ou não.

De todo modo, penso que o uso do termo *neoconstitucionalismo* se tornou de tal modo problemático que a melhor opção me parece ser mesmo o seu abandono. A concretização daquilo que se manifesta historicamente como constitucionalismo depende, efetivamente, de uma teoria pós-positivista que, olhando mais de perto, não possui grande semelhança com aquilo que os teóricos do *neoconstitucionalismo* postulam.

Considero que a elaboração de uma teoria pós-positivista tem de levar em conta os seguintes elementos:

I – Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem à reboque dos “fatos sociais” e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, etc., além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade.

II – Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o *locus* da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito); conseqüentemente, não mais há que se falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parametricidade, na medida em que a Constituição pode ser aplicada sem a *interpositio legislatoris*, fonte de serôdias teorias que relativizavam a validade/eficácia das normas.

III – Não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a cooriginariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a autonomia do direito. Isto porque a moral regula o comportamento interno das pessoas, só que esta “regulação” não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa.

IV – É evidente que a elaboração legislativa não esgota – nem de longe – o problema do conteúdo do direito. Quando concordamos que as questões morais, políticas, etc., façam parte da “tarefa legislativa”, isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão “procedimentalismo-substancialismo”. Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, *locus* do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E isso quer dizer controle da atividade da jurisdição. Na hermenêutica, há um efetivo controle da interpretação a partir da tradição (da autoridade desta), da obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas em homenagem a Dworkin. Por isso, os discursos “predadores” do direito são rechaçados por essa “blindagem hermenêutica” que protege o direito produzido democraticamente. E é exatamente por isso que é possível sustentar respostas adequadas à Constituição, portanto, apostar em uma teoria da decisão e não apenas em uma teoria da legislação. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, e, portanto, estão umbilicalmente relacionadas com o positivismo.

Em uma palavra final, há uma angústia que perpassa o imaginário dos juristas preocupados com o direito para além de suas clássicas funções. O constitucionalismo engendrado a partir do segundo pós-guerra deu azo ao surgimento de uma teoria cuja função é a de propiciar as condições para a efetiva

realização dos conteúdos materiais dos textos normativos (Constituições). Com os qualificativos ou caracterizações que a ela se dê, pode-se dizer, antes de qualquer discussão, que a superação do positivismo – seus problemas, suas insuficiências e suas indiferenças – exige, e ainda exige, uma teoria que albergue as diversas posturas que pretendem dar significação e concretização ao novo paradigma constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009.

MORESO, José Juan. Conflito entre Principios Constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo, RT, 2013.

_____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOMÁZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE: CONSTITUINDO NOVOS PARADIGMAS NA PÓS-MODERNIDADE

GOVERNANCE AND SUSTAINABILITY: CONSTITUTING NEW PARADIGMS IN POST-MODERN ERA

Maikon Cristiano Glasenapp¹

Doutorando pelo Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali

Paulo Márcio Cruz²

Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar uma reflexão inicial sobre a construção e/ou constituição de novos paradigmas para a civilização pós-moderna a partir das teses e teorias contemporâneas sobre a crise da modernidade identificada pela problemática ambiental e caracterizada pela sociedade de risco. Por conseguinte, apresenta-se a sustentabilidade como paradigma sociopolítico-cultural, e que deverá ser construída a partir de múltiplas dimensões, que incluem variá-

veis ecológicas, sociais, econômicas, tecnológicas e político-jurídicas, em um novo contexto de comunicação e governança (transnacional) que possibilite a ressignificação dos valores modernos (liberais) dominantes.

PALAVRAS-CHAVE: Crise civilizacional; paradigma sustentabilidade; governança transnacional.

ABSTRACT: *This article presents an initial reflection on the construction and/or constitution of new paradigms for post-*

¹ Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Católica de Santa Catarina, Jaraguá do Sul e Joinville. Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica, Curso de Doutorado (Itajaí/SC, Brasil).

² Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali em seus Cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-Reitor da Univali. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica, Cursos de Mestrado e Doutorado (Itajaí/SC, Brasil).

modern civilization, based on contemporary theses and theories on the crisis of modernity identified by the environmental issue, and characterized by the society of risk. As a consequence, it presents sustainability as a social, political and cultural paradigm that should be constructed based on multiple dimensions, which include ecological, social, economic, technological, and political and legal variables, in a new context of communication and governance (transnational) that enables the attribution of a new meaning to the dominant modern (liberal) values.

KEYWORDS: *Civilizational crisis; paradigm sustainability; transnational governance.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Problemática ambiental e a crise civilizacional; 2 A mudança de paradigma como resposta à crise; 3 Sustentabilidade: um novo paradigma; 4 Governança transnacional para a sustentabilidade; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Environmental problematic and the civilizational crisis; 2 Paradigm change as answer to the crisis; 3 Sustainability: a new paradigm; 4 Transnational governance to sustainability; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Vivemos, pois, uma sociedade intervalar, uma sociedade de transição paradigmática. Esta condição e os desafios que ela nos coloca fazem apelo a uma racionalidade activa, porque em transito, olerante, porque desinstalada de certezas paradigmáticas, porque movida pelo desassossego que deve, ele própria, potenciar. (Santos, 2000, p. 41-42)

O presente texto tem por objetivo apresentar uma reflexão inicial sobre a constituição de novos paradigmas para a civilização da pós-modernidade³, sobretudo da possibilidade de constituição do paradigma da sustentabilidade com um novo paradigma dominante. Essa

³ Entende-se por pós-modernidade como “[...] algo que sucede à modernidade, ou que está em trânsito na modernidade. Pós-modernidade significa, tão somente, certo acordo semântico para explicar certa realidade no mundo. [...] A pós-modernidade só pode ser pensada na dialética com a modernidade”. Ainda “[...] pós-modernidade representa um conjunto de ideias inovadoras que procura revisitar o pensamento da modernidade e que começa a ser empregada para designar uma linha de pensamento, uma teoria, que, diante de outra que a antecedeu, inova, ou mostra certa visão anteriormente não conhecida. A concepção de pós-modernidade trás consigo a ideia de rompimento, de revisão do que foi pensado na modernidade” (Silva, 2009, p. 127/128).

possibilidade leva em consideração as teses e teorias contemporâneas sobre a crise da modernidade, identificada pela problemática ambiental e caracterizada pela sociedade de risco⁴.

A problemática ambiental, segundo de Beck (2011, p. 99), não se restringe aos problemas do meio ambiente, mas aos problemas completamente, na origem e nos resultados sociais, humanos, históricos, de condições de vida. Problemas do “[...] ser humano, da sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política”.

Nessa senda, utilizaram-se como formulações do problema os seguintes questionamentos: A humanidade parece estar vivenciando uma problemática ambiental decorrente da própria crise civilizacional e dos seus paradigmas? Como responder a crise? Qual é o conceito de paradigma? Como coabitar e/ou transitar paradigmas de um momento civilizacional para outro? Como gestionar o novo paradigma?

Para o equacionamento do problema e propósito deste estudo, levantou-se a seguinte hipótese de pesquisa: a sustentabilidade deveria constituir-se como um novo paradigma dominante na pós-modernidade. Consolidando-se como um paradigma indutor das relações sociais, políticos-jurídico-econômicas, por conseguinte, da produção e aplicação do direito. Esse último articulado em uma via que possibilitaria a harmonização dos diversos sistemas axiológicos, possibilitada através do um sistema de governança democrático, de comunicação sistêmica e transnacional para a sustentabilidade.

O resultado do trabalho, e do exame da hipótese de pesquisa, está exposto neste artigo, sintetizados em quatro partes, sendo assim articulados: na primeira,

⁴ Por risco, adota-se o conceito de Ulrich Beck, para quem o risco seria a previsão e/ou controle (tentativas) das futuras consequências da ação humana. Sobretudo, das sequelas não previstas pela modernização. A teoria do risco se apresenta com um intento (institucionalizado) de colonizar (a sociedade) para o futuro, como um mapa cognitivo, marcado pela carência, isto é, pela impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo. Na sociedade de risco (marcada pelo desastre de Chernobyl, a queda de Muro de Berlim e a derrocada do socialismo real), torna-se crucial desenvolver outras capacidades suplementares para a sobrevivência, tais como: antecipar perigos, suportá-los, lidar com eles em termos biográficos e políticos. Saber lidar com essas novas capacidades se converteu numa qualificação civilizacional decisiva. Importante ainda, lembrar que após o processo de industrialização (projeto liberal), a ideia da modernidade enquanto modelo civilizatório é marcada pelo triunfo da irresponsabilidade organizada, pelo qual o risco foi por muito tempo ocultado e negado, seja pelos principais atores da modernidade, ou mesmo pela negação científica que continua a ser reprimida por alguns cientistas (Beck, 2010, p. 85).

identificar-se-á a problemática ambiental (crise ambiental) como possível consequência do processo civilizatório moderno; na segunda, apresentar-se-ão considerações sobre a mudança de paradigma como provável resposta à crise; a terceira procurará expor a sustentabilidade como novo paradigma dominante na pós-modernidade; e a quarta parte é dedicada a apresentar a governança transnacional para a sustentabilidade, como uma possível resposta de gestão da crise ambiental.

O artigo se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre o paradigma da sustentabilidade e da possibilidade de configuração de espaços transnacionais de comunicação e governança para a sustentabilidade.

Quanto à metodologia, registra-se que o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo científico foram realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, das categorias e dos conceitos operacionais⁵.

1 PROBLEMÁTICA AMBIENTAL E A CRISE CIVILIZACIONAL

Somente com o passo dado na direção da consciência de risco civilizacional é que pensamento e representação se libertam das ancoragens no mundo das coisas visíveis. (Beck, 2010, p. 90)

A apropriação e a transformação da natureza “como coisificação do mundo” conduziram a humanidade para a problemática ambiental, que, segundo Enrique Leff (2006, p. 15), emerge como “crise de civilização”, sobretudo da (i)racionalidade científica moderna (ocidental), que se transformou na capacidade destrutiva da humanidade, e que, a partir da segunda metade do século XX, tornou-se não só profunda como também irreversível, impossível de retornar e de responder aos desafios da civilização técnico dependente dos recursos minerais e energéticos, provocando, assim, a própria crise da modernidade e dos seus paradigmas.

Importante ressaltar que, para o escopo desse artigo, o paradigma sociocultural da modernidade se constituiu entre o século XVI e finais do século XVII. A partir desses séculos, a modernidade ocidental emergiu como um

⁵ Sobre a metodologia utilizada consultar: PASOLD, Cezar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ambicioso e revolucionário paradigma, firme em criar uma ordem social assente na ciência, como instrumento para a garantia do equilíbrio entre os pilares da regulação social e da emancipação (Glaserapp, 2008).

Muitos e fortes são os sinais de que o modelo de racionalidade científica moderna atravessa uma profunda crise. A ciência estaria se distanciando de sua origem comum, principalmente quando o projeto moderno da ciência confluiu com a emergência do capitalismo⁶ (século XIX) e passou a assegurar a ordem estabelecida por esse. Esses sinais podem ser chamados de ruptura paradigmática, levando as últimas consequências à chamada “secularização” moderna, ou, ainda, “desencantamento” do mundo (Santos, 2010).

No seu transcurso histórico, a modernidade (e a ciência) se tornou “produtiva”. Ela representou a produção de diferentes modos de vidas, que, para Zigmunt Baumann (1999, p. 111), dividiram a sociedade em atores, que, por sua vez, foram transformados em objetos de suas ações.

Para Anthony Giddens (1991, p. 14), “os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não têm precedentes”. Continua o autor: “Tanto em sua extensionalidade quanto em sua intencionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudanças característicos dos períodos precedentes”.

Em verdade, o programa da modernidade fundar-se-ia em uma vasta gama de promessas e potencialidades emancipatórias da ciência e da técnica, que prometiam a organização da vida pessoal e coletiva pelo uso da racionalização como único caminho, negando a todos os demais tipos de conhecimento.

Diante das promessas, dos padrões, de esperanças e da culpa, a modernidade indicava uma formação sociocultural liberta – paradigma da

⁶ Para Anthony Giddens: “O capitalismo é um sistema de produção de mercadorias, centrado sobre a relação entre a propriedade privada do capital e trabalho assalariado sem posse de propriedade, esta relação formando o eixo principal de um sistema de classes. O empreendimento capitalista depende da produção para mercados competitivos, os preços sendo sinais para investidores, produtores e consumidores”. Ainda, sobre Sociedades Capitalistas, importa transcrever definição do mesmo autor: “Uma sociedade capitalista é um sistema que conta com diversas características institucionais específicas. Em primeiro lugar, sua ordem econômica envolve [...] a natureza fortemente competitiva e expansionista do empreendimento capitalista implica que a inovação tecnológica tende a ser constante e difusa. Em segundo lugar, a economia é razoavelmente distinta, ou insulada das outras arenas sociais, em particular das instituições políticas” (Giddens, 1991, p. 61).

liberdade⁷ – da qual o uso sistemático da razão responderia aos anseios e às necessidades sociais, que se constituiriam antes de tudo novo modelo de sociedade.

Na linha do que estava dizendo, o modelo de racionalidade moderno constitui-se basicamente no domínio das ciências naturais. Modelo esse que se tornou totalitário, na medida em que negava e/ou nega o caráter racional de todas as outras formas de conhecimento, e que não se pautavam e/ou pautam pelos princípios epistemológicos e por regras metodológicas estabelecidos.

A ciência moderna fez o afastamento entre a natureza e o ser humano, pressupondo que o ser humano seria superior e dominador da natureza. O humano, a partir do pensamento de Descartes, começa a caminhar sobre suas próprias pernas, tentando se libertar do mundo das sensações e das opiniões.

Para o ambiente natural, François Ost enfatiza que “[...] a modernidade ocidental transformou a natureza em ‘ambiente’: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama ‘dono e senhor’”. E, ainda, “o que é certo é que o projeto moderno pretende construir uma supra natureza, à medida da nossa vontade e no nosso desejo de poder” (Ost, 1995, p. 11).

A problemática ambiental decorrente da relação moderna do homem com a natureza (Santos, p. 56) (transformação, construção de uma supranatureza) também se tornou simultaneamente na crise do vínculo, “[...] já que não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza”, e na crise dos limites, “[...] já que não conseguimos discernir o que deles nos distingue” (Ost, 1995, p. 9).

Em síntese: a crise ambiental inaugura uma nova relação entre o real e o simbólico (Leff, 2006, p. 17-18). O ser humano e o ambiente em que vive parecem perder a sua identificação com o cosmos e com o mundo.

Seria o que Silva (2007, p. 33) chama de despertar da *consciência ecológica* ou *consciência ambientalista*, ao afirmar ter acontecido por toda a parte, até com

⁷ A modernidade foi construída a partir da busca por liberdade. Inicialmente buscava-se libertar a sociedade e o governo do julgo e da tutela do religioso. Após as revoluções burguesas a liberdade torna-se paradigma dominante e teorizada em forma de liberalismo, em um primeiro momento, e como liberalismo democrática liberal em um segundo momento. Assim, “A modernidade pode ser compreendida, por este diapasão, como, diferenciação racional entre religião, a política, a moral e o Direito. Com o Direito sendo o garantidor dos âmbitos de liberdade” (Cruz; Bodnar, 2012). Para esse trabalho, o paradigma moderno da liberdade, pode ser compreendido, como a diferenciação entre o racional a religião, a política, a moral e o Direito.

certo exagero, mas exagero produtivo, sendo que foi deste momento que “[...] proveio a necessidade da *proteção jurídica do meio ambiente*, com o combate pela lei de todas as formas de perturbação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, de onde foi surgindo uma legislação ambiental em todos os países” (Silva, 2007, p. 33).

Assim, pode-se afirmar que a crise ambiental, que é multifacetária e global (Benjamin, 2007, p. 60), com riscos ambientais de toda ordem e natureza, evidencia-se na insustentabilidade (Leis, 1999) do projeto moderno. Segundo Beck (1997, p. 17), “as sociedades modernas são confrontadas com as bases e com os limites do seu próprio modelo”.

Conclui-se que as principais características da modernidade são a hipertrofia do conhecimento científico e a atrofia da perspectiva emancipatória – que é a perspectiva de construção de um conhecimento solidário, que deverá ser construído através de uma lógica multicultural, procedimental, discursiva e democrática.

Assim, cabe à ciência contemporânea, sobretudo a jurídica, ultrapassar o olhar técnico, dogmático e monodisciplinar próprio da modernidade, e buscar a construção de novos paradigmas que indiquem caminhos para uma compreensão emancipatória, na tentativa de construção de uma sociedade segura e sustentável. Como resultado da capacidade humana de consciência e autopercepção⁸, bem como de busca da qualidade de vida, que Jeremy Rifkin (2010, p. 538) considera como o bem comum, elemento valioso na hora de garantir a felicidade de todos os indivíduos que são da comunidade.

A humanidade não pode ficar presa única e exclusivamente aos paradigmas modernos, sobretudo da liberdade; será preciso a constituição de novos paradigmas, que, identificados pela problemática ambiental, fazem emergir uma série de questionamentos: as promessas e os paradigmas modernos, sobretudo a ciência e o direito, que se tornaram instrumentos do capitalismo –

⁸ A consciência enquanto nível da mente e cognição é assim explicada por Capra: “[...] consciência para descrever o nível de mente ou cognição, que é caracterizado pela autopercepção. A percepção do meio ambiente, de acordo com a teoria de Santiago, é uma propriedade de cognição em todos os níveis da vida. A autopercepção, até onde sabemos, manifesta-se apenas em animais superiores, e só se desdobra de maneira plena na mente humana. Enquanto seres humanos não estamos apenas cientes de nosso meio ambiente, também estamos cientes de nós mesmos e do nosso mundo interior. Em outras palavras, estamos cientes de que estamos cientes. Não somente sabemos, também sabemos que sabemos” (Capra, 1996. p. 224).

da sociedade de consumo – e que, distantes da sua origem comum, acabaram por neutralizar a ambivalência.

2 A MUDANÇA DE PARADIGMA COMO RESPOSTA À CRISE

Identificou-se, no primeiro tópico deste artigo, que a humanidade parece estar vivenciando uma problemática ambiental decorrente da própria crise civilizacional e dos seus paradigmas. Pergunta-se agora: Como responder a crise? Qual é o conceito de paradigma? Como coabitar e/ou transitar paradigmas de um momento histórico para outro?

Para Thomas S. Kuhn (1994, p. 89), na obra *A estrutura das revoluções científicas*, somente seria possível responder a uma crise, tendo-se primeiramente consciência prévia da anomalia, da emergência gradual e simultânea de um reconhecimento tanto no plano conceitual como no plano da observação, e a consequente mudança das categorias e dos procedimentos paradigmáticos.

Respondendo ao segundo questionamento, Kuhn (1994, p. 219 e ss.) caracteriza um paradigma como sendo aquilo que os membros de uma comunidade partilham. Uma comunidade científica consiste em conjunto de homens que partilham e praticam um paradigma e uma especialidade científica.

Nesse sentido, um paradigma pode se apresentar por dois lados. Por um dos lados, indica toda a constelação de crenças, valores e técnicas partilhados por membros de uma determinada comunidade científica. De outro lado, um paradigma denota um tipo de elemento dessa constelação, ou seja, as soluções concretas de uma problemática apresentada, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução de outras problemáticas da ciência normal.

Kuhn (1994, p. 116) propõe, então, que as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e para o nascimento de novos paradigmas, segundo o autor:

A transição de um paradigma em crise para um novo, no qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem com muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência

(embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. (Kuhn, 1994, p. 15)

Como entredito, a crise do paradigma dominante seria o resultado interativo de uma pluralidade de condições sociais e teóricas, como retrato de uma família intelectual numerosa e instável, que se despiu com alguma dor dos lugares conceituais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes.

Nesse sentido importante é a contribuição de Cruz e Bodnar (2012, p. 41), ao afirmarem que não se pode deixar de lado que o cenário transnacional atual pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações, sociais, econômicas e jurídicas, das quais sempre emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais exigem respostas eficazes do Direito.

Estas respostas também dependem de um novo paradigma do Direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas. A partir desse contexto de insuficiência da liberdade, enquanto paradigma do direito moderno para o enfrentamento dos novos riscos globais, o que se propõe é a análise da sustentabilidade enquanto novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade em coabitação com a liberdade. (Cruz, Bodnar, 2012, p. 41)

Portanto, a configuração do novo paradigma estaria sempre assentada por via da especulação, fundada nos sinais que a crise do paradigma dominante emite, mas nunca por ele determinado. Muito embora o paradigma emergente possa não ser considerado um paradigma científico (o paradigma de um conhecimento prudente) para alguns cientistas, já que a configuração do paradigma que se anuncia só pode obter-se pela via especulativa, o paradigma emergente traz consigo o perfil do paradigma emergente, o que possibilita desenhar e configurar o novo paradigma. Para Kuhn (1994, p. 22), esse episódio de transição de um paradigma para outro é uma verdadeira revolução científica.

Como antes deixamos entredito, deve-se entender por paradigma o “[...] critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade” (Cruz, 2012).

Pergunta-se, agora, como poderá coabitar os paradigmas modernos com os novos paradigmas contemporâneos da sustentabilidade?

Nesse momento de transição paradigmática decorrente da problemática ambiental, a resposta parece estar no desafio de construir novos caminhos que possibilitem uma segurança solidária e emancipatória (Glaserapp, 2008), “[...] onde o homem não seja prisioneiro e não esteja ameaçado por suas próprias conquistas” (Bello Filho, 2004, p. 77).

Com isso, queremos apresentar a necessidade de construir um novo tempo de comunicação – como forma de contato, expressão dos desejos, emancipação de jugo utilitário (Lipovertzky, 2005) – que consiga reduzir a complexidade sistêmica (Luhmann, 1983, p. 45) das relações entre governante e governados, da economia com a política, do humano com o animal, no artificial com o natural, que estabeleça o diálogo como forma de transformar a realidade social e a vida plena no planeta possíveis (Pilau Sobrinho, 1993) através de cenários e espaços públicos que possibilitem a governança ambiental global para a sustentabilidade e que reconheçam a coabitação de paradigmas.

3 SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA

Se a liberdade está para modernidade como paradigma dominante, indutor das relações das comunicações e fonte da produção da ciência, e como referente de produção e aplicação do direito, a sustentabilidade engendra-se como novo paradigma indutor a redefinir e/ou definir as pautas axiológicas em plano local, nacional, internacional e global (transnacional) na pós-modernidade (contemporaneidade).

Nessa perspectiva, necessário faz-se apresentar o conceito da categoria sustentabilidade, que significa “o que pode sustentar”, que vem do latim *sustentare*, que significa “segurar por baixo”, “suportar”, “suster”, “conservar”, “guardar”, “manter com firmeza”, “criar”, “permitir o crescimento” (Freitas, 2007).

Gabriel Real Ferrer (2012), em seus artigos *Sostenibilidad, transnacionalidad e transformaciones del Derecho e Calidad de Vida, Meio Ambiente, sostenibilidad y ciudadanía, Construimos juntos el futuro?*, proporciona conceitos e demonstra cronologicamente a construção do conceito de sustentabilidade, baseando-se em Edgar Morin, para quem a sustentabilidade, em sua tríplice dimensão, econômica, social e ambiental⁹, precisa eliminar as alternativas entre globalização

⁹ O conceito tridimensional da sustentabilidade vem se consolidando desde a publicação dos Objetivos do Milênio e da Conferência de Johannesburgo. Os primeiros são decorrentes da celebração da

e desglobalização; crescimento e decrescimento; desenvolvimento e involução; conversação e transformação.

Antes de mais, a sustentabilidade tornou-se uma noção positiva e altamente prospectiva que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária (que deverá ser constituída por toda humanidade), seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço.

Pode-se dizer que a sustentabilidade não é mais do que a materialização do instinto de sobrevivência social. Segundo o mesmo autor (Ferrer, 2012), para alcançar uma sociedade sustentável supõe-se que:

- a) a sociedade que consideramos seja planetária. Nosso destino é comum e não cabe a sustentabilidade parcial de uma comunidade nacional ou regional à margem do que pode ocorrer no resto do planeta. Construir uma comunidade global de cidadãos ativos é indispensável para o progresso da sustentabilidade. Esta exigência exige, entre outras coisas, superar a visão “ocidental” e anglo-saxônica que temos do mundo;
- b) alcançarmos um pacto com a terra, de modo que nos comprometemos com a possibilidade de manter os ecossistemas essenciais que fazem possíveis a nossa subsistência como espécie em uma condição ambiental aceitável. É imprescindível reduzir drasticamente nossas demandas de consumo de capital natural para alcançar níveis razoáveis de reposição;
- c) sejamos capazes de alimentar e, mas ainda, oferecer uma vida digna ao conjunto de habitantes do planeta, acabando com injustificáveis desigualdades. Para isso, será preciso reconsiderar e reformular os modos de produção e distribuição de riquezas. A fome e a pobreza não são sustentáveis;
- d) recompormos a arquitetura social, de modo que acabemos com o modelo opressor que esta baseando o conforto e o progresso de apenas

Conferencia do Milênio que se realizou em 8 de setembro de 2000, na sede da ONU (Organização das Nações Unidas, em Nova York, com a presença de 189 chefes de Estado e de Governo, que declararam os seguintes objetivos para o milênio: 1. Acabar com a fome e a miséria; 2. Educação básica de qualidade para todos; 3. Igualdade entre sexos e valorização da mulher; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde das gestantes; 6. Combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7. *Qualidade de vida e respeito ao meio ambiente (Garantir a sustentabilidade do meio ambiente)*; e 8. Todo mundo trabalhando pelo desenvolvimento (Fomentar uma associação mundial para o desenvolvimento, aumentando o cooperação internacional. A segunda por sua vez produziu um conjuntos de documentos, outrossim, a atualização da Agenda XXI e adoção de Plano de aplicação das Decisões da Conferência Mundial para o Desenvolvimento sustentável, constitui em um conjunto de medidas concretas.

algumas “castas” (classes) sociais em exclusão sistemática de legiões de indivíduos desfavorecidos, órfãos de qualquer oportunidade. Alcançar um mínimo limiar de justiça social é uma condição inevitável para caminhar para a sustentabilidade;

- e) construirmos novos modelos de governança (objeto de estudo no próximo item) que assegurem a prevalência dos interesses gerais sobre os individuais seja esses de indivíduos, corporações ou Estado. Trata-se de politizar a globalização, pondo-a a serviço das pessoas e estendendo mecanismo de governo baseados em novas formas de democracia com arquitetura assimétrica e baseada na responsabilidade dos cidadãos;
- f) será preciso colocar a ciência e a técnica a serviço de objetivos comuns. Não só os novos conhecimentos devem ajudar a corrigir erros passados, ou apontar soluções eficazes aos problemas que surgem em uma civilização energético-dependente, mas a tecnologia deverá inevitavelmente determinar quais serão os modelos sociais que iremos nos desenvolver.

Esse conjunto de proposições torna os desafios do nosso tempo ainda maiores, sobretudo porque a sustentabilidade emerge como grande potencial axiológico pós-moderno, e que precisa coabitar com os paradigmas da liberdade (indutor do direito moderno), bem como fraternidade e igualdade (indutores das relações sociais).

A sustentabilidade para consolidar-se como paradigma dominante deverá ser construída a partir de múltiplas dimensões, que incluem as variáveis ecológicas, sociais¹⁰, econômicas e tecnológicas, sem esquecer-se da jurídica, em um contexto de comunicação sistêmica¹¹ (Luhmann, 1989) e comunhão dos sistemas¹².

¹⁰ Sobre isso, ver José Renato Nalini (2001, p. 138), para quem: “A sustentabilidade importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante. Propõe a celebração da unidade homem/natureza, na origem e no destino comum e significa um novo paradigma”.

¹¹ “[...] *la comunicación es una síntesis que resulta de tres selecciones: información, acto de comunicación, comprensión. Cada uno de estos componentes es, en sí mismo, un evento contingente. La información es una diferencia que transforma el estado de un sistema, es decir, que produce una diferencia.*” (Luhmann, 1993. p. 81)

¹² “[...] um sistema é a forma de uma diferenciação, possuindo, pois, dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Somente ambos os lados constituem a diferenciação, a forma, o conceito. O ambiente, pois, é tão importante para esta forma, tão indispensável, quanto o próprio sistema. Como diferenciação a forma é fechada. [...] tudo o que se

É “[...] um imperativo ético tridimensional, implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em solidária sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.” (Cruz; Bodnar, 2013, p. 216)

No ensinamento de Cruz e Bodnar (2012, p. 49), a sustentabilidade deverá ser construída a partir de várias dimensões que incluam as variáveis ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base forte o meio ambiente.

Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito. (Cruz; Bodnar, 2012, p. 49-50)

A constituição da sustentabilidade como paradigma passa pela redescoberta, pela necessidade de discussão explícita sobre a resignificação dos múltiplos valores e interesses conflitantes que estão em jogo e que dependem, fundamentalmente, das escolhas: sobre o padrão de vida da sociedade atual, justiça social, preservação de bens e serviços naturais para as futuras gerações, respeito por outros seres vivos, pela integridade da biodiversidade dos ecossistemas do planeta, que, como nós, ameaçados pela crise ambiental (Guerra, 2010).

4 GOVERNANÇA TRANSNACIONAL PARA A SUSTENTABILIDADE

[...] falta pois, imaginar um estatuto jurídico do meio, que esteja à altura do paradigma ecológico marcado pelas ideias de globalidade (“tudo constitui sistema na natureza”) e de complexidade; um regime jurídico

pode observar e descrever com esta diferenciação pertence ou ao sistema ou ao ambiente.” (Luhmann, 1997, p. 78).

pertinente face ao carácter dialético da relação homem-natureza, que não reduza, portanto, o movimento ao domínio unilateral de um sobre o outro. (Ost, 1995, p. 351)

O tema ambiental impõe sob todas as suas facetas um tratamento inovador, o que repercute também sobre a perspectiva das políticas e práticas do Estado e para além do Estado. (Morais, 2013)

Esse desafiante quadro apresentado nos itens anteriores coloca-nos diante de uma nova pergunta: Como esse grande potencial axiológico que é a sustentabilidade poderá reconstruir um novo caminho com transformações sociais, econômicas, ambientais e políticas-jurídicas?

A resposta pode estar em Fraçois Ost (1995, p. 355) quando refere-se que a questão ambiental e a sua regulação precisam de uma compreensão mais global:

Do local (a “minha” propriedade, a “minha” herança) conduz ao global (o património comum do grupo, da nação, da humanidade); do simples (tal espaço, tal indivíduo, tal facto físico), conduz ao completo (o ecossistema, a espécie, o ciclo); de um regime jurídico ligado em direitos e obrigações individuais (direitos subjectivos de apropriação e obrigações correspondentes), conduz a um regime que toma em consideração os interesses difusos (os interesses de todos, incluindo os das gerações futuras) e as responsabilidades colectivas; de um estatuto centrado, principalmente, numa repartição-atribuição estática do espaço (regime monofuncional da propriedade), conduz ao reconhecimento da multiplicidade das utilizações de que os espaços e recursos são susceptíveis, necessariamente, às partilhas de apropriação.

Neste contexto, Canotilho (2001) teoriza a necessidade de compreensão de um postulado globalista, que consiste na protecção do ambiente para além da realizada pelos sistemas jurídicos nacionais, devendo-se levar em consideração, também, os sistemas jurídicos políticos internacionais, supranacionais. A meu juízo, necessário será estabelecer sistemas jurídicos e políticos de governança transnacionais.

A nota qualitativa da sustentabilidade, preconizada também como intento motivador da Rio/Eco-92, ainda não foi viabilizada na sua integralidade, pois o paradigma de desenvolvimento vigente em escala global está pautado muito mais na lógica da maximização dos lucros do que na preocupação ética de distribuição geral e equitativa dos benefícios gerados pelo desenvolvimento.

Este quadro desafiante impõe a necessidade não apenas de ações locais e isoladas, mas de uma especial sensibilização também globalizada, que contribua com a internalização de novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados no plano mundial. Necessita-se de novas estratégias de governança transnacional ambiental para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente para assegurar, inclusive de maneira preventiva e acautelatória, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza. (Cruz; Bodnar, 2012, p. 117)

Será preciso, então, uma nova forma regulatória, para um interesse novíssimo (Morais, 2009), lembrando-se que: “[...] a proteção sistemática e global do ambiente não é uma tarefa solitária dos agentes públicos, antes exige novas formas de comunicação e de participação cidadã” (Canotilho, 2001).

Parece imprescindível a construção e/ou constituição de outros espaços de governanças para além dos espaços tradicionais constituídos e/ou em constituição modernos, é preciso um novo conjunto (novos cenários) de espaços públicos que possibilitem uma governança ambiental global¹³.

James Gustava Speth destaca três caminhos para a governança ambiental: primeiramente, o surgimento de novas instituições e novos procedimentos de

¹³ Conforme Daniel C. Exty e Maria H. Ivanova (2005, p. 11): “[...] a governança ambiental global, [requer] um diálogo entre ambientalistas, homens do governo, empresários, líderes de organizações não-governamentais e estudiosos provenientes de várias partes do mundo e profundamente conscientes da magnitude dos desafios ambientais do momento, da incapacidade das atuais instituições de responderem com eficiência e da necessidade de reformas fundamentais no mundo de gerenciarmos nossa interdependência ecológica global”.

regulação. Será necessário incentivar, de baixo para cima, as iniciativas dos novos atores políticos, tais como as ONGs, os governos locais, a sociedade civil organizado, entre outros. Por fim, precisa-se atacar mais diretamente as causas subjacentes da degradação ambiental, tais como o aumento do crescimento populacional, da pobreza e do subdesenvolvimento. Para Wagner Costa Ribeiro (2012, p. 81):

O conceito de governança não pode ser entendido, apenas como uma construção ideológica, mas como exercício deliberado e contínuo de desenvolvimento de práticas cujo foro analítico está na noção de poder social que media as relações entre Estado, sociedade civil e mercado.

Considerar-se como conceito operacional para a categoria governança, como um processo que envolve tomadores de decisão e não tomadores de decisão, com o objetivo comum da gestão ambiental, social e econômica, onde a participação descentralizada e corresponsável tornam-se a tônica de processo. Pressupondo-se uma atuação integrada, sinérgica, em rede, com ganhos de poder de todos os envolvidos na gestão, interagindo com os tomadores de decisões.

A governança ambiental, social e econômica, pressuposto básico para o alcance da sustentabilidade, pode ter muitas estratégias (institucionais ou não), com espaços de negociação, práticas educativas e participação da sociedade civil, ferramentas que visam a contribuir para o processo de construção de tomada de decisão compartilhada.

Uma das estratégias pode ser a construção de espaços públicos transnacionais de governança para a sustentabilidade (Glasneapp; Cruz, 2012). Nesse mister, Cruz e Bodnar (2009, p. 58) propõem como emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos os espaços públicos transnacionais, que deverão estar livre das amarras ideológicas da modernidade.

O adequado tratamento das crises somente poderá ocorrer a partir do novo pacto de civilização, um novo contrato, que não poderá mais estar preso unicamente à busca da liberdade, mas comprometido com a preservação da vida em todas as suas formas, bem como na busca por uma qualidade de vida, que será possível através da busca de novos mecanismos institucionais que assegurem a materialização da solidariedade transnacional.

Essa nova demanda transnacional caracteriza a emergência de novos cenários e novas instituições políticas e jurídicas transnacionais que possibilitem a politização das discussões e a criação de direitos transnacionais destinados à regular e limitar os poderes decorrentes do fenômeno da globalização, representando uma nova regulação jurídica, permeada de outros conceitos, da natureza social, políticas e econômica, e que permita a retomada de espaços democráticos, portanto, de participação da coletividade na promoção, na defesa e na proteção dos direitos atinentes a sócio, biodiversidade, e que se vislumbra uma nova governança ambiental global a partir do surgimento do direito transnacional¹⁴ e de espaços transnacionais de proteção.

A perspectiva da construção desses novos espaços públicos de governança para além do Estado Constitucional Moderno (territorial e nacional), ou seja, a construção de espaços públicos transnacionais para a governança da sustentabilidade de perspectiva emancipatória – que tenderia a orientar a vida prática dos atores e poderes globais (sociedades civil transnacional) na nova ordem global, pressupondo a adoção uma nova ética, que, ao contrário da ética liberal, não seja colonizada pela ciência, nem pela tecnologia, mas pelo princípio da responsabilidade de longa duração¹⁵ e solidariedade e pela consciência empática.

¹⁴ “O Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais”. E ainda, “[...] o Estado e o Direito Transnacional poderiam ter, enquanto proposta para a discussão, as seguintes características: a) Constituição a partir de estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas; b) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais; c) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes; d) Atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros; e) Pluralismo de concepção, para incluir nações que ano estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental; f) Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária; g) Constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso; h) Capacidade de coerção, como características fundamental, destinando a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo” (Cruz; Bodnar, 2009, p. 56-57).

¹⁵ Conforme José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 7): “A responsabilidade de longa duração convoca, quatro princípios básicos intrinsecamente relacionados: o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio do aproveitamento racional dos recursos, o princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos, e o princípio da solidariedade entre gerações”. E ainda, “a responsabilidade de longa duração pressupõe a obrigatoriedade não apenas de o Estado adotar medidas de proteção adequadas mas também o dever de observar o princípio de nível de proteção elevado quanto à defesa dos componentes ambientais naturais”.

Para a limitação dos atores e poderes transnacionais que conseguem fugir do controle e da autoridade dos Estados, das normas de Direito Internacional e supranacionais, são peças importantes da nova estrutura de governança global; contudo, será necessária a limitação de atuação desses para que não seja identificada a ideia de “governança sem governo”, na qual a autoridade estaria cada vez mais sendo transferida dos Estados territoriais para as entidades não territoriais (Matias, 2005, p. 441). Como enfatiza Santos (2007, p. 36), a governança deverá reconstruir a governabilidade.

Cruz e Bodnar (2010) enfatizam que, pode-se antecipar que a governança transnacional não dependerá somente da criação de sofisticadas e complexas instituições. O que será fundamental serão as atitudes concretas voltadas à proteção efetiva de bens jurídicos de vocação transnacional, lembrando que a emergência de novas formas de governança e de produção do direito não pode ser imposição decorrente da vitória do mais forte, mas deve ser o resultando da emancipação de valores, da construção/constituição e coabitação dos novos paradigmas com os velhos, possibilitando a ressignificação da própria ciência, das posições jurídicas das subjetividades que hoje parecem estar perdidas, fragilizadas e em situação de risco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode se considerar lugar comum a afirmação de que a problemática ambiental caracterizada pela sociedade de risco impôs várias interrogações aos paradigmas modernos e atores da modernidade. Questionamentos que apontam como resposta a necessidade de constituição de novos paradigmas para a civilização pós-moderna, que não podem ficar presos aos paradigmas, esquemas, conceitos e instituições da modernidade.

Sendo válido pensar que esses paradigmas também precisam de novas formas de ser administrados (gestionados) através de novas instituições que precisam programar um sistema de governança transnacional para a sustentabilidade [novo paradigma axiológico].

Sistema que deverá proteger simultaneamente os modelos de mercado (econômicos), os modelos sociais (social) e os modelos ambientais – tridimensionalidade da sustentabilidade. Será necessário proporcionar em âmbito local, nacional, internacional, supranacional e, principalmente, transnacional oportunidades sociais e econômicas em conjunto com o compromisso coletivo de criação de uma sociedade sustentável para toda a humanidade.

Forçoso então será ressignificar as ciências e as tecnologias, que deverão comprometer-se em orientar a vida prática dos cidadãos, pressupondo a adoção de uma ética emancipada, que deverá verte-se em uma nova relação do homem com o ambiente, que se articule com o princípio da comunidade (onde se condensam as ideias de identidade, de comunhão e de comunicação), sem o qual parece ser impossível o caminhar para uma sociedade sustentável.

Nesse cenário, o sistema de governança transnacional não pode ser reduzido à questão da sanção do Direito, mas, antes da cooperação e comunicação ecológica, que se efetive através da implementação transnacional de direitos, observando os atributos de um sistema de governança que se concretizam de várias maneiras: em termos da implementação, de conformidade, de impactos sobre o comportamento dos atores, da realização dos objetivos do sistema, de resolução do problema ou de impactos sobre outros valores.

REFERÊNCIAS

BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Perchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. A ciência é causa dos principais problemas da sociedade industrial. Disponível em: <<http://www.sj.univali.br/agenda21/contribuicoes-externas/ciencia-e-causa-dos-principais-problemas.html>>. Acesso em: 19 ago. 2012.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. Inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

BELLO Filho, Ney de Barros. Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BENJAMIM, Antônio Hermann. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José João Gomes. Estado constitucional e democracia sustentada. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra: Coimbra, ano IV, n. 8, p. 9-16, dez. 2001.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba, 2009.

_____. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. Participação especial Gabriel Real Ferrer. Itajaí: Univali, 2012.

_____. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2013.

_____. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-copenhague. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 31, n. 60, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p319>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

_____. O novo paradigma do Direito na pós-modernidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 3(1): 75-83, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/111.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

EXTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. (Org.). *Governança ambiental global: opções & oportunidades*. Trad. Assef Nagib Kfourri. São Paulo: Senac, 2005.

FREITAS, M. A Década de educação para o desenvolvimento sustentável - Do que não deve ser ao que pode ser. Congresso Ibero-Americano de Educação Ambiental. 5, 2006. *Anais...*, Joinville: Associação Projeto Roda Vida, p. 125-140, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. Direito ambiental, emancipação e sociedade de risco: desafios da tutela constitucional ambiental e do direito socioambiental. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=595>.

_____; CRUZ, Paulo Márcio. Estado e sociedade nos espaços de governança ambiental transnacional. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 63-81, jan./jun. 2011.

GUERRA, Antônio Fernando S.; FIGUEIREDO, Mara Lúcia; PEREIRA, Yara Christina Cesário. Sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável? Da ambiguidade dos conceitos à prática pedagógica em educação ambiental. In: SILVEIRA, Antônio

Fernando; FIGUEIREDO, Mara Lúcia Figueiredo (Org.). *As sustentabilidades em diálogos*. Itajaí: Univali, 2010.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. Trad. Beatriz Vianna e Nelson Boeira. Revisão de Alica Kyoko Miyashiro. Produção de Ricardo W. Neves e Sylvia Chamis. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEIS, Hector Ricardo. *Modernidade insustentável*. Petrópolis: UFSC, 1999.

LIPOVERTZKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Trad. Thererinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translation of: *Ökologische Kommunikation*. Great Britain, 1989.

_____. *A improbabilidade da comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. Lisboa: Veja, 1993.

_____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

_____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1983.

_____; DE GIORGI, Rafaelle. *Teoría de la sociedad*. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo, Paz e Terra, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Meio ambiente, cultura, democracia constituição e pluralismos: como o ambiente especula por uma “nova cultura jurídica”. Disponível em: <http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/meio_ambiente,_cultura,_democracia_constituicao_e_pluralismo%5B20080515231059%5D.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Coleção Direito e Direitos do Homem. Trad. Joana Chaves. São Paulo, 1995.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3640/2183>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

REAL, Gabriel Real. Calidad de vida, meio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? *Revista NEJ – Novos Estudo Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 310-316, 2012.

_____. Sostenibilidad, transnacionalidad e transformaciones del Derecho. *Revista de Derecho Ambiental – Doctrina, Jurisprudencia, Legislación práctica*, Buenos Aires, p. 65-82, octubre/diciembre 2012.

RIBEIRO, Wagner Costa (Org.). *Governança da ordem ambiental internacional e inclusão social*. São Paulo: Annablume: Procama: IEE, 2012.

RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática: La Carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Trad. Genis Sánchez Barverán e Vanessa Casanova. 1. ed. Madrid: Paidós, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, v. 1, 2010.

_____. Más Allá de La gobernanza neoliberal: El foro social mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodriguez. (Ed.). *El derecho y la globalizacion desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*. Trad. Carlos F. Morales de Settén Ravina. Barcelona: Anthropos, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Moacyr Motta. Rumo ao pensamento jurídico da pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SPETH, James Gustave. A agenda ambiental global: origens e perspectivas. In: EXTY, Daniel C. IVANOVA, Maria H. (Org.). *Governança ambiental global: opções & oportunidades*. Trad. Assef Nagib Kfourri. São Paulo: Senac, 2005.

PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: CONTROLE E DIREITO AO ESQUECIMENTO EM ESPAÇOS PÚBLICOS¹

PRIVACY IN THE INFORMATION SOCIETY: THE RIGHT TO CONTROL AND FORGETTING IN PUBLIC SPACES

Maria Cristina Cereser Pezzella²

Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC

Silvano Ghisi³

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa
Catarina - UNOESC

RESUMO: Na denominada sociedade da informação, tem relevância a investigação da privacidade das pessoas nos espaços públicos, nos quais a presença pessoal pode ser facilmente captada, registrada e disseminada por uma miríade de dispositivos tecnológicos, sem autorização ou consen-

timento, expondo o ser humano ao desnudamento completo de sua esfera de personalidade para um contingente indecifrável de pessoas, sem barreiras temporais e espaciais. Nesse contexto, o presente estudo se propõe a investigar se é possível assegurar o direito de privacidade nos espaços públicos, em

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC.

² Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado Direitos Fundamentais Cíveis: a Ampliação dos Direitos Subjetivos - sediado na UNOESC, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS (1988), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul UFRGS (1998), Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (2002), Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESu/MEC.

³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2005), Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2007), Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná (2008), Professor universitário da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, Advogado.

um sentido de invocar um direito ao esquecimento, ou seja, para além de não ter a presença captada, ser garantido que dados pretéritos não sejam reproduzidos e reavivados. Assim, utilizando o método deduzido e pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, principia discutindo a conformação da sociedade da informação, passa à análise da privacidade como direito fundamental, e nela as novas feições dos espaços públicos e privados, desaguando na análise do direito ao esquecimento nos espaços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; sociedade da informação; espaços públicos; privacidade; direito ao esquecimento.

ABSTRACT: *In the Information Society has important research of personal privacy in public spaces, in which the personal presence can be easily captured, recorded and disseminated by a myriad of technological devices, without authorization or consent, exposing humans to complete denudation its sphere of personality to a contingent of people indecipherable without barriers of space and time. In this context, this study aims to investigate whether it is possible to ensure the right to privacy in public spaces, in order to claim a right to oblivion, ie, beyond the presence of not having taken, be assured that data is not past tenses reproduced and revived. Thus, using the method and less guided by literature and jurisprudence, begins discussing the conformation of the Information Society, passes the analysis of privacy as a fundamental right, and it the new features of public and private spaces, emptying into the analysis of the right to oblivion in public.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; information society; public spaces; privacy; right to forgetfulness.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sociedade da informação; 2 Privacidade como direito fundamental; 3 Espaços públicos e espaços privados; 4 Direito à “invisibilidade” nos espaços públicos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Information society; 2 Privacy as a fundamental right; 3 Public spaces and private spaces; 4 Right to “invisibility” in public; Final thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

A sociedade da informação, lastreada no primado do conhecimento, na criação, circulação e oeração da informação, consubstancia-se na atual forma de fomento das inter-relações pessoais, e no direcionamento dos aspectos econômicos, políticos, jurídicos e sociais, provocando alterações significativas no cotidiano. Nesse processo, a pessoa humana, em todo seu conjunto físico, moral e espiritual, também transmuda-se

em ser dependente de informações, onde dados e signos são sua vivificação em um novo plano de existência.

Com efeito, na sociedade da informação a pessoa é primeiramente representada por informações, ou seja, conhecida por dados, números, rotinas de compras e gastos, na forma de textos, imagens, sons e dados registrados. Esta nova percepção do indivíduo como um ser informacional passa a reclamar a proteção da privacidade, notadamente por se tratar de um direito fundamental de primeira grandeza, reconhecido como direito de personalidade, com caracteres de indisponibilidade, intransmissibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

A privacidade, entretanto, tradicionalmente é vista como o direito de estar só e a salvo da percepção alheia, o que é atingido pelo recolhimento do indivíduo a um recôndito de preservação e ocultamento, como se operasse um escudo à intromissão ou curiosidade alheias. Tal feito é obtido pelo retorno do indivíduo a um espaço próprio e individual, exclusivamente privado, no mais das vezes refletido na residência inacessível e no sigilo das informações a seu respeito. Mas é no espaço público que a presença das pessoas se faz descoberta, e é neste *momento* que a privacidade vem reclamar luz. A toda evidência, onde a princípio se mostraria incompatível a ideia de recato e ocultação, necessário preservar o ser humano da percepção alheia, e mais ainda do uso e da reprodução que se possa fazer de sua imagem e dados, em um sentido de garantir um direito ao esquecimento, para que a passagem e estada seja efêmera. O problema se amplia diante do instrumental existente na sociedade da informação, e, em virtude destas inúmeras inovações tecnológicas, permite que qualquer indivíduo possa ser vigilante dos que o cercam, quando munido de dispositivo e equipamentos cada vez mais potentes e invasivos, a exemplo: dos celulares, dos *tablets*, das câmeras e de gravadores de sons.

O presente estudo tem como objetivo conciliar o direito à informação e o livre acesso aos inventos tecnológicos, disponíveis na sociedade da informação, e como estes inventos podem demonstrar verdadeiros elementos de inclusão, com também o direito de que a presença pessoal nos espaços públicos não possa ser alvo indiscriminado e *desautorizado* do registro alheio, da conservação, da reprodução e da divulgação indevida.

1 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Toffler (1998, *passim*) refere-se à sociedade da informação como um estado em que coexistiriam dois relógios, um analógico e outro digital. O primeiro apto a regular a vida humana presa a limites temporais e físicos, e o segundo como o que transcenderia estes limites, exigindo acesso e ações simultâneas em torno e em razão da informação, como se presente um tempo e espaço paralelos. Este descompasso entre vivência e regulação das relações sociais, e o virtuoso processo de inovação tecnológica, é sentido de outro modo por Rodotà *apud* Doneda (2000, p. 120):

Tem-se a sensação que cresce a distância entre o mundo velocíssimo da inovação tecnológicas e o mundo lentíssimo da proteção sócio-constitucional. Quase a todo momento percebe-se a rápida obsolescência das soluções reguladoras de um determinado fenômeno técnico, destinadas à solução de um problema apenas.

A aparente desarmonia entre universo tecnológico-informacional e vida cotidiana, e a visão de que tecnologias determinam os rumos sociais, é alvo da crítica apresentada por Castells (2003, p. 43):

É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade descreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais de forma que o resultado final depende de um complexo padrão interativo. Na verdade, o dilema do determinismo tecnológico é, provavelmente, um problema infundado, dado que a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.

Na perspectiva dialética, a tecnologia incorpora a sociedade, e esta, por sua vez, faz uso da tecnologia. Não há se falar propriamente em “impacto” das novas tecnologias da informação sobre a sociedade, porque, se assim ocorresse, o ambiente social deveria ser tomado como um recipiente vazio, não reativo, despido de dinamicidade, e que apenas suportasse as punções projetadas pelas tecnologias. Segundo Lévy (2003, p. 21), “não somente as técnicas são

imaginadas, fabricadas e reintegradas durante seu uso pelos homens, como também é o próprio uso intensivo de ferramentas que constitui a humanidade como tal (junto com a linguagem e as instituições sociais complexas)".

No traçado dessa inescusável interdependência, continua o autor que "é impossível separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo" (Lévy, 2003, p. 22). Nesse aspecto da sociedade da informação, não existe um simples impacto das tecnologias, na medida em que o surgimento de tecnologias e sua infiltração no meio social é um processo dialógico intermitente, dependente de fatores multifacetados, por vezes inidentificáveis com precisão. Assim, não há uma mera resposta à provocação instada pelas tecnologias, mas sim uma maneira autoconstrutiva do sistema social. Na visão sistêmica pode se ponderar da seguinte forma:

Um sistema é constituído por elementos autoproduzidos e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade - mesmo que seja um último elemento não mais passível de ser decomposto - é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. (Luhmann *apud* Neves e Samios, 1997, p. 25)

O comportamento apresentado pela sociedade da informação ante o contágio por novas tecnologias não se mostra como um revide, refulgindo como um reflexo já comprometido pela integração daquelas tecnologias. Na sociedade da informação a tecnologia implantada ganha existência própria e irradia influxos ao corpo social, tornando impossível regredir ao estágio anterior, diante das ramificações e interdependências que estendeu com a nova tecnologia integrada. Pelo mesmo fundamento, tudo que a partir de então passar a autoproduzir levará características da integração tecnológica experimentada. É este o sentido autopoietico ventilado por Luhmann, na direção da incorporação, internalização, revelação das tecnologias e o seu uso (ou não uso) pelas sociedades, como um sistema fechado, onde "informações são sempre constructos internos" (Luhmann *apud* Neves e Samios, 1997, p. 25).

Em esteira análoga, Lévy (2003, p. 25) afirma que a tecnologia tem papel, quando muito, condicionante, mas nunca determinante da sociedade e da

cultura. Fenômenos sociais jamais são operados unidirecionalmente por relações de causa e efeito, pois “a multiplicidade de fatores e agentes proíbe qualquer cálculo de efeitos determinantes” (Lévy, 2003, p. 26).

Existem pontos de irreversibilidade das sociedades diante da incorporação das tecnologias, onde, considerado o contato da sociedade com a tecnologia, no instante seguinte nem a tecnologia é a mesma, tampouco a sociedade, já tendo internalizado seu uso e despontada na produção de novas rotinas e técnicas com base naquela tecnologia implantada. Vislumbra-se que a informação, em sentido bastante geral e amplo, é que dá suporte às relações humanas; e a informação lapidada é a que confere sólidos sustentáculos à nova e complexa sociedade da informação, e que tem na infraestrutura de tecnologias de informática e comunicação a propulsão de uma inescandível e veloz dinamicidade.

A sociedade da informação, ou sociedade informacional, como prefere Castells (2003, p. 57-60), apresenta características específicas que permitem sua identificação e percepção como formação autônoma. A primeira destas facetas é a de que a informação é sua matéria prima, posto que as tecnologias evoluem adrede à propiciar a apropriação e o uso da informação pelo ser humano. Como segunda característica está a profícua e elevada penetrabilidade, visto que a informação é elemento indissociável de toda ação humana, de sorte que são autopoieticamente afetadas por cada nova tecnologia.

Outra característica da sociedade da informação é sua flexibilidade, já que torna facilitada a reorganização, e a factível capacidade de redefinição, ressignificação. A interação de tecnologias é outra característica luzente da sociedade da informação, pois se observa o contínuo processo de diálogo entre áreas do conhecimento e tecnologias, com integração de elementos de eletrônica, telecomunicações, biologia e robótica.

Por fim, não há se falar em sociedade da informação, com a vertiginosidade que a se experimenta, sem reconhecer a característica da lógica de redes, isto é, aparato essencial que permite a produção, o compartilhamento e a disseminação da informação, e, ao mesmo tempo, no despertar de tecnologias para o trato e uso da informação. A propósito, essa conformação é reconhecida na Diretiva nº 2002/58 da Comunidade Europeia:

[...]. O desenvolvimento da sociedade da informação caracteriza-se pela introdução de novos serviços de comunicações electrónicas. O acesso a redes móveis digitais está disponível a custos razoáveis para um vasto

público. Essas redes digitais têm grandes capacidades e possibilidades de tratamento de dados pessoais.

Diante destas características, a sociedade da informação desconhece, *a priori*, limitações espaciais e temporais, negligenciando espaços públicos e privados, conferindo-se a si próprio cunho universal e incombatiável.

2 PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à privacidade fulgura no conjunto dos direitos fundamentais, e, como tal, é também componente dos direitos humanos, admitidos como direitos que cabem ao ser humano pelo simples fato de assim se constituir (Bobbio, 1992, p. 17), pois se trata de um *ser* dotado de dignidade.

Em escorço histórico, explica Farias (2000, p. 70) que os direitos humanos “inicialmente foram concebidos como limites aos poderes do soberano. Eram as liberdades individuais oponíveis ao Estado. Constituíam, essencialmente, direitos de defesa contra o Estado”. Evoluindo no tempo, novos direitos com mesma carga de relevância e necessidade passaram a ser reconhecidos, agora exigindo postura ativa do Estado para sua realização, como ocorreu com os direitos sociais, de acordo com Lucas (2010, p. 37-38):

No caso específico dos direitos humanos, é evidente que a definição jurídica e a institucionalização de seus postulados constituem o quadro das importantes conquistas históricas proporcionadas pelas revoluções liberais do século 18. Sob esse ângulo, é possível afirmar que os direitos humanos tiveram um momento especial de reconhecimento institucional que se confunde com o próprio advento do Estado Moderno e se configura como elemento material de sua formação, como última instância de legitimação do Estado de Direito.

A toda evidência, os direitos humanos despontam com intuito universalista, com ares de transnacionalidade, reclamando sua validade em qualquer parcela de tempo e espaço, justificados em que são direitos humanos pelo só e simples fato do seu destinatário, o ser humano, resultando na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Nesse passo, a ideia de transnacionalidade e validade universal dos direitos humanos, como concepção política, exige sua internalização nos ordenamentos jurídicos e sociais de cada

país, por meio de normas jurídicas explícitas. Sarlet (2008, p. 31-32) compreende que os direitos humanos transmudaram-se para direitos fundamentais, assim:

Embora sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

No caso do direito à privacidade, está assim reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XII: “*Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques*” [grifou-se]. E no processo de positivação, propriamente no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se pela Constituição Federal brasileira de 1988 esse mesmo direito contido no art. 5º, inciso X: “*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” [grifou-se].

Pela dicção constitucional supratranscrita vê-se que o constituinte originário contemplou direitos à intimidade e vida privada, sendo que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 acolhe apenas a vida privada. O constituinte pátrio, porém, desdobrou a vida privada em uma faceta ainda mais específica, sob o caráter de um direito à intimidade, como defende Silva (2012, p. 206):

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada como um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das

peçoas, quando a doutrina os reputada, como outros, manifestação daquela.

[...]

Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas, [...].

Mendes e Branco (2011, p. 315), por seu turno, ainda que não percam de vista que privacidade e intimidade possuem arestas de contato, traçam a seguinte distinção:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Inegável que os desdobramentos citados *supra* visam a proteger a pessoa da interferência e intromissão alheia, por isso o foco consiste em almejar por a salvo de qualquer curiosidade e expectativa desautorizada. Verifica-se aqui a representação de forma nítida da preservação do princípio constitucional positivado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988), e de seus reflexos. Nessa toada, um tempero de concretude aos direitos fundamentais da índole da privacidade e da intimidade adveio com o reconhecimento de pertença aos direitos de personalidade, como pontua Canotilho (2003, p. 396):

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, *direito à privacidade*), os direitos distintivos

da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice versa. [grifou-se]

Como se nota, o direito de privacidade está inserido em uma categoria especialíssima de direitos do ser humano denominados de direitos de personalidade, estes que, segundo Farias (2000, p. 131), são classe

composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existente desde o seu nascimento. Em sua, os direitos de personalidade “concedem um poder às pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades”.

Proveitoso atestar que os direitos de personalidade formam o plexo de valores existenciais da pessoa humana, nas mais variadas nuances, envolvendo matizes materiais (integridade física), imateriais (nome, imagem, privacidade) e espirituais (honra), e como prefere Diniz (2008, p. 118),

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

Nessa linha, “a vida privada é o direito de excluir às informações alheias e ideias, fatos e dados pertinentes a pessoa. Sendo nada mais do que

a parte da personalidade que se quer proteger do público” (Svalov, 2012, p. 66). A privacidade, portanto, é inegavelmente um direito humano, um direito fundamental, e, enfim, um direito de personalidade, de forma que, para Doneda (2000, p. 128),

a proteção da privacidade, elemento indissociável da personalidade, merece esta tutela integrada, sendo provavelmente um dos casos em que ela é mais necessária. A cotidiana redefinição de forças e meios que possibilitam a intromissão na esfera privada dos indivíduos demanda uma tutela de caráter incessantemente mutável.

[...]

Os autores que abordam os direitos de personalidade são unânimes em reconhecer neles integrada à proteção da privacidade. Há variações de amplitude e mesmo de nomenclatura com as locuções direito à intimidade, direito ao segredo, direito ao recato, direito à vida privada, direito ao respeito da vida privada, direito ao sigilo, entre outras. Passando ao largo do exame das características individuais de cada uma, é indiscutível, que estão superadas as discussões sobre a existência ou não da privacidade pelo ordenamento jurídico e, especificamente, pelo direito civil.

É fundamental a proteção da privacidade na perspectiva do direito humano, como também sua essencialidade imprescindível à realização da dignidade da pessoa humana. Nesta trilha, a privacidade revela o seu *status* no panorama atual de necessidade de proteção e com o objetivo de tornar eficazes os direitos fundamentais. O temor justificável consiste na falta de controle em barrar com o uso indevido e indiscriminado dos aparatos tecnológicos que captam a presença humana, de modo a causar lesão irreparável nos direitos atinentes à personalidade.

Esta constatação desafia a encontrar e imprimir novos contornos ao direito de privacidade, na medida em que a tradicional fórmula do “direito a ser deixado só” não se revela suficiente na sociedade da informação, na medida em que a vivência, a participação e a inclusão neste novo modelo de sociedade exige dos indivíduos maior abertura de informações a seu respeito, como, por

exemplo, na contratação de um determinado serviço que somente se concretiza a partir do fornecimento de dados pessoais. Nessa medida, Rodotà (2008, p. 92) propõe que

na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas, Assim, a *privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações.* [grifou-se]

Esclarece-se, entretanto, que a privacidade não se desloca completamente do conceito do direito ao recato, de impedir o acesso alheio às informações sobre a pessoa, para um conceito apenas do controle que se possa fazer destas informações. Em verdade a privacidade, na sociedade da informação, tem seu espectro ampliado, por vezes atuando a invocação do direito de ser deixado só, e outras pelo direito ao controle das informações a seu respeito, refletindo inclusive no direito ao esquecimento das informações pessoais.

Assim como a sociedade da informação cria novas formas de relações interpessoais, também reclama novas formas de controle e de proteção diante dos riscos trazidos pelos meios tecnológicos, em virtude de seu uso indiscriminado e invasivo.

3 ESPAÇOS PÚBLICOS E ESPAÇOS PRIVADOS

A vivência na sociedade moderna perpassa diuturnamente pela oscilação da presença do ser humano entre espaços públicos e privados. A cisão entre recônditos privados e aberturas de espaços públicos é fruto da modernidade, em uma clara associação ao reconhecimento do direito de propriedade, e daquilo se possa garantir de exclusivo aos indivíduos, pressuposto para em contraponto se poder falar em espaços não privados, isto é, públicos e compartilháveis com uma coletividade. Rousseau (2006, p. 23) apresenta uma relação de integração do indivíduo que, pelo contrato social, submete-se reciprocamente a espaços públicos e privados, ressaltando que “cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do Estado em face dos particulares e como membro do Estado

em face do soberano". Na visão rousseauniana, a vontade geral reflete-se na coletividade, o espaço público, sobrepondo-se ao privado.

Habermas (2003, p. 92), porém, ao investigar a modernidade, à luz da burguesia, identifica uma vital conformação do espaço público, chamado de esfera pública, em cotejo com o espaço privado, tomando-o como um fenômeno social de interação e diálogo, expondo o jusfilósofo que:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (Habermas, 2003, p. 92)

Essa concepção permite inferir que na sociedade existem os espaços privados (íntimos), notadamente representados pela família e sociedade civil, ao passo que também existem os espaços públicos (esfera públicas) nos quais, por meio do agir comunicativo, se propiciaria a intermediação entres sociedade e Estado. Entremeando esta inter-relação atuariam os direitos fundamentais, para, de um lado assegurar o princípio da autonomia privada e propriedade, e, de outro, o exercício das liberdades públicas. Entretanto, "a participação ou mesmo a simples estada da pessoa em espaço público é apreendida com Arendt" (2007, p. 59-60), que vislumbra um *locus* temporal-espacial de aparecimento e visibilidade, quando assim descreve:

A aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos constitui a realidade. Em comparação com a realidade que decorre do fato de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima... vivem uma espécie de vida incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a tornar-se adequadas à aparição pública.

[...]

A realidade da esfera pública conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser inventado.

Martins (2005, p. 157), por sua vez, pressupõe um aspecto diferenciado dos espaços públicos, altercando que “em termos sociais, todavia, o espaço público designa a constituição de uma intersubjectividade prática, do reconhecimento recíproco como sujeitos, da ligação das pessoas e do encadeamento das suas acções na cooperação social”. E, nesse propósito, Habermas (2003, p. 93) prospecta que

[...] as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente. Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença virtual dos leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.

A par dos espaços públicos, os espaços privados apresentam-se como aqueles destinados ao exercício das faculdades privativas do ser humano que se quer deixar a salvo do conhecimento alheio, sobremodo entrelaçados com os ideais de privacidade, intimidade e sigilo. Nesse aspecto, Arendt (2007, p. 61) pondera que a “esfera pública só tolera o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante torna-se automaticamente assunto privado”.

A toda evidência, a dicotomia entre espaços públicos e privados identifica-se, num primeiro momento, sob o aspecto físico e espacial, tomando por base espaços físicos. Não se pode olvidar que o reconhecimento de um ambiente ser espaço privado ou público também está condicionado a um determinado momento histórico, e até mesmo no contingente cultural de determinada comunidade, pois quanto mais individualista for o pensamento cultural, mais espaços privados existirão, e do contrário, quando mais coletivo e transcendente ao indivíduo for determinada cultura, avolumar-se-ão os espaços públicos.

Ao presente estudo importa, pois, a qualificação dos espaços públicos e privados por seu cunho institucional e jurídico, na linha prelecionada por Martins (2005, p. 158):

Por sua vez, pelo critério institucional ou jurídico, são qualificados como públicos os lugares ou os

problemas que relevam de uma instituição pública. Neste caso, o privado opõe-se ao público e o segredo ou a inacessibilidade constituem a condição da sua protecção. Podemos falar então do domicílio ou da empresa, que relevam de uma autoridade privada, e das ruas ou das praças, que relevam da ordem pública. Dada esta incerteza, fica claro que não existe um espaço público natural e que a nossa atenção deve recair não apenas na evolução e na porosidade da fronteira entre público e privado, mas também na evolução das significações que estas noções revestem, por exemplo, nas deslocações entre uma acepção física concreta e uma acepção imaterial do espaço público.

De toda forma, a fronteira entre espaços públicos e privados nem sempre é pressentida e facilmente identificada, dado que experimentam um latente processo de imbricação, pela própria dinâmica dos sujeitos neles insertos e por meio deles reciprocamente envolvidos.

Nesse contexto, a mediação tecnológica, característica da sociedade da informação, que propicia o trânsito entre tais espaços e fomenta o esmaecimento de barreiras entre eles, merece urgente atenção. Não por outra razão, de acordo com Rodotà (2008, p. 115),

a plenitude da esfera pública depende diretamente da liberdade com a qual pode ser construída a esfera privada. Neste ponto, portanto, é necessário chegar a uma concepção de cidadania adequada à dimensão agora caracterizada pelo uso das tecnologias de informação e comunicação.

Na sociedade da informação, os espaços públicos assumem também a forma das relações virtualizadas e da experimentação das mídias, tornando desnecessária a presença simultânea de indivíduos em um espaço físico delimitado. Estes espaços públicos, permitidos por aparatos tecnológicos e comunicacionais, em especial pelos diálogos propiciados pela Internet, se configuraram entre uma infinidade e indeterminação de pessoas que estejam há grandes distâncias físicas entre si, mas aproximadas pelo fluxo das redes de comunicação.

Assim, o controle que o indivíduo possa fazer das informações coletadas, reproduzidas e compartilhadas em espaços públicos, assume relevância ímpar na sociedade da informação.

4 DIREITO À “INVISIBILIDADE” NOS ESPAÇOS PÚBLICOS

Como alhures visto, entre direitos fundamentais essenciais do ser humano está a privacidade, um verdadeiro direito proprietário de se ver a salvo de toda e qualquer intromissão alheia, nos moldes tencionados por Doneda (2000, p. 113):

O surgimento da doutrina do *right to privacy*, em matiz fortemente identificado com o direito ao isolamento, corresponde justamente a um dos períodos de ouro da sociedade burguesa norte-americana, o final de século passado.

[...]

Tomado como garante do isolamento e da solidão, o direito à privacidade não se aprestava exatamente como uma realização de exigências naturais do homem, mas sim de uma classe.

Se a privacidade representa tanto o direito de ser deixado em paz, traduzido da célebre fórmula do direito de estar só construída pelo magistrado norte-americano Cooley (Doneda, 2000, p. 113), como também o direito de controlar o uso das informações pessoais, instiga saber se há campo e possibilidade de sua incidência nos espaços públicos, onde pairam a visibilidade tratada por Arendt (2007, p. 59-60) e os processos comunicativos enfocados por Habermas (2003, p. 92-93), reificados na sociedade da informação por “ambientes” perpetrados por tecnologias que dispensam a presença física simultânea dos indivíduos.

O simples fato de o indivíduo apresentar-se em espaços públicos não permite concluir que se despiu de toda a proteção natural oriunda da privacidade. Ainda que fora de seu reduzido universo particular, é certo que conserva escudo contra a intromissão alheia. Tal concepção engloba todo o universo de pessoas da comunidade, tenha alguma delas ou não qualquer participação pública de maior expressão. Mesmo nestes casos, quando em mira pessoas públicas, a doutrina reconhece que não abandonam por completo os obstáculos da privacidade em face das investidas alheias. Mendes e Branco (2011, p. 321-322) tratam da questão:

Por vezes, diz-se que o homem público, i. é, aquele que se pôs sob a luz da observação do público, abre mão da sua privacidade pelo só fato do seu modo de viver. Essa impressão é incorreta. O que ocorre é que, vivendo ele do crédito público, estando constantemente envolvido em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se avolume um verdadeiro interesse público, que não existiria com reação ao pacato cidadão comum.

[...]

Fatos desvinculados do papel social da figura pública não podem ser considerados de interesse público, não ensejando que a imprensa invada a privacidade do indivíduo.

Como se nota, a doutrina supracitada admite um arrefecimento da proteção à privacidade da pessoa pública (políticos, artistas, celebridades em geral), tão somente quanto a fatos relevantes ao papel social, que despertem a importância para o interesse público, sendo que os mesmos autores advertem que “decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público” (Mendes e Branco, 2011, p. 321) [grifou-se].

Logo, se nem mesmo a figura pública é desnudada de toda sua privacidade nos espaços públicos, menos ainda o será o cidadão comum, o *homo medius*, cuja existência e presença é desimportante para o interesse público.

Não se pode confiar em uma suposta cláusula tácita de consentimento à exposição e apropriação da presença pessoal pelo simples fato de o indivíduo apresentar-se em determinado espaço público. Considerando que a privacidade visa à proteção de direitos de personalidade preciosos como a honra e imagem, indisponíveis que são (art. 11 do Código Civil), “não há como supor que ao adentrar a um espaço público a pessoa tacitamente aceita ser alvo de toda e qualquer espécie de intervenção alheia. E a propósito, apenas o consentimento expresso, inadmitindo-se consentimento tácito pela simples exposição, pode afastar a ofensa à privacidade nos espaços públicos”. Neste sentido já decidiu o STJ – Superior Tribunal de Justiça em histórica construção *juscultural* no ano de 2011, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL
- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO
INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO
- PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA
ESPANHOLA - CONTRATO COM CLÁUSULA DE
ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR

1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos.

2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas.

3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente.

[...]

10. *Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem.*

[...]. (STJ), REsp 1168547/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 11.05.2010, DJe 07.02.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2013) [grifou-se]

Na sociedade da informação a questão desponta mais espinhosa preocupação, uma vez que as tecnologias de comunicação, cada vez mais rápidas e vorazes, mais acessíveis e integralizadas aos afazeres cotidianos da vida comum, a exemplo de celulares, *tablets*, redes de comunicação de alta velocidade, transmissão eletrônica em tempo real, criam um ambiente em que cada indivíduo é ao mesmo tempo vigilante e vigiado de todos e por todos. Martins (2005, p. 158) expõe esta evidência:

Esta questão da fronteira entre espaço público e espaço privado abre caminho à reflexão sobre a mediação técnica, sobre o modo como as novas tecnologias da informação, que incluem os media, participam da redefinição da fronteira entre público e privado, ao misturarem em permanência lugares e actividades públicas e privadas. O exemplo-tipo desta realidade é a publicitação da intimidade nos media audiovisuais e na Internet, assim como, de um modo geral, a comunicação electrónica.

Silva (2012, p. 209-210) também se debruça sobre a questão, analisando que:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

A questão relevante é que nos espaços públicos da sociedade da informação cada sujeito que esteja dotado de um dispositivo tecnológico capaz de captar a

presença de outros pode registrar e reproduzi-la de forma instantânea, e para um contingente indeterminado de pessoas, sem qualquer autorização prévia de tal divulgação. Ato contínuo, cada indivíduo que tem acesso àqueles dados disponibilizados igualmente se põe na condição de interlocutor de um espaço público permitido pelas tecnologias midiáticas e comunicacionais, ainda que seja um interlocutor passivo que só observe as informações.

Ocorrência desta natureza representa ofensa ao direito de privacidade, que no espaço público representa direitos de não se notado e de não ter a presença registrada, além de controlar a destinação que se possa fazer das informações pessoais ali coletadas, surgindo o consentimento como mecanismo contendor de violações.

Assim, a captura de imagens e dados pessoais em locais públicos, mesmo que se trate de pessoas de notoriedade (artistas, políticos, etc.), não escapa à prerrogativa do controle, podendo ser exigida a cessão da captura, a contenção da exibição e reprodução, chegando mesmo ao direito de exigir a completa eliminação dos dados, de modo a apagar os rastros da presença pessoal coletados. O noticiamento de informações relacionadas às pessoas em espaços públicos, famosas ou não, perpassa necessariamente pelo critério do interesse público relevante, conforme ponderam Mendes e Branco (2011, p. 320-321):

Verifica-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo.

[...]

O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto para superar a garantia da privacidade.

Com efeito, o fato de tratar-se de pessoa de notoriedade e fama a reclamar a tutela da privacidade em espaços públicos atrai tônica peculiar ao tema. Na mesma medida, é extremamente relevante contemplar o trato à privacidade do cidadão “comum”, cuja vida cotidiana, profissional e social, não é ordinariamente

alvo dos holofotes, não desperta a curiosidade e a ânsia da expectativa pelo público.

Nesse passo, não se pode confundir interesse público com curiosidade pública. O interesse traduz o direito à informação, no matiz do direito de ser informado, isto é, a possibilidade de obter informações de interesse particular, geral ou coletivo junto a órgãos públicos (SVALOV, 2012, p. 63) ou daqueles com atividades informativas delegadas, e que tais informações sejam importante para decisões individuais ou sociais. A curiosidade, por sua vez, representa o mero deleite por conhecer fato da vida alheia, sem implicação à continuidade da vida do espectador.

Não se pode perder de vista, aliás, que por vezes o anseio por ser e se manter informado sobre fatos da vida alheia nada mais é que a realização da sociedade do espetáculo denunciada por Guy Debord (2000, p. 12-14):

O espetáculo apresenta-se como algo grandioso, positivo, indiscutível e inacessível. Sua única mensagem é “o que aparece é bom, o que é bom aparece”. A atitude que ele exige por princípio é aquela aceitação passiva que, na verdade, ele já obteve na medida em que aparece sem réplica, pelo seu monopólio da aparência.

[...]

Onde o mundo real se converte em simples imagens, estas simples imagens tornam-se seres reais e motivações eficientes típicas de um comportamento hipnótico. O espetáculo, como tendência para fazer ver por diferentes mediações especializadas o mundo que já não é diretamente apreensível, encontra normalmente na visão o sentido humano privilegiado que noutras épocas foi o tato; a visão, o sentido mais abstrato, e o mais mistificável, corresponde à abstração generalizada da sociedade atual.

Nesse contexto, a indagação que se deve fazer é se no espaço público a pessoa pode opor-se à captação de sua presença, a conservação desta sua representação e, em um momento posterior, sua exibição a um auditório qualquer, que na era da sociedade da informação representa fortemente a disponibilização na Internet. O questionamento necessário consiste em aferir

se existe uma prerrogativa de não ser notado, de se ter garantia de presença e passagem efêmeras, vendando seu registro e o aprisionamento daquele passado de aparição nos meios eletrônicos e midiáticos, e sua posterior reprodução.

Trata-se aqui do chamado *direito ao esquecimento*, prestigiado pelo Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizada em março de 2013 pelo Centro de Estudos do Judiciário Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Segundo Rodotà (2008, p. 134-135), o direito ao esquecimento consiste em que

algumas categorias de informações devam ser destruídas, ou conservadas somente em forma agregada e anônima, uma vez que tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas ou depois de transcorrido um determinado lapso de tempo. [...]. Assim, pode-se tentar diminuir o acúmulo de enormes quantidades de dados, potencialmente perigosos. E, sobretudo, evita-se que cada um seja implacavelmente perseguido por qualquer rastro que tenha deixado ao logo de sua vida.

A relevância do direito ao esquecimento na tutela da personalidade pode ser aferida a partir da explanação feita por Alexy (2012, p. 99-100) sobre o “Caso Lebach”, ainda que o objetivo do referido jurista não seja tratar deste direito:

[...] a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos art. 1º,

§ 2º, e art. 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.

Após diversos embates judiciais e decisões contrárias ao interesse do requerente, houve ajuizamento de reclamação constitucional. Alexy (2012, p. 100) destaca que o caso apresentou “tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2º”. Ao final, a solução constitucional sobressalente foi no sentido de impedir a exibição do documentário, na medida em que se tratava de “repetição do noticiário televisivo sobre um crime grave *não mais revestido de um interesse atual pela informação*” (Alexy, 2012, p. 102) [grifou-se], colocando em risco tanto a ressocialização do apenado quanto a proteção de sua personalidade.

Como se pode inferir do caso relatado *supra*, a proteção à personalidade ventilada na decisão judicial como um dos interesses mais relevantes a ser protegido, tem oculto, mas atuante, inequivocamente o direito ao esquecimento, no sentido de que a pessoa não tivesse os rastros de seu passado emergidos e reavivados na memória pública, justificado ainda pelo completo desinteresse público relevante da retomada daquelas informações. O direito ao esquecimento, portanto, atine ao controle do uso que se possa fazer das informações pretéritas do indivíduo, atuando como eficaz mecanismo de proteção contra ofensa à privacidade por divulgação de imagens e dados pessoais nos espaços públicos.

Com efeito, na sociedade da informação os mecanismos de captação e registro de informações conduzem a que a imagem pessoal possa ser aprisionada para a posteridade, *aniquilando o direito ao esquecimento*, uma vez que a divulgação pela Internet ou outros veículos de comunicação em massa desconhece barreiras espaciais e temporais, sem se olvidar ainda da velocidade do fluxo das informações e da intercomunicação de equipamentos e dispositivos permite a qualquer pessoa armazenar e replicar cópia daquela representação pessoa captada.

Nesse passo, a tese de consentimento tácito na exposição em espaços públicos merece temperamento, pois se deve rememorar que se está diante de direitos de personalidade cuja proteção à sua exposição injusta advém justamente da tutela da privacidade, pois, como pontua Farias (2000, p. 152-153), “se o seu titular pode exercer atos de disposição sobre o direito à própria imagem livremente, não pode privar-se totalmente do mesmo, em razão de ser esse um

direito da personalidade (e portanto, inalienável, irrenunciável, inexpropriável, intransmissível e imprescritível)”.

Por razões de legítimo interesse público, especialmente em casos de saúde e segurança pública, os espaços públicos poderão ser vigiados e funcionar como ambientes de recolhimento latente da presença das pessoas. Nesta perspectiva pode haver a instalação de equipamentos como câmeras de segurança em prédios públicos, nas ruas e nas praças, mas destaca-se que as imagens e cenas captadas serão mantidas em sigilo e contra terceiros, justamente porque falta interesse público na divulgação livre, aberta e incondicionada destes registros. Além disso, em prol do direito ao esquecimento, deve existir um período máximo de conservação destas informações, que quando ultrapassado devem ser destruídas por completo. Nessa perspectiva, a Diretiva nº 95/46 CE da Comunidade Europeia identifica:

Considerando que os dados susceptíveis, pela sua natureza, de pôr em causa as liberdades fundamentais ou o direito à vida privada só deverão ser tratados com o consentimento explícito da pessoa em causa; que, no entanto, devem ser expressamente previstas derrogações a esta proibição no que respeita a necessidades específicas, designadamente quando o tratamento desses dados for efectuado com certas finalidades ligadas à saúde por pessoas sujeitos por lei à obrigação de segredo profissional ou para as actividades legítimas de certas associações ou fundações que tenham por objectivo permitir o exercício das liberdades fundamentais;

Considerando que, sempre que um motivo de interesse público importante o justifique, os Estados-membros devem também ser autorizados a estabelecer derrogações à proibição de tratamento de categorias de dados sensíveis em domínios como a saúde pública e a segurança social – em especial para garantir a qualidade e a rentabilidade no que toca aos métodos utilizados para regularizar os pedidos de prestações e de serviços no regime de seguro de doença – e como a investigação

científica e as estatísticas públicas; que lhes incumbem, todavia, estabelecer garantias adequadas e específicas para a protecção dos direitos fundamentais e da vida privada das pessoas;

[...].

Infere-se que na sociedade da informação o direito à privacidade recebe nova roupagem, descrita por Doneda (2000, p. 120) como “uma transformação na definição do direito à privacidade, do ‘direito de ser deixado em paz’ para o ‘direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito’”. No todo contextualizado, nos espaços públicos da sociedade da informação precisa ser defendida à pessoa, famosa ou não, o direito a uma passagem efêmera e delével, sem resquícios à posteridade, ou seja, precisa ser garantido o direito ao esquecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se ao longo deste estudo que o direito à privacidade faz parte do grande arcabouço dos direitos humanos, inclusive com expressa referência na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ali denominado de direito à vida privada. Na Constituição Federal brasileira de 1988 recebe o mesmo nome, acompanhado de um desdobramento na forma de direito à intimidade, um aspecto mais profundo e atinente a traços ainda mais íntimos e reservados da vivência humana. Privacidade e intimidade, de toda forma, são pressupostos para o exercício de direitos de personalidade, como a imagem e honra. Nos dias de hoje o estudo do direito à privacidade não pode ignorar a sociedade da informação, realidade permeada pelo imprescindível trânsito de informações imbricadas com a aplicação de tecnologias. A utilização de informações e tecnologias, assim como sua reprodução e replicação, é uma constante que caracteriza a sociedade da informação e as relações sociais que nela se estabelecem, de tal modo que corpo social e pessoas individualmente consideradas tornam-se dependentes da dinâmica tecnológica informacional continuamente autorredefinadora.

A velocidade com que as práticas e transformações ocorrem na sociedade da informação acende questionamento sobre a protecção da privacidade em espaços públicos e privados, sendo aqueles reconhecidos como *locus* de amplo diálogo e auditório aberto, com franca exposição e visibilidade das pessoas, e os últimos recônditos de reserva, aptos a acondicionar aquilo que se quer proteger

do conhecimento alheio. *Porque a sociedade da informação consubstancia-se em uma realidade que desconhece barreiras físicas, o uso de tecnologias de captação da presença pessoal em espaços diversos traz à tona a discussão se, nos espaços públicos, de tradicional exposição e visibilidade pessoal, existiria proteção à privacidade, e se o indivíduo poderia invocar um pretensão direito de não ser notado, de não ter sua presença captada, registrada e reproduzida e, enfim, de poder reclamar um direito ao esquecimento para que não sejam reavivados os traços de seu passado.*

Nesse plano, foi possível traçar distinções quando pessoa famosa tem a presença captada por instrumentos e tecnologias de informática e informação, e quando se tratar de cidadão comum, mas, e concluir que em todos os casos, consentimento expresso e o interesse público legítimo e justificado são critérios que podem modular o direito ao esquecimento da passagem da pessoa em espaços públicos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso das Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. Coleção Manuais de Legislação. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11 jan. 2002, Seção 1.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LUCAS, Doglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Unijuí: Unijuí, 2010.

MARTINS, Moisés de Lemos. Espaço público e vida privada. *Revista Filosófica de Coimbra*, p. 172, 2005. Disponível em: <www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/espaco_publico_e_vida_privada>. Acesso em: 7 mar. 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doned. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos de personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 23. ed. São Paulo: Record, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58 CE, de 12 de dezembro de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). *Diário*

Oficial das Comunidades Europeias, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 7 mar. 2013.

_____. Diretiva 1995/46 CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 7 mar. 2013.

QUANDO A SOCIOAFETIVIDADE NÃO BASTA...

WHEN AFFECTION IS NOT ENOUGH

Rafael Calmon Rangel¹

Juiz de Direito no Estado do Espírito Santo

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo convidar a comunidade jurídica a refletir sobre a necessidade de se redimensionar a importância que vem sendo dada à paternidade socioafetiva, como fator legitimante da manutenção do registro civil constituído por erro essencial, nas hipóteses em que a posterior descoberta da verdade sobre a paternidade biológica implicar no total rompimento do vínculo afetivo eventualmente construído entre pai e filho, podendo gerar riscos à criança. Defende que a adoção de tal proceder em casos específicos possa acarretar uma melhor observância aos primados da paternidade responsável e do superior interesse da criança, contrariamente ao que aconteceria se o registro de nascimento fosse mantido intocado ou se apenas se restringisse o alcance do poder familiar. Após uma inicial abordagem sobre a importância do afeto nas relações familiares, o estudo

prosegue traçando breves linhas sobre as modalidades de paternidade socioafetiva, até ingressar no âmago do assunto, no qual será enfrentada a problemática e proposta uma tentativa de sistematização da matéria, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade socioafetiva; rompimento; ação negatória de paternidade.

ABSTRACT: *This paper's goal is inviting the legal community to consider the matter on the need to reevaluate the relevance of the socioaffective fatherhood as a legitimate factor of maintaining the paternity establishment based of fraud, in those cases that the genetic tests demonstrate that the established father is not the biological father of the child, causing a total disruption of affection and certain risks to the child onwards. Argues that adopting such a course in specific cases can lead to better compliance the principles of responsible*

¹ Mestrando em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

parenthood and the children's best interests, in opposition to what would happen if the birth certificate is not modified or some of the parental rights and duties toward his child are restricted. After an initial approach to the importance of affection in family relationships, the study continues by drawing short lines on the modalities of socioaffective fatherhood, to enter the heart of the matter, which will be facing the problem and offered an attempt to systematize the matter in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: *Socioaffective fatherhood; disruption; disavowal action.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da possibilidade de desconstituição da paternidade motivada por erro no ordenamento jurídico pátrio; 2 Da necessária mudança de foco; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 Of the possibility of disavowal at the Brazilian legal system; 2 Of the necessary change of focus; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

Como a própria expressão “ou outra origem”, contida no art. 1.593 do Código Civil, deixa antever, o direito positivo brasileiro permite “ao parentesco assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética”², entre as quais destaca-se, no particular, a socioafetiva.

Os limites estreitos deste ensaio não permitiriam maiores considerações em torno do conceito de socioafetividade, e, a bem da verdade, nem mesmo elas seriam necessárias, tendo em vista a imensa gama de escritos sobre o tema. Basta, por ora, se ter em mente que esta modalidade de filiação baseia-se preponderantemente não no critério biológico³, mas sim na “ostensividade da situação pai-filho e pelo tratamento entre eles como se o fossem, somados à presença do afeto”⁴.

Dessa forma, a afetividade passou a ser, ao lado dos demais deveres parentais, uma das características preponderantes da paternidade, tornando-se quesito obrigatório tanto naquela de origem biológica quanto na de “qualquer outra origem”, de modo a permitir que se distingam as figuras daquele que gera

² NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidade à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

³ A título meramente exemplificativo: STJ, REsp 1106637/SP, Rel^a Min. Nancy Andrighi, DJe de 01.07.2010; REsp 709.608/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 23.11.2009.

⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

(genitor) e daquele que exerce, de fato, as funções paternas e maternas (pai/mãe).

Questão das mais intrigantes envolve a socioafetividade advinda das relações originadas do reconhecimento voluntário de filho por erro essencial, pois, nelas, ao contrário das demais hipóteses de reconhecimento voluntário de paternidade⁵, o afeto costuma não anteceder o ato registral, mas sobrevir a ele, podendo, inclusive, vir a desaparecer se, em um futuro próximo, surgir prova robusta de que a criança não é filha biológica do pai.

Nessas hipóteses, não é raro o Poder Judiciário se deparar com pedidos de anulação de registro escorados no permissivo contido no art. 1.604 do Código Civil, que estabelece que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

Porém, ainda que se comprove que o pai tenha sido induzido a erro no momento do registro, os tribunais costumam condicionar o resultado do julgamento das ações anulatórias à existência ou na da socioafetividade naquela relação.

Mostra disso pode ser encontrada nos dois arestos a seguir transcritos, que bem refletem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATIVA DE PATERNIDADE - [...] - EXAME DE DNA - RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL - AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES - FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA - ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO - SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR - VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE À FICTÍCIA - [...].

1. [...];

⁵ Segundo autorizada doutrina, a filiação socioafetiva compreende “a relação jurídica de afeto como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse do estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida adoção à brasileira” (WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 148-150).

2. O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano do pai e do filho (afetividade) ou da consanguinidade.

3. A realização do exame pelo método DNA apto a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

4. O erro a que foi induzido o pai registral de criança nascida na constância do seu casamento com a genitora, com quem o suposto pai não estreitou afetividade suficiente para que desfrutasse da paternidade socioafetiva (posse de estado de filho), desafia a eficácia constitutiva negativa de estado pleiteada na inicial, com a conseqüente alteração do registro público de nascimento da criança, para fazer constar o nome do pai biológico, excluindo-se, conseqüentemente, o nome dos avós registrais paternos.

5. O registro público tem por princípio conferir segurança jurídica às relações civis e deve espelhar a verdade real e não fictícia.

6. É conseqüente da dignidade humana que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, desde que a retificação não atente contra a ordem pública.

7. O princípio da supremacia do interesse do menor impõe que se assegure seu direito ao reconhecimento do verdadeiro estado de filiação, que já é voluntariamente exercida pelo pai biológico.

[...].

(REsp 1328306/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 14.05.2013)

PROCESSUAL CIVIL - CIVIL - RECURSO ESPECIAL
- REGISTRO CIVIL INVERÍDICO - ANULAÇÃO -

POSSIBILIDADE - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
- PREPONDERÂNCIA.

1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha.

2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto à existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse.

3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.

4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1244957/SC, Rel^a Min. Nancy Andrichi, J. em 07.08.2012)

De fato, privar subitamente uma criança da condição de filha de um homem que sempre a tratou com afeto, amor e dedicação, apenas porque um teste de laboratório comprovou que ela não foi gerada por ele seria por demais

drástico, sem falar que o prestígio a esta tese como regra geral poderia estimular outros pais a agir da mesma forma.

Porém, não se pode fechar os olhos para aqueles casos, infelizmente não tão isolados, em que a afetividade inicialmente formada entre pai registral⁶ e filho vem a sofrer total ruptura após a descoberta da verdade biológica, propiciando não a pura e simples quebra do afeto, mas sim a transformação dos sentimentos existentes entre eles em ódio, rejeição, abandono e principalmente em prática de atos violentos, como espancamentos e ofensas sexuais, suscetíveis de causar sequelas permanentes à criança⁷.

Em tais casos, levantam-se sérios questionamentos a respeito dos benefícios trazidos à criança pela manutenção daquele vínculo.

É justamente esta a indagação que este trabalho pretende levantar: se a superveniência de fatos graves, capazes de romper definitivamente a socioafetividade até então existente, seria capaz de possibilitar a anulação do registro eivado de vício.

1 DA POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE MOTIVADA POR ERRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Embora o registro civil seja, em regra, irrevogável (CCB, arts. 1.609 e 1.610), a norma contida no art. 1.604 do mesmo diploma autoriza, em tese, sua anulação caso se comprove “erro ou falsidade do registro”.

Porém, como visto anteriormente, o entendimento da jurisprudência, especialmente do STJ, é no sentido de que o pleito anulatório somente pode ser acolhido se restarem comprovadas, concomitantemente, (i) a ocorrência de erro invencível no momento do registro, e, (ii) a inexistência de socioafetividade entre pai e filho⁸.

Convém, ainda, lembrar que vem se reconhecendo como “inexistência de socioafetividade” apenas as situações em que o contato entre a criança e o pai

⁶ O termo “registral” será usado unicamente para fins de distinção com o termo “biológico”.

⁷ O vocábulo criança será utilizado neste artigo em consonância com o que prescreve o art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que reconhece essa condição a todo ser humano com menos de 18 anos de idade que não tenha alcançado a maioridade antes.

⁸ Entre os quais merecem destaque, por seu caráter pedagógico, o REsp 1.059.214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. em 16.02.2012; o REsp 1.088.157/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, J. em 23.06.2009, e o REsp 1.000.356/SP, Relª Min. Nancy Andrighi, DJe de 07.06.2010.

registral não ocorreu ou ocorreu de forma incipiente⁹, insuficiente para acarretar o estreitamento dos laços afetivos.

Não se nega que o fator “tempo” acarrete uma maior aproximação e um correspectivo fortalecimento dos laços afetivos entre pai (registral) e filho. Por isso é que nos Estados Unidos da América¹⁰, por exemplo, existem leis estaduais impondo prazo máximo, contado da data de nascimento da criança ou do conhecimento do vício, para que o pai registral manifeste seu desejo de impugnar judicialmente o registro de nascimento do filho nascido fora do casamento, como é o caso dos Estados de Iowa¹¹, Dakota do Norte¹², Tennessee¹³ e Texas¹⁴, podendo ser notada semelhante aflição na Nova Zelândia e no Reino Unido, onde a preocupação com o bem estar da prole autoriza, por exemplo, que a corte indefira requerimentos de realização do teste de DNA por vislumbrar que, no caso concreto, o resultado poderia implicar resultados contrários ao superior interesse das crianças¹⁵.

No entanto, isso não significa que esses mesmos laços não possam ser permanentemente rompidos, tampouco que os melhores interesses das crianças perpassassem necessariamente pela manutenção do registro civil, pois existem situações excepcionais (mas não tão improváveis) em que os acontecimentos do mundo fenomênico recomendam que se siga o sentido diametralmente oposto, preferindo-se a anulação do que a manutenção daquele registro de nascimento.

Para esses casos é que o presente trabalho chama atenção. Para os casos em que o novo panorama surgido após o descobrimento da verdade biológica (descoincidente com a verdade registral) altera substancialmente

⁹ STJ, REsp 786.312/RJ, J. em 21.09.2009; REsp 878.954/RS, J. em 07.05.2007; TJES, Apelação Cível nº 030070016354, J. em 07.02.2012; TJES, Apelação Cível nº 030060241384, J. em 21.05.2011.

¹⁰ Para uma melhor compreensão do assunto naquele país, remete-se a: ROBERTS, Paula. Truth and consequences: part I. Disestablishing the paternity of non-marital children. Disponível em: <<http://www.clasp.org/admin/site/publications/files/0111.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

¹¹ Iowa Code, § 600B.41A(3)(a).

¹² North Dakota Century Code, §14-19-10.2.

¹³ Tennessee Code, §24-7-113(e)(2).

¹⁴ Texas Family Code, §160.308(a).

¹⁵ S v S, W v Official Solicitor [1972] AC 24, 47_48; [1970] 3 All ER 107, 115, HL per Lord MacDermott; F (A Minor) (Blood tests: Parental Rights) [1993] Fam 314, [1993] 3 All ER 596 CA, ambos relatados em *New issues in legal parenthood*, item 8.71. Disponível em: <<http://www.lawcom.govt.nz/project/status-parenthood/publication/preliminary-paper/2004/new-issues-legal-parenthood-0>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

a relação e consideração até então existentes entre aqueles dois personagens, contaminando-a por sentimentos extremamente negativos (ódio, vingança, etc.), não raro transmudados em atos materiais contrários a tudo aquilo que se espera de um ambiente afetivo (ameaças, desprezo, violência, indiferença, etc.), a tornar o convívio impraticável, ao ponto de ser mais recomendável o rompimento do vínculo do que sua manutenção escorada em um afeto não mais existente.

Deve ficar claro que com isso não se está defendendo a efemeridade da relação pai e filho, mas sim que, exclusivamente nas hipóteses em que a afetividade venha a ser destruída pela prática de atos graves do pai contra o filho, o registro possa, ou melhor, deva ser anulado sem que isso represente prejuízo de qualquer ordem a este, mas, ao revés, benefícios.

1.1 DA DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE MOTIVADA POR ERRO, EM VIRTUDE DO ROMPIMENTO SUPERVENIENTE DO AFETO, À LUZ DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE

Imagine-se o nada improvável exemplo de um pai registral que venha a descobrir ter sido vítima de adultério por parte de sua companheira e que o filho ou filha por ele registrado anos atrás tenha sido concebido justamente em um dos encontros furtivos desses amantes. Figure-se, ainda, que este mesmo homem passe a nutrir um imenso sentimento de revolta não só contra a mulher, mas também e principalmente contra a criança, até pelo fato dela se assemelhar fisicamente com aquele que, em sua ótica, pode ser considerado o causador de todo o ocorrido. Para completar, pense-se na hipótese dele passar a praticar atos materiais contrários a tudo aquilo que se espera de um pai, como a violência física extremada ou sexual contra a criança¹⁶, vindo tais fatos a serem descobertos ao longo da instrução processual.

Em situações semelhantes não seria difícil fazer prova a respeito do erro que teria impulsionado o registro, preenchendo-se, dessa forma, o primeiro requisito exigido pela jurisprudência dominante.

Porém, de acordo com o posicionamento jurisprudencial dominante, a pretensão anulatória certamente encontraria resistência no momento em que se

¹⁶ Analisando detidamente o abuso sexual contra crianças no ambiente doméstico: RANGEL, Patrícia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

constatasse ter havido socioafetividade entre pai e filho, pouco importando que existisse prova do arrebatamento superveniente desta relação¹⁷.

Analisando-se detidamente a jurisprudência, constata-se que os fundamentos utilizados pelos tribunais para lastrear esse entendimento baseiam-se essencialmente nas seguintes premissas: a) não se poderia deixar ao livre alvedrio do pai registral, mudar de opinião e pretender anular o registro voluntariamente feito, sob pena de se prestigiar a má-fé e o comportamento contraditório¹⁸, premiando, por assim dizer, sua desídia; b) não seria prudente deixar a criança desprovida de fonte material de sustento, sendo melhor que o juízo competente aplicasse ao pai medidas administrativas¹⁹, sanções penais ou apenas decretasse a perda ou suspensão do poder familiar²⁰, pelo fato de tais medidas não acarretarem, em regra, a cessação do direito à sucessão nem do dever alimentar²¹, em virtude de não romperem o vínculo de parentesco²².

Conquanto os posicionamentos anteriores sejam absolutamente respeitáveis, acredita-se que a questão esteja sendo visualizada por um ângulo muito restrito, focado naquilo que possa assegurar a “preservação de benefícios financeiros” à criança e pautado na pressuposição de que apenas o pai registral, via de regra, o autor da ação, poderia se beneficiar com a anulação do registro. Porém, talvez se esteja esquecendo que a manutenção do vínculo registral pura e simplesmente possa representar o maior empecilho a que essa mesma criança busque sua felicidade sem a presença daquele “pai” em seu registro de nascimento.

Por isso se acredita que questionamentos sobre a ocorrência ou não de comportamento contraditório do pai registral deveriam ser levados a um segundo plano de importância caso a prova dos autos, robustecida por parecer da equipe interdisciplinar, indicasse a ocorrência de fatos graves, como a violência sexual, por exemplo.

¹⁷ Entre vários: REsp 1.078.285/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Dje de 18.08.2010.

¹⁸ STJ, REsp 1.244.957-SC, Relª Min. Nancy Andrighi, J. em 07.08.2012; TJES, Apelação Cível nº 007030013069, J. em 27.02.2007.

¹⁹ Com base no art. 249 da Lei nº 8.069/1990.

²⁰ Com base nos arts. 1.535 e 1.538 do CCB e art. 24 da Lei nº 8.069/1990.

²¹ cf. Lei nº 8.078/1990, art. 33, § 4º.

²² Chamando a atenção para a distinção dos efeitos decorrentes do cancelamento do registro e da destituição do poder familiar, confira-se: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 43. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 355. No mesmo sentido: CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 527.

Pensa-se que nem mesmo a possibilidade de aplicação de medidas menos drásticas que a anulação, como a decretação da perda ou suspensão do poder familiar, deveriam dissuadir o Magistrado no caso concreto, pois a experiência comprova que não é a manutenção de um registro civil e o corresponsável dever de sustento que resguardam os interesses das crianças, já que a inadimplência alimentar é alta e a ausência de um provedor de alimentos não significa necessariamente seu desguarnecimento, até porque o poeta bem lembra que “a gente não quer só comida...”.

Não se esqueça, ainda, que a destituição do poder familiar é teoricamente reversível²³, o que poderia servir de fator de instabilidade emocional à criança, nada recomendável em hipóteses dela ter sido vítima de atos violentos praticados por esse pai. E mais. Caso houvesse a reversão²⁴, poder-se-ia cogitar da absurda, mas não improvável, hipótese desse mesmo pai vir pedir alimentos ao filho no futuro, com esteio no princípio da reciprocidade, inscrito no art. 1.696 do CCB.

Lembre-se, por fim, que a própria criança deve ser ouvida²⁵ e pode manifestar seu interesse na anulação daquele registro.

De mais a mais, a anulação do registro não impediria, mas antes recomendaria que as sanções de índole criminal fossem aplicadas ao pai faltoso

²³ Embora se reconheça a existência controversa em torno do tema, forte corrente defende a reversibilidade da medida de destituição do poder familiar, desde que comprovado judicialmente a cessação dos motivos que a autorizaram. Nesse sentido: ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 277; CURY, Munir et al (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 767; ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 101.

²⁴ A reversão das medidas de apartamento do poder familiar parece ser a regra mundo afora. Na Alemanha, o § 1675 (2) do “Bürgerliches Gesetzbuch” possui a seguinte redação: “*Die elterliche Sorge lebt wieder auf, wenn das Familiengericht feststellt, dass der Grund des Ruhens nicht mehr besteht*”, o que, em tradução livre significa “O pátrio poder revive, se o Tribunal de Família estabelece que a razão para a suspensão não se aplica mais”, ao passo que na Argentina, o art. 308 do Código Civil estabelece que “*la privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos*”. Já em Portugal, o artigo 1.916 (1) prescreve que: “A inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada pelo tribunal será levantada quando cessem as causas que lhe deram origem”.

²⁵ Recomenda-se a audição da criança não só de forma indireta (por meio da equipe interdisciplinar) como diretamente pelo juiz, desde que, é óbvio, sua idade e maturidade assim o permitam, com esteio no art. 100, parágrafo único, XII, da Lei nº 8.069/1990.

pelo juízo competente, desde que houvesse a comunicação a que se refere o art. 40 do CPP²⁶.

2 DA NECESSÁRIA MUDANÇA DE FOCO

Considerando tudo o que foi exposto anteriormente, acredita-se que possa haver alteração no foco atualmente dado à questão ensejando que maior importância seja direcionada ao produto resultante da prova colhida durante a instrução, com vistas àquilo que possa representar o mais completo benefício à criança, pouco importando quem tenha sido o responsável pelo ajuizamento da ação.

A violência sexual, por exemplo, dispensa maiores comentários acerca de seu poder devastador na esfera familiar e a Promotora de Justiça capixaba Patrícia Calmon Rangel²⁷, em específico estudo sobre o tema, alerta que

a violência intrafamiliar contra a criança vem ocupando grande espaço nas análises contemporâneas sobre a violência, mas não por ser um fenômeno recente. [...] O que é recente, portanto, é a concepção de criança como pessoa em desenvolvimento, sujeito de direitos que devem ser oponíveis, inclusive, aos de seus pais.

Logo, uma vez comprovado o abuso sexual intrafamiliar naquele determinado processo, acredita-se que a socioafetividade estaria irremediavelmente rompida, sendo altamente recomendável que se anulasse o registro, para que o afastamento de pai (registral) e filho ocorresse em definitivo, em vez de se preservá-lo sob o pretexto de que a criança estaria guarnecida financeiramente. No mesmo ato, o Magistrado deveria se valer do disposto nos arts. 40 do CPP e 227 do ECRAD para dar conhecimento do fato às autoridades criminais competentes.

Idêntico proceder poderia ser aplicado às hipóteses de ameaça de morte de pai (registral) contra filho ou sua genitora, devido às razões se assemelharem.

Parece ser bastante óbvio que, se por um lado não se recomenda ignorar, como se descartável fosse, todo o histórico de vida compartilhado por pai registral

²⁶ “Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

²⁷ RANGEL, Patrícia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.

e filho, por outro não se pode desconsiderar que o futuro da criança é que se encontra em jogo, já que ele é que poderá ser profundamente comprometido com eventual prática de atos atentatórios aos deveres daquele personagem que, de pai, só possui o qualificativo dado pelo registro civil.

Nesses casos, a socioafetividade não basta!!

Raciocínio similar²⁸, isto é, calcado no que melhor traria benefícios futuros para a criança, vem sendo desenvolvido nas ações em que se pretende a revogação da adoção, não raro contando com a acolhida do Judiciário²⁹.

Ao que parece, o panorama vem sofrendo alguma alteração ultimamente, havendo posicionamentos doutrinários³⁰ e jurisprudenciais defendendo justamente a adoção desta solução, em casos semelhantes³¹.

Nos tribunais superiores não vem sendo diferente. A 4ª Turma do STJ, por exemplo, recentemente deu provimento a recurso especial possibilitando a anulação de registro civil em ação movida pelo filho que havia sido “adotado à brasileira”, levantando sérios questionamentos sobre a tese que defende que a paternidade socioafetiva deva sempre prevalecer sobre a biológica.

Eis a ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA - OCORRÊNCIA DA CHAMADA “ADOÇÃO À BRASILEIRA” - ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA - NÃO OCORRÊNCIA - PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.

²⁸ A respeito, confira-se: ANDRADE, Nilda Siqueira; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Ponderação de interesses e “irrevogabilidade” da adoção. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/Pond.Interesses.e.Irrevog.Adocao.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

²⁹ STJ, REsp 100.195/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. em 19.04.2001.

³⁰ ALFRADIQUE, Aline. A quebra da paternidade sócio-afetiva com a superveniência do vínculo biológico. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos/trabalhos_conclusao/1semestre2009/Trabalhos_12009/alinealfradique.pdf>. Acesso em: 23 jun. 13.

³¹ TJGO, Apelação Cível nº 2010.8.09.0137, Rel. Des. Fausto Moreira Diniz, J. em 02.10.2012; TJDF, APL 142315820088070009/DF, 0014231-58.2008.807.0009, Rel. Des. Ângelo Passareli, DJ de 17.01.2011.

1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada “adoção à brasileira”.

2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de “erro ou falsidade” (art. 1.604 do CC/2002) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de “adoção à brasileira”, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.

3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada “adoção à brasileira”, independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada “adoção à brasileira”.

4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente.

(REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. em 18.12.2012)

Nesse outro precedente, a 3ª Turma do mesmo tribunal assegurou a anulação do registro, ponderando expressamente a inexistência de prejuízo à criança, sobretudo diante do fato dela não se ver impedida de buscar a descoberta da verdade biológica:

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA.

- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.

- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

- A regra expressa no art. 1.601 do CC/2002, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.

- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.

- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de

negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp 878.954/RS, Rel^a Min. Nancy Andrighi, J. em 07.05.2007)

Pelo fato de fazer expressa menção à possibilidade do desaparecimento da relação socioafetiva e da impossibilidade de se impor deveres parentais a alguém que não deseja ser pai socioafetivo, destaca-se o seguinte julgado, proferido pela 3^a Turma:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES - IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

- [...]

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento

a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. [...].

Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp 878.941/DF, Rel^a Min. Nancy Andrighi, J. em 21.08.2007)

A alta relevância da discussão envolvendo a preponderância de um modelo de paternidade sobre outro levou até mesmo o Supremo Tribunal Federal³² a reconhecer a existência de repercussão geral em torno do assunto, em decisão que restou assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
- DIREITO CIVIL - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE
ASSENTO DE NASCIMENTO - INVESTIGAÇÃO
DE PATERNIDADE - IMPRESCRITIBILIDADE -
RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - PATERNIDADE BIO-
LÓGICA - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA -
CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA
PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA
- ART. 226, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- PLENÁRIO VIRTUAL - REPERCUSSÃO GERAL
RECONHECIDA.

Ao menos no campo teórico, existem fundamentos suficientes a justificar o que aqui se defende, pois: a) a paternidade, seja ela biológica, decorrente de adoção, reprodução assistida ou de qualquer outra origem, deve sempre e incondicionalmente ser exercida de forma “responsável” por expressa determinação Constitucional (art. 226, § 7º) e legal (Lei nº 9.263/1996); b) a paternidade deve ser desenvolvida de forma funcional, instrumental, mediante o amparo moral, psíquico e afetivo, ladeado pelo acompanhamento e convívio diários; c) o poder familiar é instituído em proveito dos filhos e da família, não em função dos pais; d) o direito à convivência familiar deve proporcionar, sobretudo à criança, um desenvolvimento pleno, em ambiente sadio e livre da presença de qualquer pessoa que possa lhe acarretar sofrimento (Lei nº 8.069/1990, art. 19); e) a criança tem o direito à busca da felicidade não só ao lado do pai biológico ou de outro indivíduo capaz de exercer a função paterna nos moldes atualmente

³² ARE 692186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 21.01.2013.

exigidos, mas também longe daquele que de pai só ostenta o título no registro, pois o modelo de família contemporânea objetiva, acima de tudo, a felicidade e realização pessoal de seus membros; f) o tão só afastamento do poder familiar pode significar motivo de absoluta tristeza para a criança rejeitada, devido à manutenção do vínculo registral; g) a superveniente destituição de direitos sucessórios ou de uma fonte de sustento não significa, por si só, que a criança passará a viver em estado de penúria; h) nenhum instituto jurídico é absoluto e, se a paternidade biológica pode ser derruída para dar lugar à socioafetiva, o caminho inverso também pode ser trilhado; i) o fato de se assegurar a anulação do vínculo registral em hipóteses de pais violentos em relação aos filhos, antes de representar estímulo à adoção de comportamentos desse tipo, significaria o atendimento dos melhores interesses da criança, que se veria liberta de uma pessoa violenta; j) a opinião da própria criança pode ser no sentido de preferir a anulação à manutenção do registro; k) as medidas de cunho administrativo e penal poderiam ser aplicadas ao pai mesmo após a desconstituição do registro, devido ao princípio *tempus regit actum*.

Por isso é que se acredita que o âmago da questão ainda possa ser melhor apreendido pelos operadores do direito e que se possa ir além na preservação dos melhores interesses dos menores.

Em arremate: admitir-se que a anulação do registro seja decretada somente quando formulada pelo próprio filho (via de regra após atingir a maioridade) ou quando já existente a certeza a respeito da verdade biológica, sob o entendimento de que com isso se estariam preservando os interesses daquele ser em formação ou lhe assegurando o direito de descoberta de sua origem genética, dá, com o máximo respeito aos que assim não pensam, apenas uma meia solução ao problema, superficializando a discussão a um nível intolerável e incondizente com o atual estágio de evolução das ciências sociais, pois o que deve importar em todo e qualquer caso é o panorama trazido pela prova produzida ao longo da instrução, que se revelar que os interesses da criança estão sendo seriamente violados naquela hipótese específica, deve ensejar a modificação registral, especialmente se se puder perceber ser esta a intenção dela, pouco importando quem seja o responsável pelo direcionamento do pedido anulatório ao juízo.

CONCLUSÃO

Tomando-se por base o que consta anteriormente, propõe-se que, em casos de evidente, inafastável e comprovado quadro de rejeição paterna, não raro acompanhado da prática de atos materiais prejudiciais ao filho, instaurado

após a ciência do motivo que justificou o erro registral, possa ser reconhecida a quebra da socioafetividade que um dia permeou a relação pai-filho e decretado o cancelamento do registro de nascimento, como forma de preservar efetivamente os melhores interesses das crianças.

Para que isso ocorra, o posicionamento atualmente dominante talvez precise ser revisto e flexibilizado, para que o problema seja solucionado em sua origem, autorizando-se a anulação do registro civil e o rompimento definitivo de todos os laços (a essa altura, meramente jurídicos) que unem pai registral e filho, todas as vezes que se comprovar que a manutenção daquele registro esteja sendo prejudicial à criança.

REFLEXÕES SOBRE A NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO FRENTE À TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS

REFLECTIONS ON THE NOTION OF RIGHT IN FACE OF THE PROTECTION OF INDIVIDUAL AND TRANSINDIVIDUAL RIGHTS

Rodrigo Coimbra¹
Professor Universitário

Rafael de Freitas Valle Dresch²
Professor de Direito

RESUMO: O presente artigo visa a refletir acerca da noção de direito subjetivo, desde suas raízes com Ockam, na Idade Média, com ênfase na contextualização histórica de sua realização no modelo de Estado liberal clássico, quando se constitui em fundamental categoria jurídica para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual. Tendo em vista as inúmeras teorias sobre a matéria, opta-se pelo estudo das teorias de direito subjetivo de Savigny, Windscheid, Jhering, Jellinek, Kelsen e Pontes de Miranda. Não obstante, propõe-se a inadequação do direito subjetivo para explicar a efetivação de algumas problemáticas

atuais, como as oferecidas pelos direitos transindividuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito subjetivo; individualismo; direitos transindividuais; deveres fundamentais; perspectiva objetiva; direito objetivo.

ABSTRACT: *This article aims to reflect on the notion of subjective right from its roots with Ockham, in the Middle Ages, with emphasis on the historical context of its realization in the classical liberal model of the State, when it became a fundamental legal category for construction and sedimentation of private and procedural law. Given the numerous theories on the matter, the option is the study of theories of subjective rights of Savigny, Windscheid,*

¹ Advogado no Rio Grande do Sul - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Faculdade de Direito. Programa de Mestrado e Doutorado, São Leopoldo/RS.

² Advogado no Rio Grande do Sul.

Jhering, Jellinek, Kelsen and Pontes de Miranda. Nevertheless, it is proposed the inadequacy of the subjective right to explain the effectiveness of some current issues such as those offered by trans rights.

KEYWORDS: *Subjective right; individualism; transindividual rights; fundamental duties; perspective objective; objective law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Raízes, contexto da noção de direito subjetivo na modernidade e algumas das principais teorias; 2 Inadequação da noção de direito subjetivo para fundamentar a efetivação de direitos que não sejam individuais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Roots, context of modernity notion of right and some related theories; 2 Inadequacy of the notion of subjective right to ground the implementation of non-individual rights; Concluding considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a estudar e refletir sobre uma das categorias jurídicas mais relevantes para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual: o direito subjetivo.

A pesquisa se justifica em face da complexidade e da importância do tema.

O problema de estudo investigado é se a noção de direito subjetivo, nuclear para os direitos individuais (homogêneos ou não), é adequada ou não para algumas questões atuais como a da efetivação dos direitos transindividuais?

O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em duas partes, iniciando pelo estudo das raízes, do contexto histórico da consagração da noção de direito subjetivo como elemento nuclear do Direito e de algumas das principais teorias que buscam explicar o direito subjetivo. Na segunda parte, propõe-se que a noção de direito subjetivo, basilar para os direitos individuais, não se aplica de maneira adequada em algumas situações atuais, como a que diz respeito à disciplina dos direitos transindividuais.

Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo de princípios gerais para chegar a conclusões particulares. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo de revisão bibliográfica qualitativa, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto, segundo os principais pensadores que se dedicaram ao tema analisado.

1 RAÍZES, CONTEXTO DA NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO NA MODERNIDADE E ALGUMAS DAS PRINCIPAIS TEORIAS

A tutela de direitos individuais, no contexto econômico e social da denominada idade moderna, é constituída, inicialmente, pelos seguintes pilares: individualismo, patrimonialismo, voluntarismo e direito subjetivo. Vive-se, nessa época, sob a égide do modelo de Estado liberal clássico, e tais pilares se entrelaçam e complementam-se, formando um conjunto de características que reflete as relações jurídicas da época.

A consagração do individualismo se dá com a Revolução Francesa (1789), que marca o ingresso na era moderna rumo ao desiderato de pôr fim ao modelo de Estado absolutista, que não reconhece direitos aos indivíduos³. É uma ruptura epistemológica importante para aquele momento histórico e para a evolução da sociedade e do Direito.

Toda a sociedade passa a ser convocada a espelhar-se na tábua de valores e anseios da burguesia, representados, substancialmente, pelo liberalismo econômico, tendo a propriedade territorial como valor principal e a liberdade contratual como instituto auxiliar para facilitar as transferências e a criação de riqueza. É nesse contexto que o individualismo é visto como um valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracteriza a época medieval, em que o valor do indivíduo está ligado não às suas características e aos méritos pessoais, mas ao estamento (classe) social no qual se encontra integrado, como explica Facchini⁴.

Conforme Irti⁵, nessa época, “o valor originário e fundamental é constituído pelo indivíduo, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso”. Em torno do indivíduo são construídas todas as relações sociais.

No âmbito econômico e político, vive-se o liberalismo (modelo de Estado Liberal), caracterizado pela pouca intervenção do Estado, que propicia a livre movimentação no espaço (econômico) privado (liberdade dos modernos). Esse

³ JELLINEK, Georg. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca. Milano: Giuffrè, 1949. p. 23.

⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

⁵ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 21.

é o contexto adequado para a eclosão do individualismo, refletido no mundo jurídico com o aprimoramento, pela pandectística, das figuras do sujeito de direito (como sujeito abstrato) e do direito subjetivo.

Os Códigos Civis desse período, com destaque para o Código Civil francês de 1804, conhecido por *Code Napoléon*, caracterizam-se por estarem centrados na propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico, na liberdade e na autonomia contratual, na igualdade meramente formal⁶.

Dito de outro modo: em resposta aos períodos históricos anteriores, visando à diminuição da insegurança⁷ e das discriminações pessoais daquele tempo, o Direito do Estado Liberal (estatal e burguês), como resposta da modernidade, consagra a igualdade (formal) de todos os indivíduos perante a lei. Todavia, tal igualdade formal está calcada na ideia abstrata de pessoa (como sujeito de direito), desprezando as reais desigualdades econômicas e sociais (sistema neutro), revelando nítida prevalência de valores relativos à apropriação de bens (“ter” – patrimonialismo) e provocando uma “desumanização do jurídico”, cujas sequelas estão presentes até hoje⁸.

Esse sistema, surgido das mentes dos filósofos ou dos *jusfilósofos*, codificado pelo *Code Napoléon*⁹, ilude-se em construir o edifício destinado a

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22. Facchini esclarece que a ideologia jurídica que predomina nos códigos civis desse período é “a ideologia dos 3 Cs”, pretendendo que a legislação civil seja completa (sem lacunas), clara (sem significados ambíguos ou polissêmicos) e coerente (afastando a impossibilidade de antinomias). Conclui, o autor, que tudo isso deriva do “mito do legislador iluminista, inteligente, onisciente, previdente, capaz de tudo regular detalhadamente, antecipadamente, de forma clara e sem contradições” (p. 22-23). Explica Fachin que “a igualdade passa a ser vista como um conceito e, sendo assim, era uma categoria distanciada da realidade” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 285).

⁷ “O sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade ou de previsibilidade quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, precisava reconhecer-se”. O “mundo da segurança” é, portanto, o “mundo dos códigos”, que se consubstanciam, em ordenada sequência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX, conforme IRTI, Natalino. *L'età della decodificazioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 23.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25; DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961. p. 25.

⁹ Também o grande Código Civil da França nasceu da crença jusracionalista na lei, esclarece WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 386.

transportar do plano filosófico-jusnaturalista ao plano jurídico-positivo a ideia do indivíduo-sujeito de direito e aquela do “poder da vontade” do indivíduo como único motor do Direito Privado, conforme adverte Michele Giorgianni¹⁰.

No centro desse sistema, cujas origens ideológicas remontam ao movimento renascentista, está o “sujeito” de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição (*subiectum*). E os dois pilares desse sistema são constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo. Deles, sobretudo, a propriedade individual constitui o verdadeiro eixo do sistema do Direito Privado (patrimonialismo), tanto que o contrato, na sistemática dos códigos oitocentistas, é regulamentado, essencialmente, como “modo de aquisição de propriedade”¹¹.

Nesse sentido, Gentili¹² aduz que, para o enredo com a liberdade e a garantia de independência do indivíduo, a propriedade demonstra a importância de uma esfera do domínio individual e, para tanto, o direito subjetivo é política e logicamente indispensável.

As normas estatais protetoras do indivíduo buscam tão somente seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado. As limitações aos direitos subjetivos, quando existentes, são apenas aquelas necessárias para permitir a convivência social. Nítida, aqui, a inspiração kantiana: a liberdade irrestrita só encontra limitações na idêntica liberdade do semelhante, conforme esclarece Facchini¹³. Nesse contexto de “reino da liberdade”, a lei é o instrumento escolhido para restringir a liberdade individual¹⁴.

O excessivo “individualismo” do Direito Privado tem como reflexo – muito importante para compreender o significado do Direito Privado de então –

¹⁰ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 39, jan. 1998.

¹¹ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 38-39, jan. 1998.

¹² GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, v. 50, n. 3, p. 351-373, em especial p. 352, maio/jun. 2004.

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, em especial p. 104, ago./dez. 1999.

uma qualificação acentuadamente subjetivista, visando à “*l’edificazione giuridica della persona*”¹⁵.

Nesse contexto, a função do Direito Privado não é aquela de disciplinar algumas atividades da vida econômica e familiar da sociedade, mas a vida dos indivíduos (ou dos *particuliers*) no seio da sociedade, protegendo a atividade do indivíduo frente ao príncipe¹⁶. O Direito Privado é verdadeiramente – como evidenciado na célebre definição savigniana¹⁷ – a esfera de ação do indivíduo.

Nesse cenário, o direito subjetivo, que passa a ser, na época do modelo de Estado Liberal, uma das mais altas expressões da autonomia dos sujeitos, com um casamento perfeito com o individualismo, é uma fundamental categoria jurídica para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual, com raízes importantes na Idade Média.

Segundo Villey¹⁸, “a pré-história da idéia de direito subjetivo” surge com Ockam¹⁹ (1285-1347), provavelmente, o primeiro a edificar teoria sobre o direito subjetivo, por ocasião da querela que surge entre a congregação dos franciscanos e o papado na Idade Média. Os franciscanos têm como regra o voto de pobreza, porém, como sua ordem religiosa se estende rapidamente e muitos de seus seguidores são possuidores de bens importantes, o Papa João XXII teme que essa ordem religiosa fique sem os bens de seus seguidores. Diante disso, o Papa João XXII, baseado na opinião de ilustres especialistas em direito canônico e romano da época, habilmente, cria uma solução para o conflito: as propriedades dos franciscanos permanecem na disposição da congregação (usufruto – *ius utendi* e *ius fruendi*), mas o domínio de tais bens pertence à Santa Sé. Então, o monge franciscano Ockam intervém na discussão a favor dos franciscanos, sustentando

¹⁵ GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, v. 50, n. 3, p. 351-373, em especial p. 352, maio/jun. 2004.

¹⁶ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 42, jan. 1998.

¹⁷ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema de derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, v. 1, [s.d.], p. 74.

¹⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 261-288.

¹⁹ Ockam, também grafado Ockham, é considerado nominalista, juntamente com Duns Scotus (1266-1308), entre outros. A corrente nominalista, em síntese, “opõe-se aos realistas na questão dos universais. Para o nominalismo, os universais (os *termos universais*, aquilo que a gramática normativa designava por substantivos comuns e alguns casos são abstratos) são conceitos, mas não têm uma existência real. São de uma existência nominal, como instrumentos do pensamento” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 165).

que o direito (*ius*) não é o bem de que desfrutamos, mas o poder que se tem sobre esse bem²⁰.

É a primeira separação da expressão direito, segundo Villey²¹, pois, até então, tem-se presente o significado original e unívoco de “*ius*” formulado pelos jurisconsultos romanos Ulpiano e Paulo, que, em comum, concebem o direito como a arte do justo e do bom, tomando-se por base a natureza das coisas²². Em outras palavras, a palavra “*ius*” está conectada a “*iustitia*”, que indica conformidade com o direito, tanto no sentido objetivo como no subjetivo²³. Nesse ponto, Marchettoni²⁴ concorda com Villey, no sentido de que, no Direito romano, a noção de direito subjetivo é ignorada. Nesse aspecto, é importante salientar a existência de entendimentos divergentes que defendem a presença da ideia de direito subjetivo na antiguidade e no medievo²⁵. A partir dessa concepção, o direito deixa de ser um “bem”, para se tornar o “poder que se tem sobre os bens”,

²⁰ Marchettoni, criticando Villey, diz que não é correto sustentar que Ockam foi individualista no seu pensamento político e muito menos em relação a sua teoria de direito subjetivo. O autor sustenta, em síntese, que a teoria ockhamiana do direito não é individualista, mas comunitária, visto que, para Ockam, a ênfase na liberdade individual nunca é separada do sentido de comunidade (MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivi. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Guiffè, n. 37, p. 21-66, em especial p. 64, jan. 2008). Lopes diz que Ockam é individualista, no entanto ele se refere a comunidades, esclarecendo que toda sua metafísica e seu universo jurídico são dos indivíduos e coisas singulares (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 172).

²¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266. “Forse, così, è anticipata la teoria moderna della soggettivazione del diritto oggettivo”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffè, v. XII, p. 672, 1964.

²² Para Ulpiano “*ius*” significa: “[...] *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequum*”. E para Paulo: “[...] *quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*”. Essas definições contêm em comum o “*iustum et aequum*”. “*Di ius si era consolidato il significato oggettivo, sicché equivaleva a iussum ed era quase sinônimo di lex, ma talvolta, se riferito a una persona privata, esprimeva il suum di questa*”. [...] “*A ius si connete iustitia, parola indicante talora la conformità al ius in senso tanto oggettivo che soggettivo*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffè, v. XII, p. 670, 1964.

²³ “*A ius si connete iustitia, parola indicante talora la conformità al ius in senso tanto oggettivo che soggettivo*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffè, v. XII, p. 670, 1964.

²⁴ MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivi. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Guiffè, n. 37, p. 21-66, em especial p. 21-22, jan. 2008.

²⁵ Nesse sentido, CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *Chaim Perelman - Da argumentação a justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus Editores, v. 1, 2007, p. 115.

ou o “poder de impô-lo à observância dos demais”. Villey²⁶ considera isso uma autêntica revolução copernicana verificada na ciência jurídica. Nesse sentido, são esclarecedoras as passagens a seguir proferidas por Ovídio Baptista²⁷:

[...] Subjetiva-se, portanto, o conceito, ao mesmo tempo em que se elimina dele qualquer relação com a moral, posto que, agora, a questão do merecimento *formaliza-se*, passando a decorrer necessariamente da lei, enquanto norma estatal. [...] Vê-se da concepção do padre franciscano como a *relação entre sujeito e o respectivo bem* que lhe é atribuído pela norma deixa de ter relevância conceitual, para priorizar-se o *poder* de impor aos demais a observância do próprio direito, ou, como ele diz “o poder de apropriar-se” dos bens que lhe sejam concedidos. [...]

[...] São perfeitamente visíveis, na filosofia do monge franciscano do século XIV, as raízes do voluntarismo, que depois dominou a filosofia do século XVII [...].
(grifos do autor)

A ideia de direito associada a poder, e não ao justo, surgida no século XIV, com Ockam, tem importantes reflexos nas doutrinas jurídicas posteriores, principalmente a partir do movimento pandectista alemão do século XIX, que tem por preocupação doutrinal o estudo do desenvolvimento do direito subjetivo²⁸.

A desconexão do direito moderno com os seus fundamentos centrados na tradição aristotélica da justiça²⁹, fundamentos esses que serviram de base tanto para a descoberta das soluções de direito pelos juriconsultos romanos –

²⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266.

²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120-121.

²⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 39.

²⁹ Caenegem também afirma esse processo de desconexão: “De maneira geral, os autores da Escola de Direito Natural tomavam emprestados os princípios do direito romano quando precisavam formular normas concretas de lei para questões específicas. Sua intenção não era rejeitar as normas tradicionais do direito como um todo, o que não teria sido nada realista; queriam modernizar o método jurídico e libertar a jurisprudência da restrição imposta pela autoridade antiga” (CAENEGEM, R. C. van. *Uma*

conforme defendido do Villey – quanto para a sistematização dessas soluções pelo jusnaturalismo moderno, como fica claro nos escritos de Grócio, Pufendorf, entre outros, parece ter ocorrido, principalmente, nos séculos XVIII e XIX. Tal desconexão vai culminar com a escola pandectista, no século XIX, de tão grande influência posterior. Apesar de a desconexão ter afastado as referências diretas aos sentidos de justiça por parte dos jusprivatistas desde então, mesmo considerando a presença de novas influências filosóficas, sobretudo a kantiana³⁰, não há como desvincular a teoria da justiça do direito privado e do direito processual, eis que esta serviu de alicerce central nos dois momentos cruciais da formação do direito privado e do direito processual no Ocidente³¹.

Nesse aspecto, apesar de Gordley não abordar essa questão histórica diretamente, é fundamental frisar que, apesar da crítica kantiana à metafísica do jusnaturalismo moderno anterior e a desconexão ocorrida em relação aos fundamentos da justiça aristotélica, a Escola Histórica do Direito, através de seus principais líderes, Savigny e Puchta, pode receber e conformar a herança jusnaturalista e a forte influência kantiana e neokantiana³². Ou seja,

introdução histórica ao direito privado. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 168-169).

³⁰ “Do ponto de vista dos valores subjacentes, este formalismo corresponde ao papel que ao direito é reservado no sistema ético de Kant – ao direito não compete estabelecer padrões éticos de conduta, mas garantir a liberdade que, justamente, possibilita uma avaliação ética das condutas. E, nessa medida, o formalismo conceitualista traduz, do ponto de vista histórico-cultural, uma posição, por um lado, *individualista*, e, por outro, *relativista*.” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 187).

³¹ Tal momento de desconexão relevante é bem descrito por Englard: “Among the legal scholars of the seventeenth and eighteenth centuries, we find a strong tendency to criticize Aristotle’s distinctions, sometimes with ironical undertones directed against those jurists who spent time and intellectual efforts to elaborate these distinctions. An influential voice is Christian Thomasius (1655-1728), professor of law at the University of Halle. He argues in relation to Ulpian’s definition of justice that the attempt to explain it on the basis of Aristotle’s writings is even more absurd than the attempt to explain the books of Protestant theologians on the basis of the writings of the Popes [...] The German Pandectists of the nineteenth century, too, were not specifically interested in the scholastic discussions of the Aristotelian notions of justice. Thus, e.g., Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), in his famous *System des Pandekten-Rechts* – after mentioning Grotius’s distinction between *iustitia attributrix* and *iustitia expletrix* – simply adds that, for the history of science, the scholastic division between commutative and distributive justice is noteworthy. Some Pandectist scholars used even a most disparaging language in relation to the classical notions of justice, claiming that their analysis was a waste of time, misleading, and a contraband of prohibited goods” (ENGLARD, Izhak. *Corrective & distributive justice: from Aristotle to modern times*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 171-174).

³² Assim Wieacker esclarece essa combinação no seio da Escola Histórica do Direito: “Incorrecta seria, em contrapartida, a conclusão de que a crítica kantiana da metafísica do direito tenha tornado impossíveis todos os posteriores contributos metodológicos do jusracionalismo para a ciência jurídica. O jusracionalismo, como tentativa sistemática de uma ordenação científica do direito positivo, não

a pandectística recebe a forte influência kantiana e a agrega às conquistas jurídicas do jusnaturalismo moderno sobre o material romano, desconectando-se, entretanto, dos princípios de justiça que influenciaram os romanos e os pais do direito privado moderno³³.

Assim, a noção de direito subjetivo tem assentamento no jusnaturalismo em atenção à consideração do Direito em função do indivíduo. A experiência cultural do Renascimento produz um pensamento filosófico de caráter individualista que valoriza a liberdade humana. Trata-se de uma exigência do jusnaturalismo, a fim de garantir as prerrogativas fundamentais do homem em confronto com os poderes do soberano. Nesse contexto, o direito subjetivo ganha o centro do sistema jurídico como expressão da livre personalidade humana e sua personalidade em face da vontade do soberano³⁴.

foi de modo algum atingido por ela; assim, kantianos como Anselm Feuerbach (e, num certo sentido, Franz v. Zeiler) puderam ser, ao mesmo tempo, legisladores juracionistas. Continuou ainda a ser possível, com base na autonomia ética de Kant, uma ética jurídica autônoma de caráter trans-histórico, tal como dominou o conjunto da primeira pandectística no conceito de pessoa jurídica, de direito subjetivo, de autonomia da vontade negocial e da ‘existência autônoma do direito’ como realização da ética em Savigny e em Puchta. Assim, para Savigny, o direito constitui ‘uma fronteira dentro da qual a existência e a acção de cada particular obtém um espaço seguro e livre’ e ‘a regra pela qual pela qual esta fronteira e este espaço livre são definidos’. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade a moral: porém, não enquanto dava realização aos seus comandos, mas enquanto assegurava a cada um o desdobramento das suas energias internas. Daqui decorre que o direito ‘domine ilimitadamente na sua esfera’ e não tenha que cumprir outra missão que não a da consagração ética da natureza humana” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 403).

³³ Wieacker, novamente, destaca essa ruptura promovida por Savigny: “O que ele terá feito foi distanciar-se, como todos os chefes da fila da jurisprudência por volta de 1800, do direito natural pré-critico, isto sob a influência de Kant; para ela já não existia qualquer direito natural ‘material’, i.e. do ponto de vista do conteúdo, que pudesse representar a filosofia da ciência jurídica” (Wieacker, op. cit., p. 425). No mesmo sentido: “Foi também do jusnaturalismo que a nova ciência jurídica adoptou ainda o pressuposto de uma determinação ética geral para o direito. Na verdade a antiga ética social material do jusnaturalismo de Grócio e Pufendorf, juntamente com a sua tradição antiga e escolástica, aparecia agora completamente desmentida pela ‘crítica da razão prática’ e pelos ‘fundamentos metafísicos da teoria do direito’ de Kant. Ela foi substituída pela ética formal do dever e da liberdade que Kant deduziria da autonomia moral de personalidade” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 427).

³⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições jurídicas fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS*, Porto Alegre: FMP, n. 1, p. 34-72, 2007, p. 42.

Nesse quadro, Savigny³⁵, na linha voluntarista da sua época (1779-1861), diz:

Si contemplamos los hechos jurídicos que en la vida real nos rodean y dominan, nos aparece en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimiento. Denominamos este poder un derecho de esta persona, en el sentido de facultade. Algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo.

Esse trecho da obra de Savigny evidencia noções importantes sobre a sua concepção de direito subjetivo: a) o direito subjetivo é um poder; b) o direito subjetivo é um poder do indivíduo; c) o direito subjetivo é um poder da vontade do indivíduo. Essa concepção é seguida e consagrada por Windscheid, conforme será tratado a seguir.

Esclarece Wieacker³⁶ que a definição de Savigny de direito subjetivo está fundamentada no conceito kantiano³⁷ do Direito como espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros e na autonomia daí decorrente: a existência autônoma do Direito, que não deve forçar a eticidade autônoma da pessoa, mas, antes, deve possibilitá-la.

A definição de Savigny demonstra, com rara clareza, a histórica vinculação do direito subjetivo ao individualismo e ao voluntarismo (vontade individual), características fundamentais para a problematização levantada no presente trabalho.

³⁵ SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La ciência del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 29. Nessa mesma linha, Savigny já havia escrito em outra obra: “Considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestros ser, nos aparece como un poder del individuo. Em los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros ‘derecho’, y algunos derecho en su sentido subjetivo” (SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema de derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, v.1, [s.d.]. p. 5).

³⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 440 e 453.

³⁷ Para Kant (1724-1804), “o direito estrito se apóia no princípio de lhe ser possível usar constrangimento externo capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com as leis universais. [...] Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 78).

Bodin de Moraes³⁸ diz que a imponente elaboração de Savigny se dá, fundamentalmente, através do conceito de “direito subjetivo *individual*” (grifou-se), isto é: “Do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha”. Segundo essa concepção, prossegue a autora³⁹, “os direitos subjetivos delimitavam os amplos domínios reservados à autonomia privada, garantindo assim a liberdade individual por meio de autorizações subjetivas, provenientes, exclusivamente, do próprio poder da vontade do indivíduo”.

Destaca Ovídio Baptista⁴⁰ que o direito subjetivo, nessa época, “deve ser entendido como poder da vontade *exercido contra alguém individualmente*, já que seria impensável a existência de um direito subjetivo, assim definido, pressupondo a supremacia de vontade do respectivo titular, exercido contra a comunidade jurídica inteira”.

Windscheid (1817-1892), maior representante da teoria voluntarista⁴¹ e da escola rigorosamente conceitual e sistemática da pandectística alemã⁴², define o direito em sentido subjetivo (direito subjetivo) como faculdade, que se manifesta em duplo sentido, como se constata a seguir.

- a) O ordenamento jurídico (direito em sentido objetivo – Direito objetivo⁴³) estabelece certas condutas (ação ou omissão) e deixa à livre disposição

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, em especial p. 103, ago./dez. 1999.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, em especial p. 103, ago./dez. 1999.

⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120-121.

⁴¹ Para Windscheid, “a tarefa do direito privado é traçar os limites dos campos de vontade dos indivíduos que vivem em comum, de definir em que medida a vontade de cada indivíduo deve ser decisiva para os indivíduos com os quais se enfrenta. Esta finalidade o ordenamento jurídico privado alcança por meio de proposições jurídicas imperativas e proibitivas” (tradução livre de WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1902. p. 80).

⁴² Da pandectista resultou uma suma do direito privado (como antes nos grandes comentários do jurista Ulpiano ou da *Glossa Ordinária*), cuja fama geral levou até os países mais distantes a influência e a vigência da pandectista. Na Alemanha, a obra de Windscheid levou ao seu chamamento à primeira comissão para o Código Civil (BGB), onde teve uma influência dominante, conforme WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 510.

⁴³ Opta-se, neste trabalho, pelo emprego das expressões “direito objetivo” e “direito subjetivo”. Todavia, nas transcrições de autores serão observadas as terminologias por eles utilizadas.

(autonomia da vontade) de aquele em cujo benefício foi emitido o preceito (titular do direito) fazer valer ou não (faculdade) o Direito objetivo preceituado. A vontade do titular do direito é decisória para a efetividade do mandado emitido pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico desprende-se do mandado por ele emitido em favor do titular, transformando seu próprio mandado em mandado do titular do direito. O “direito” (objetivo) transforma-se em “seu direito” (subjetivo)⁴⁴. É o que se passa a classificar como direitos subjetivos a uma prestação ou direitos subjetivos prestacionais.

- b) O ordenamento jurídico atribui ao facultado a autonomia da vontade (vontade decisória) não para a realização, mas para a formação (existência) de direitos estabelecidos pelo próprio Direito objetivo⁴⁵. Trata-se, segundo o autor, de outro significado da palavra direito (subjetivo). É o que se passa a classificar como direitos subjetivos potestativos ou formativos⁴⁶.

Conclui Windscheid⁴⁷ que ambas as espécies de direito subjetivo compreendem a sua famosa definição, que consagra a chamada teoria da

⁴⁴ *“Diritto ad un determinato comportamento, fatto odo missione, dele persone, che si trovano di fronte al titolare, o di una singola persona. L’ordine giuridico (il diritto in senso oggettivo, il diritto oggettivo), in base ad un fatto concreto, há emesso un precetto di tenere un determinato comportamento, e posto questo precetto a libera disposizione di colui, a cui favore esso há emanato. Esso rimette in lui di valersi o no del precetto, ed in particolare di porre o non in opera i mezzi garantitigli dall’ordine giuridico. Questo si è spogliato a favore di quello del precetto di lui. Il diritto è divenuto il diritto di lui.”* (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 169-170)

⁴⁵ *“La parolla ‘diritto’ non ha questo senso, quando p. es. si disse, che il proprietario há il diritto d’alienar ela cosa sua, che il creditore há il diritto di cederei l suo credito, che ad un contraente compete il diritto d’alienar ela cosa sua, che il creditore ha il diritto di cederei l suo credito che ad un contraente compete il diritto di recesso o quello di disdetta ecc. In queste e simili manieri di esprimersi, colla parola diritto s’intende, che la volontà del titolare è decisiva per la nascita di diritti dela especie prima considerata, o per l’estinzione o modificazione de’ già nati. Al titolare si attribuisce una volontà decisiva, non già per l’attuazione, ma per l’esistenza di precetti dell’ordine giuridico.”* (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 170)

⁴⁶ Por volta de 1896, Zitelmann, havia, pela primeira vez na doutrina, mencionado uma categoria especial de direitos, que denominou de direitos potestativos. Segundo Zitelmann, na teoria geral, os direitos subjetivos se classificariam em duas categorias fundamentais: os direitos aos quais corresponde uma prestação, que se exercem e cumprem-se mediante uma prestação da outra parte; e direitos que se exercitam independentemente de qualquer prestação da parte contrária, do sujeito passivo da relação jurídica (LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio Janeiro: Forense, 2008. p. 220-221).

⁴⁷ *“Diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico.”* (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione

vontade: o direito (subjeto) é um poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica. Nas edições posteriores da sua obra, em resposta a objeções que sofre, notadamente de Jhering, Windscheid⁴⁸ esclarece que a “vontade” é do ordenamento jurídico, não do titular do direito.

Jhering (1818-1892)⁴⁹, mediante ampla argumentação contestando a “teoria da vontade” do contemporâneo Windscheid, sustenta que o direito (subjeto) não é o adorno, o objeto da vontade, mas sua condição: “Os direitos não são o fim da vontade, ainda que lhe sirvam de meio”. Se a vontade fosse o objeto do direito, como teriam direito as pessoas sem vontade, como os incapazes, questiona o autor, sustentando que os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata, mas para garantir os interesses da vida, ajudar a satisfazer as suas necessidades e realizar seus fins. Para o autor, a utilidade (não a vontade) é a substância do direito (elemento substancial) que deve ser somada ao meio para esse fim, que é a proteção do Direito objetivo por meio da possibilidade de ajuizamento de ação judicial em caso de violação do direito (elemento formal). A partir daí, Jhering expõe seu conceito clássico de direito subjetivo, consagrando a chamada teoria do interesse: “Os direitos são interesses juridicamente protegidos”.

Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 170)

⁴⁸ “*Volontà dello Stato*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffrè, v. XII, p. 685, 1964. Ovídio Baptista, a partir da assimilação do conceito de direito subjetivo como poder da vontade conferido, consagrado por Windscheid, diz que “a relação jurídica deverá, necessariamente, traduzir-se numa relação obrigacional entre sujeitos de direito, nunca numa relação do titular do direito com a coisa que lhe pertence”, provocando “uma profunda inversão conceitual, se compararmos a visão moderna com a concepção clássica do fenômeno jurídico”: o direito, em seu sentido original, não se confundia, absolutamente, com a lei, e, menos ainda, como hoje passou-se a concebê-lo, com o *poder* que o titular terá para impor sua vontade contra outrem. Essa concepção moderna de direito, como direito subjetivo, corresponde a uma autêntica “revolução copernicana”, como a provocada por Kant, na mesma linha da revolução operada por ele na filosofia moderna (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 117-118).

⁴⁹ “*Pero los derechos non son el fin de la voluntad, sino que le sirven de médio. Si la voluntad unicamente fuera el objeto del derecho, cómo podrían tener derechos las personas sin voluntad? [...] Pero los derechos no existen para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Los derechos no producen nada inútil; la utilidad, no la voluntad, es la sustância del derecho. La voluntad no es más que la fuerza motriz de los derechos. Dos elementos constituyen del derecho: uno substancial, que es fin práctico del derecho, la utilidad, las ventajas y ganancias; outro formal, que es médio para este fin: la protección del derecho; la acción de la justicia. Los derechos son, pues, intereses juridicamente protegidos.*” (JHERING, Rudolf Von. *Espíritu del Derecho Romano*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962. p. 443 e 445)

Jhering buscou, de alguma forma, construir uma teoria que conformasse os direitos subjetivos com as finalidades sociais, mas, como ressaltado *supra*, o direito subjetivo acaba por recair em uma situação de subordinação às finalidades coletivas. Isso justamente porque os interesses individuais que fundamentam os direitos subjetivos, segundo a concepção de Jhering, devem se sujeitar, ao fim e ao cabo, aos interesses e às finalidades sociais, como conclui Wieacker⁵⁰ sobre o pensamento de Jhering:

Posteriormente, haveria de fazer pender o prato da balança para os interesses coletivos e de definir o direito como o que é útil para a sociedade ou para os grupos sociais vitoriosos ou, de forma equívoca e demagógica, como a “utilidade comum” ou “o que é útil ao povo”; e, por fim, como perversão do correcto princípio de que a “justiça é o que é útil ao povo”, no que “o direito é o que é útil ao povo”, em que direito e povo acabam por ser reduzidos a nada.

Jellinek (1851-1911)⁵¹, visando a traçar seu conceito de direito subjetivo público, acaba consagrando a chamada “teoria mista”, que combina o poder de vontade com a finalidade de proteger os interesses dos indivíduos. Para o autor, o direito subjetivo (subjetividade jurídica) se expressa por meio do reconhecimento, pelo Estado, da posição do indivíduo como pessoa, como membro do Estado e dotado de direitos individuais perante a esfera pública, pois essa concessão do Estado possibilita ao indivíduo (poder de vontade) colocar em movimento o sistema jurídico para realizar um interesse, mediante o reconhecimento do ordenamento jurídico (Direito objetivo). Para essa concepção, o direito subjetivo é, portanto, um poder da vontade humana que recai sobre um bem ou um interesse e que o ordenamento jurídico reconhece e protege.

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 517.

⁵¹ “La subietività giuridica si contrappone allo Stato. Essa si esprime mediante il riconoscimento da parte dello Stato della posizione dell’individuo come membro nella comunità del popolo. Ma essa racchiude in sè, altresì, il riconoscimento dell’uomo come persona: cioè, come un individuo dotato d’una sfera di diritti pubblici. È questo il risultato di tutta l’evoluzione della civiltà: che nello Stato moderno ogni uomo, il quale è sottoposto come che sai al potere statale, è nel medesimo tempo di fronte ad esse anche persona. [...] Ma la capacità individuale, concessa dallo Stato, de mettere in moto l’ordinamento giuridico nel próprio interesse crea, come qualsiasi delimitato potere individuale riconosciuto dal diritto, un diritto subiettivo.” (JELLINEK, Georg. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca. Milano: Giuffrè, 1949. p. 23 e 30).

Em suma, essas são as três teorias mais difundidas a respeito da definição do direito subjetivo e sua relação com o Direito objetivo. Existem várias teorias sobre o direito subjetivo e, no presente trabalho, opta-se pelo estudo da chamada pré-história do direito subjetivo (Ockam) e das teorias clássicas de Windscheid, Jhering e Jellinek, além de mais duas que se elegem como relevantes, como as de Kelsen e de Pontes de Miranda.

Kelsen⁵² (1881-1973), contestando detalhadamente as três teorias mais tradicionais sobre direito subjetivo (teoria da vontade, de Windscheid⁵³; teoria do interesse, de Jhering⁵⁴; teoria mista, de Jellinek⁵⁵), inova ao romper com a

⁵² KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 493-578 (tradução da segunda edição em alemão, de 1923), combinado com KELSEN, Hans. *Teoría geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 82-83 (publicada originalmente com título: *General Theory of Law and State*, em 1945).

⁵³ Kelsen sustenta que Windscheid se contradiz ao dizer que a vontade do ordenamento jurídico é o substrato do direito subjetivo e sustentar que o conteúdo (material) do direito subjetivo é determinado pela vontade real do titular do direito. Acrescenta que, se, realmente, a vontade do ordenamento jurídico fosse o substrato do direito subjetivo, o único sujeito de direito seria o próprio ordenamento jurídico. E arremata dizendo que a vontade, assim como o interesse, são elementos psíquicos e, como tais, incompatíveis com a construção jurídica em geral, acarretando ficções e contradições (KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 512 e 513-514).

⁵⁴ Para Kelsen, da teoria de Jhering o elemento proteção é o único que se justifica (“que fica em pé”) como conteúdo do direito subjetivo: “*El análisis crítico de la construcción de Jhering nos lleva, por tanto, a la conclusión de que de los dos elementos del concepto del derecho subjetivo, el material, es decir, el interés, es perfectamente inadecuado para ser parte integrante del concepto del derecho y de que este elemento solo palabra y de un modo puramente ficticio entra como factor especial en el derecho subjetivo de Jhering. Lo único que queda siempre en el concepto de este autor es el elemento de la protección, que Jhering señala, inexactamente, como formal. Este estado de protección, lo único que queda en pie como contenido del derecho subjetivo de Jhering, no es, en realidad, sino el reflejo material de la protección estatuida por el orden jurídico, y esta protección, y no lo protegido es el elemento verdaderamente formal, pues bien, esta protección consiste en el deber jurídico, que es la forma subjetiva de manifestarse la norma jurídica. Con lo cual queda nuevamente demostrada la íntima afinidad que existe entre el concepto jheringiano y el concepto iusnaturalista del derecho subjetivo: en ambas construcciones, vemos que el derecho subjetivo es, simplemente, el reverso sustancial del deber jurídico formal*” (KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 506-507).

⁵⁵ Kelsen entende que a definição de Jellinek não se distingue, substancialmente, em nada da de Windscheid, pois Jellinek se orienta bem mais pelo elemento vontade no seu conceito de direito subjetivo: “*En realidad, la definición de Jellinek no se distingue substancialmente en nada de la de Windscheid. Se limita a reoger en la definición el elemento, supérfluo por cuanto evidente en sí mismo, del contenido de la voluntad; algo así como si en la definición del cuadrado se incluyese, además de los elementos de los cuatro lados y los cuatro ángulos rectos, la igualdad de las dos diagonales*” (KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 537).

noção da doutrina do Direito Natural, segundo a qual o direito “subjetivo” e o dever possuem existências independentes do ordenamento jurídico, tendo em vista que, para essa doutrina, as normas jurídicas se limitam a proteger ou garantir direitos subjetivos considerados lógicos e temporalmente anteriores ao Direito objetivo⁵⁶.

Kelsen⁵⁷ altera a relação de precedência de direito (subjetivo) à dever para dever à direito (subjetivo), a partir da concepção de que a base de tudo é o Direito objetivo (a norma), salientando, todavia, que “um direito é mais do que o correlativo de um dever”⁵⁸. De acordo com a teoria kelseniana, o direito subjetivo é o poder jurídico eventualmente (não necessariamente⁵⁹) concedido pelo Direito objetivo, mediante uma ação, para que o Estado (por meio do Poder Judiciário) aplique a sanção (determinada pelo próprio Direito objetivo) àquele que não cumpriu um determinado dever imposto pela norma⁶⁰:

⁵⁶ “No começo, existiam apenas direitos subjetivos - em especial o protótipo de todos os direitos, o direito a propriedade (obtida por ocupação) - e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir. Esta idéia é desenvolvida com mais clareza na teoria da Escola Histórica, que foi decisivamente influenciada, não apenas pelo positivismo jurídico do último século, mas também pela jurisprudência moderna dos países de língua inglesa.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 82-83)

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 175: “[...] Não são possíveis atribuições de Direito a um, especialmente Direito em sentido técnico, sem deveres dos outros; deveres, porém, sem Direitos, no sentido técnico, são muito bem possíveis; é inexato quando a Ciência do Direito (*jurisprudenz*) tradicional (porventura sob a influência da Teoria do Direito Natural) coloca em primeiro plano o conceito de atribuição de um Direito como de Direito subjetivo; fala de Direito e dever - não de dever e Direito -; [...]”.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 175, combinado com KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 81-82.

⁵⁹ Para Kelsen, a essência do Direito está em impor condutas determinadas, por meio do estabelecimento de deveres. O estabelecimento de direitos no sentido subjetivo é uma opção do Direito objetivo. Nesse contexto: a) podem existir deveres sem direitos “subjetivos”, mas não pode haver direitos “subjetivos” sem deveres dos outros; b) a previsão de direitos subjetivos “é uma função possível, não uma função necessária de um ordenamento jurídico positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 175).

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 174-175. Segundo Mario Losano, recorrendo à concepção de dever jurídico, Kelsen abandona a concepção de direito subjetivo herdada da doutrina romanista e considera-o fundamento da pretensão jurídica, excluindo toda consideração psico-sociológica (LOSANO, Mario G. *Teoría pura del Derecho: evolución y puntos cruciales*. Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 25).

O Direito de um é o dever de outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever. Fala-se, por isso, de um “Direito” no sentido subjetivo da palavra. Direito no sentido subjetivo pode, por sua vez – no âmbito de uma ordem jurídica –, ter uma significação especificamente técnica. O “Direito” de um não é, pois, mero reflexo do dever de um outro. Este Direito subjetivo só existe, pois, se a sanção que deve ser aplicada pelo órgão aplicador do Direito, especialmente pelo Tribunal, no caso de não-cumprimento de dever, tiver de se realizar apenas a requerimento do sujeito lesado em seu interesse pelo não cumprimento do dever; de modo que a fixação da norma individual, com a qual se ordena a sanção, por uma ação dirigida a tal fim – demanda, queixa –, é solicitada por aquele frente a quem existe – não cumprido – dever. Então esse bem, à sua disposição, o Direito que estatui o dever, o Direito é *seu* Direito.⁶¹ (grifos do autor)

No Brasil, destaca-se o posicionamento de Pontes de Miranda (1892-1979)⁶², o qual, depois de advertir que o direito subjetivo é uma abstração a que sutilmente se chega após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos, sustenta que a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos, assim, o suporte fático torna-se fato jurídico: “O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa o lado desse alguém, que é o titular dele”. O autor prescreve não ser possível se conceber o direito subjetivo, quer histórica, quer logicamente, sem o Direito objetivo, de modo que, incidindo a regra jurídica, o direito subjetivo é “o que resulta do lado positivo da incidência”, portanto, “há nele um poder”, esclarecendo, todavia, que o direito subjetivo não é uma faculdade, “contém a faculdade”. Em suma, para Pontes de Miranda, direito subjetivo “é a vantagem

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 174. Em outra obra, o autor trata o “direito subjetivo” como sinônimo de “pretensão”, traduzido na exigência da conduta devida (dever), quando tal dever não esteja sendo cumprido tal como determinado pelo direito objetivo (norma), em *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 142.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955. p. 231-233.

que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fáctico”⁶³.

Para Pontes de Miranda, o direito subjetivo é todo direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, “conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não”⁶⁴. Essa projeção própria é a “individualização” da posição jurídica, o reconhecimento de que “alguém, a quem o direito objetivo atribui ou reconhece tal posição, pode *invocá-lo*, não como sujeito ativo, e sim como sujeito ativo em que o direito se precisou”⁶⁵ (grifos do autor).

A partir da contextualização e das teorias do direito subjetivo, procurou-se demonstrar que o arraigamento histórico e cultural dos direitos individuais, por muito tempo hegemônico, está ligado, substancialmente, ao individualismo, ao voluntarismo, ao patrimonialismo e à concepção de direito subjetivo da época.

2 INADEQUAÇÃO DA NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO PARA FUNDAMENTAR A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS QUE NÃO SEJAM INDIVIDUAIS

Embora as teorias clássicas de direitos subjetivos sejam diferentes – e tais diferenças sejam importantes, conforme supraexposto –, todas foram pensadas tendo em vista apenas a tutela de direitos aos indivíduos (no máximo, para pessoas jurídicas⁶⁶), norteados pelos pilares do individualismo, do voluntarismo, do patrimonialismo e tendo por elemento nuclear dessa construção jurídica a noção de direito subjetivo.

Ocorre que nos dias atuais existem direitos que não se enquadram nessa moldura. Trata-se de direitos que de certa maneira sempre existiram, mas que

⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955. p. 226. Alexy refere-se ao direito subjetivo como “posição jurídica” e propõe a divisão e a pluralidade dos direitos subjetivos (direito a algo, liberdades; competências), conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 177-178.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 5-6.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 10.

⁶⁶ WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1902. p. 209-212.

estão surgindo na nossa observação⁶⁷, entre os quais se destacam os chamados direitos transindividuais, especialmente nos direitos com objeto difuso⁶⁸.

A adequada tutela de direitos transindividuais exige “redimensionar e repensar inúmeros institutos do processo civil clássico⁶⁹, porquanto vários deles foram imaginados para operar – e somente conseguem operar adequadamente – no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano coletivo”, conforme adverte Arenhart⁷⁰, referindo-se às novas perspectivas de tutela em face das atuais dimensões do direito material.

Essa exigência se estende ao direito material, em que vários institutos tradicionais foram pensados tendo em vista tão somente direitos individuais, como o direito subjetivo.

É importante sublinhar que as diferenças conceituais entre os direitos individuais homogêneos e os direitos transindividuais – direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos – repercutem em um necessário tratamento diferenciado.

De um lado, os direitos individuais (homogêneos ou não) são pensados sob a luz da perspectiva subjetiva. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, tem-se, em verdade, um feixe de direitos individuais, reunidos de forma coletiva para fins processuais (tutela coletiva de direitos, na expressão

⁶⁷ “Não é que as coisas não existiam, nós não as observávamos”, conforme ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 177.

⁶⁸ Entende-se que a melhor denominação para o fenômeno é “direito com objeto difuso”, pois não é o direito que é difuso, mas é o seu objeto que pode ser difuso, entre outras classificações. De acordo com Pontes de Miranda, o objeto de direito “é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito”, esclarecendo o autor que objeto do direito é “o que *pode* ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa; nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 2, 1970. p. 9 e 16).

⁶⁹ Nesse sentido, referindo-se ao processo coletivo, Macedo e Macedo observam que ainda “serve-se de institutos próprios do processo voltado a compor os conflitos individuais, sem o menor cuidado: legitimidade de partes, ativas e passivas, sentença, coisa julgada. Trata-se, contudo, de conflito que está a merecer um tratamento autônomo, abrindo passagem para sua identidade desvinculada do conflito individual” (MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 204, p. 351-367, em especial p. 363, fev. 2012).

⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 41-42.

de Zavascki⁷¹), de modo que cada indivíduo é titular de um direito subjetivo, que pode ser perseguido de forma individual ou coletiva, tendo o ordenamento jurídico viabilizado a tutela coletiva apenas para permitir tratamento uniforme das pretensões e para diminuir o número de ações individuais sobre a mesma matéria.

De outro lado, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos (tutela de direitos coletivos, na expressão de Zavascki⁷²) têm por titular uma coletividade e possuem objeto que transcende os indivíduos, não sendo passíveis de apropriação individual. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁷³ pronunciou que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado tem “titularidade coletiva e caráter transindividual”, sendo atribuído “não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido mais abrangente, à própria coletividade social”.

Nos direitos com objeto difuso, o objeto é considerado como um só, “de natureza indivisível”, segundo a legislação brasileira⁷⁴, gerando “a conseqüente comunhão de destinos dos respectivos titulares, de modo tal que a satisfação de um só implicaria, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui lesão à inteira comunidade”, conforme destaca Barbosa Moreira⁷⁵. Essa destinação “unitária” dos direitos com objeto difuso (indivisibilidade) é uma de suas características diferenciadas. A respeito dessa característica do objeto, averba Pontes de Miranda: “O objeto é considerado como um só, se é utilizado como um só bem jurídico (utilização unitária)”⁷⁶.

Nesse contexto, para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso, não se deve lançar mão da noção de direitos subjetivos – noção que,

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

⁷³ Supremo Tribunal Federal, ADIn 3.540-1/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.09.2005.

⁷⁴ Conforme o conceito disposto no art. 81, I, da Lei nº 8.078/1990 (Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília. *Lex: Legislação Federal e Marginalia*).

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os temas fundamentais do Direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil*. In: *Temas de direito processual*. 4. sér. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 8.

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 2, 1970. p. 9.

nesse particular, apenas turva a clareza do pensamento –, podendo-se chegar à concretização pela aplicação do Direito objetivo.

No âmbito do direito ambiental – típico direito com objeto difuso –, Carla Amado Gomes⁷⁷ posiciona-se contrariamente ao reconhecimento subjetivo ao meio ambiente, sustentando que ele deve ser pensado sob uma perspectiva exclusivamente objetiva.

Canotilho⁷⁸, examinando o ordenamento jurídico português, entende que o direito ao ambiente é um direito subjetivo. Demonstrando que a compreensão dessa questão depende do ordenamento jurídico de cada país, o autor luzitano refere que o direito ao ambiente não é um direito subjetivo no direito constitucional espanhol, “porque não assegura, só por si, um direito de acção em tribunal”.

Em que pese o aprofundamento acerca dessa querela fuja dos limites do presente trabalho, partilha-se do entendimento de Amado Gomes e, ampliando-o, entende-se que os direitos com objeto difuso devem ser pensados sob a perspectiva objetiva e não são passíveis de subjetivação.

Os direitos e os deveres com objeto difuso precisam ser estudados a partir da Constituição e dos direitos e dos deveres fundamentais. Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se (ainda que essa vinculação não seja exclusiva) ao que passou a ser denominado de perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas

⁷⁷ “[...] entendemos ser o direito ao ambiente uma fórmula vazia de significado jurídico em virtude da impossibilidade de determinação de um conteúdo para tal posição jurídica, a construção baseia-se na 2ª parte do nº 1 do art. 66º da CRP, que autonomiza o dever fundamental de protecção do ambiente, densificável a partir da definição de prestações concretas relativamente a bens naturais determinados. Esta nossa construção pressupõe, no entanto, a existência de deveres (de protecção do ambiente) *por causa* do exercício de direitos (de circulação, de propriedade, de investigação científica). Ou seja, sobretudo na presença de obrigações de *facere*, o raciocínio implica que o dever de protecção do ambiente – cuja configuração concreta depende da(s) actividade(s) desenvolvida(s) pelo sujeito –, emergja como contrapartida do exercício de determinados direitos. Não significa isto que o dever de protecção do ambiente seja correlativo de um direito com o mesmo objecto – já vimos que essa orientação é de rejeitar. Trata-se, isso sim, de verificar uma ligação incidível entre uma responsabilidade individual de uso racional de um bem de uso colectivo e a pretensão jurídica de levar a cabo determinadas actividades que, pela sua incidência ambiental, requerem cuidados mais ou menos acrescidos.” (GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007. p. 129)

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 186-187.

também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres⁷⁹.

Trata-se os direitos transindividuais de “direitos assubjetivos” ou “Direito objetivo não subjetivado”, conforme as expressões de Pontes de Miranda⁸⁰, segundo o qual

não há direitos sem sujeitos. Nem todos os direitos são subjetivos. Interesses são protegidos sem que a ordem jurídica crie direitos subjetivos. Muitas vezes, os mais eficazmente protegidos, ou, até, os mais enérgicamente assegurados, são interesses que não permitem a invocação do direito subjetivo. São esferas não menos importantes, da função só preventiva ou só repressiva do Estado.⁸¹

Essa lição de Pontes de Miranda, quando ele trata do tema “sujeito e subjetivo”, é importante para os direitos com objeto difuso, pois a ordem jurídica protege-os, lhes dá eficácia, mas sem lhes conferir direitos subjetivos.

Em clara alusão aos interesses transindividuais, Pontes de Miranda⁸² afirma que há casos em que, “sem terem os particulares direitos subjetivos, a relevância do interesse geral sugeriu que a esses se atribuisse ação dita popular (*actio popularis*)”. Conclui o autor, na sequência do seu raciocínio: “Destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, à subjetivação” (destaque do original).

Na linha de não subjetivação dos direitos coletivos, Clóvis do Couto e Silva refere que “há um problema semelhante em matéria de tutela de interesses coletivos. Estes interesses não podem ser qualificados como direitos subjetivos”⁸³.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 8 e 12.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 8.

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955. p. 228.

⁸³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Jacob. (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre:

Nessa trilha, Tesheiner⁸⁴ afirma que “pelo menos quanto aos direitos difusos, é fácil ver-se que não se trata de direitos subjetivos”.

Tratando da correlação entre Direito e dever, Pontes de Miranda⁸⁵ diz que “o dever de atender à regra jurídica não é correlativo dos direitos que a regra jurídica cria ou transforma”, ou seja, que o Direito objetivo pode optar por não criar direitos subjetivos, destacando que “o direito objetivo pode ser perfeito sem existir tal garantia”⁸⁶ (direito subjetivo).

Ajuda a compreender a matéria o exemplo dado por Pontes de Miranda:

A regra que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certo momento da noite, ou conservá-los sempre abertos para que todos êles passem, possam sentar-se, descansar, é direito não-subjetivo. Os passantes, os freqüentadores e os que dêles se servem para ler, trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar crianças, não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos.⁸⁷ (destaque do original)

Note-se que Pontes de Miranda grifou em itálico a expressão “que se gozam”, evidenciando a possibilidade de fruição de certos direitos sem haver direito subjetivo. Esse exemplo de utilização dos parques públicos é tipicamente um interesse/direito difuso (ainda que o autor não tenha mencionado isso, pois não lhe interessava essa abordagem).

De fato, o direito subjetivo não é a única forma de gozar os direitos, nem a única posição jurídica subjetiva, ainda que seja hegemônica na nossa tradição jurídica. Analisando essa matéria, Hohfeld⁸⁸ aponta quatro significados básicos

Livraria do Advogado, 1997. p. 217-235, em especial p. 222. Esse artigo foi publicado originalmente na *Revista dos Tribunais*, ano 80, v. 667, maio 1991.

⁸⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. *Justiça do Trabalho*, n. 325, p. 31, jan. 2011.

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 12.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 9.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 6.

⁸⁸ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913. p. 30.

para as expressões “direito” e “dever”, a partir da constatação de que um dos maiores obstáculos para a compreensão clara dos problemas jurídicos surge com frequência da suposição expressa ou tácita de que todas as relações jurídicas podem ser reduzidas a “direitos” (subjettivos) e “deveres”.

Essa constatação de Hohfeld é a principal causa dos obstáculos para a adequada compreensão dos direitos com objeto difuso.

Para Hohfeld⁸⁹, dependendo do contexto, a expressão “direito” pode assumir quatro significados básicos: *rights* (direitos em sentido subjettivo), *liberty-rights* (privilégios), *powers* (poderes) e *immunities* (imunidades). Esses “direitos” mantêm duas relações lógicas de correlação e de oposição com outros quatro conceitos: *duty* (dever), *no-rights* (não direitos), *liability* (sujeição) e *disability* (incompetência). Estariam em correlação os conceitos: direito/dever; privilégio/não direito; poder/sujeição; imunidade/incompetência. E, em relação de oposição (negação): direito/não direito; privilégio/dever; poder/incompetência; imunidade/sujeição.

Desse trabalho analítico decorrem as seguintes considerações de Hohfeld⁹⁰: a) ter direito-pretensão frente a alguém significa estar em posição de exigir algo de alguém; b) ter um privilégio frente a alguém significa não estar sujeito a qualquer pretensão sua; c) ter um poder frente a alguém significa a capacidade jurídica (competência) de modificar a situação jurídica desse alguém; d) ter uma imunidade frente a alguém significa que esse alguém não tem o poder normativo de alterar-lhe a situação jurídica, pois é incompetente normativamente para isso.

A hegemonia dos direitos (subjettivos) e dos deveres que Hohfeld critica e para as quais aponta sugestões, demonstrando, acima de tudo, a inadequação do “reduccionismo” a essas duas posições jurídicas, tem outro desdobramento importante: a primazia quase absoluta dos direitos subjettivos em detrimento dos deveres.

Essa “hipertrofia dos direitos” encontra razão de ser, por um lado, na configuração do modelo de Estado Constitucional e do que se poderia designar de uma ‘herança liberal’, no sentido de compreender a posição do indivíduo em

⁸⁹ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913. p. 30-59.

⁹⁰ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913. p. 30-59.

face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal. E, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, que, na perspectiva do Estado Constitucional, acabou desafiando uma mudança⁹¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito subjetivo foi criado para operar e opera de forma hegemônica no plano dos direitos individuais. Dentro dessa noção de individualidade que reflete a cultura e a sociedade do modelo de Estado liberal clássico.

Ocorre que nos dias atuais existem direitos que não se enquadram nessa moldura. Trata-se de direitos que de certa maneira sempre existiram, mas que estão surgindo na nossa observação, entre os quais se destacam os chamados direitos transindividuais, especialmente nos direitos com objeto difuso.

A adequada tutela de direitos com objeto difuso exige repensar inúmeros institutos do direito material e processual clássicos, porquanto vários deles foram imaginados para operar – e somente conseguem operar adequadamente – no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano difuso.

Para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso não se deve lançar mão da noção de direitos subjetivos (muito importante para a consolidação e efetivação dos direitos individuais, homogêneos ou não), chegando-se à concretização pela aplicação e, por vezes, criação de Direito objetivo.

Os direitos e os deveres com objeto difuso devem ser estudados a partir da Constituição, e dos direitos e dos deveres fundamentais, e vinculam-se à perspectiva ou à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também valoriza e reforça o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, quando se tratar de valores e fins que transcendem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres.

A presente proposta não desconsidera que as pessoas são o fim último do Direito, pelo contrário, apresenta um método que prescinde da noção de direito subjetivo, visando a conferir maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade.

⁹¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 16 e 59.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Jacob (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *Chaim Perelman – Da argumentação a justiça um retorno a Aristóteles*. Porto alegre: Linus Editores, v. 1, 2007.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

ENGLARD, Izhak. *Corrective & distributive justice: from Aristotle to modern times*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições jurídicas fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS*, Porto Alegre: FMP, n. 1, p. 34-72, 2007.

GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, v. 50, n. 3, p. 351-373, maio/jun. 2004.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, jan. 1998.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JELLINEK, Georg. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Tradução italiana sulla terza edição tedesca. Milano: Giuffrè, 1949.

JHERING, Rudolf Von. *Espíritu del Derecho Romano*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Problemas Captales de la Teoria Jurídica del Estado: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica*. México: Porruá, 1987.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio Janeiro: Forense, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 204, p. 351-367, fev. 2012.

MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivi. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, jan. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. In: *Temas de direito processual*. 4. sér. São Paulo: Saraiva, 1989.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955.

_____. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 2, 1970.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema de derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, v. 1, [s.d.].

SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffirè, v. XII, 1964.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. *Justiça do Trabalho*, n. 325, p. 28-36, jan. 2011.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1902.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O TRÁFICO ILÍCITO DE INFLUÊNCIA E SUAS VERTENTES CORRUPTIVAS¹

THE ILLICIT INFLUENCE TRAFFIC AND ITS SHEDS CORRUPTING

Rogério Gesta Leal²

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO: Pretendo, neste ensaio, tratar do tema que envolve o chamado tráfico ilícito de influência, comportamento que afeta de forma impactante a imagem da Administração Pública, além de constituir ilícito penal, apresentando-se, por isto, com feições conceituais e normativas multidisciplinares.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; tráfico ilícito de influência; moralidade pública.

ABSTRACT: *I intend in this essay approach the issue that involves the illicit traffic of*

influence, behavior that affects so striking image of Public Administration, besides constituting criminal offense, presenting, therefore, with multidisciplinary characteristics.

KEYWORDS: *Public Administration; illicit traffic of influence; public morality.*

SUMÁRIO: I - Notas introdutórias; II - A natureza complexa dos fenômenos corruptivos; III - As dimensões criminosas do tráfico ilícito de influência: algumas experiências; IV - O tráfico ilícito de influência na experiência brasileira; Considerações finais; Referências.

¹ Este artigo é o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*.

² Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli - Roma Trè, Universidad de La Coruña - Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais - REDIR, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

SUMMARY: *I – Introductory notes; II – The complex nature of corruptive phenomena; III – Criminogenic dimensions of illicit influence traffic: some experiences; IV – The Illicit Influence Traffic in Brazilian experience; Final remarks; References.*

I - NOTAS INTRODUTÓRIAS

O tema do tráfico ilícito de influência no âmbito da Administração Pública tem ganhado expressão significativa nos últimos anos, fundamentalmente na experiência internacional. As experiências italiana, espanhola, francesa, portuguesa e norte-americana têm demonstrado a importância do debate não somente em suas dimensões acadêmicas, mas também pragmáticas, haja vista, por exemplo, o trabalho desenvolvido pelo Poder Público destes países, evidenciando a possibilidade de luta organizada contra a corrupção.

No caso brasileiro, a Comissão de Reforma do Código Penal do Senado, formada por inúmeros juristas importantes na área, entregou seu Relatório Final no mês de junho de 2012, com profundas mudanças, em especial no que tange aos delitos que se amoldam às fatispécies da corrupção.

O problema é que desde há muito a corrupção transcendeu a dimensão de atos e fatos isolados ou amadores de locupletamento ilícito em face do interesse público, para órbitas organizacionais e sistêmicas impressionantes, formatando verdadeiras redes (nacionais e internacionais) sofisticadas de poder e comando no mercado, no Estado e na sociedade, causando impactos e danos de proporções enormes; diversificando em muito suas técnicas e metodologias de abordagem e procedimento corruptivos, a ponto de tornar os ordenamentos jurídicos inapropriados para lidar com tamanhas complexidades.

Assim, quero analisar neste ensaio uma das formas mais utilizadas da corrupção se expressar no cotidiano da gestão dos interesses públicos, a saber, o chamado tráfico ilícito de influência.

II - A NATUREZA COMPLEXA DOS FENÔMENOS CORRUPATIVOS

As definições de corrupção podem tomar vários caminhos distintos (via econômica, política, antropológica, cultural, histórica, etc.). Como informa Amundsen:

Based on a review of the literature and an annotated bibliographical survey (Amundsen and Fjeldstad 2000), we can, however, categorize the contemporary academic

*discourse on corruption according to the various social science disciplines, according to the most prominent thematic debates, and according to the discussions within a selected number of government and non-governmental organizations working against corruption.*³

As pesquisas contemporâneas têm evidenciado a corrupção como particular relação entre Estado, mercado e sociedade, estabelecendo ainda a distinção entre corrupção política e corrupção burocrática⁴, o que coloca este fenômeno em rota de aproximação e intersecção com outros fenômenos igualmente complexos de natureza multidisciplinar, a ponto de relacioná-lo diretamente com as possibilidades da democracia contemporânea.

Por vezes noções restritas de corrupção podem ignorar partes vitais de sua composição categorial – como o enfraquecimento da política para contê-la em certos regimes –, até porque vários mecanismos utilizados para o enfrentamento em seu formato sistêmico e endêmico são os mesmos utilizados para aprofundar e ampliar as regras democráticas de bom governo.

Os níveis de corrupção privada podem inclusive ser sintomáticos no âmbito do desenvolvimento econômico e político de uma sociedade. Além disto, todas as formas de corrupção privada podem ser destrutivas à moral pública e fragilizar sobremaneira os níveis de confiança e credibilidade no sistema normativo desta mesma comunidade. Por tais razões é que muitas definições de corrupção a enfatizarão como fenômeno relacional entre Estado e sociedade, gerando retroalimentações perniciosas dos atores e atos corruptivos. Para alguns autores, como Treisman, há algumas causas recorrentes da corrupção, entre as quais:

(a) Effectiveness of the legal system will be greater – and hence corruption lower – in countries with common law

³ AMUNDSEN, Inge. *Political corruption: An introduction to the issues*. Working Paper 99:7, Bergen: Chr. Michelsen Institute, 1999, p. 12. É interessante que no já clássico trabalho de HUNTINGTON, S. P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1968, o autor já insistia com a tese de que: “Where political opportunities are scarce, corruption occurs as people use wealth to buy power, and where economic opportunities are few, corruption occurs when political power is used to pursue wealth” (p. 55).

⁴ Ver o trabalho de BARDHAN, Paul; MOOKHERJEE, Donald. Relative capture of local and central governments. In: *Institute for Economic Development – Discussion Papers*, n. 97. Boston: Boston University, 1999. Revela o autor que: “In some countries the political elite has nationalized foreign businesses, property and monopoly rights, and redistributed these to the members of the ruling families”.

systems; (b) Effectiveness of the legal system will be greater – and hence corruption lower – in Britain and its former colonies; (c) Corruption rates will be lower in countries with a Protestant tradition; (d) Corruption will be lower in democratic countries and those with a freer press and more vigorous civic associations; (e) Corruption will be lower in more economically developed countries, where populations are more educated and literate, and where the normative separation between “public” and “private” is clearer; (f) Corruption will be lower in countries with higher relative salaries in public office; (g) Corruption will be higher where political instability is greater.⁵

Considerando, entretanto, que nas relações privadas e no mercado as possibilidades de controle preventivo de comportamentos ilícitos de corrupção são mais difíceis de se operar – em face até das garantias de não intervencionismo estatal preventivo –, os controles do setor público focados nas relações referidas *supra* têm se mostrado mais factíveis. Não estou dizendo, com isto, que há uma propensão natural de que atos corruptivos tenham sempre no setor público causas primeiras, a partir das quais há processos de contaminação dos setores privados, mas tão somente que o setor público já conta com mecanismos jurídicos, políticos e sociais expostos à fiscalização corriqueira.

Recentes estudos têm caracterizado algumas formas destacadas de corrupção de acordo com certas características eleitas, entre as quais suborno, fraude, roubo e extorsão. Ainda que estas figuras e estes conceitos estejam por vezes sobrepostos nas situações corruptivas fáticas, eles identificam com facilidade variações fenomênicas da corrupção⁶. Todas estas tipologias referidas

⁵ TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics*, 76, 3, June 2000, p. 399-457. Department of Political Science. Los Angeles: University of California, 2000, p. 406.

⁶ AMUNDSEN, Inge. *Political corruption: An introduction to the issues*. Working Paper 99:7, Bergen: Chr. Michelsen Institute, 1999; AMUNDSEN, Inge; ODD-HELGE, Fjeldstad. *Corruption. A selected and annotated bibliography*. Bergen: Chr. Michelsen Institute (commissioned by Norad), 2000. Lembra o autor que: “There are many equivalent terms to bribery, like kickbacks, gratuities, ‘commercial arrangements’, *baksheesh*, *sweeteners*, *pay – offs*, *speed – and grease money*, which are all notions of corruption in terms of the money or favors paid to employees in private enterprises, public officials, and politicians. These are payments or returns needed or demanded to make things pass swifter, smoother or more favorably through the state or government bureaucracies. By ‘greasing palms’ corporations and business interests can for instance buy political favors and escape the full burden of taxation and environmental regulations, they can buy protected

apresentam elementos conformativos nitidamente criminosos, violadores da moralidade, interesse e patrimônio públicos, a despeito de algumas delas incorporadas em práticas comerciais aparentemente legais.

Por certo que há situações, como a fraude provocada por servidores que têm responsabilidades sobre o cumprimento de ordens e tarefas assinaladas por seus superiores e manipulam fluxos de informação e de procedimentos em benefício próprio (direto ou indireto), que são mais difíceis de se monitorar, diferentes daquelas que envolvem as distribuições de quinhões dos resultados da corrupção para que as autoridades públicas fechem seus olhos aos atos corruptivos cometidos, passíveis de monitoramento inclusive por ações de quebra de sigilo de correspondência, telefônica, bancária, etc.

O problema é quando a corrupção se estrutura a partir de redes extorsivas e violentas de pressão e perseguição, como as desenvolvidas por grupos organizados, como as máfias e o crime organizado em geral, por vezes até sob o argumento de *“‘Protection’ or ‘security’ money can be extorted in the classical well-known mafia style, where organised criminals use insecurity, harassment and intimidation to extort money from individual citizens, private businesses and public officials”*⁷.

Quando o Estado não se faz presente com seu aparato de segurança pública, ele permite, de um lado, que o caos se instale em diversos setores da sociedade; de outro, ele fomenta com sua ausência o surgimento de estruturas paralelas de poder, que, pela via de ações ilícitas e violentas, façam as suas vezes. Daí a experiência de certa forma exitosa sob o ponto de vista funcional de alguns setores do mercado das chamadas instituições mafiosas. Como diz Gambetta, o surgimento da máfia pode ser explicado, entre outras variáveis:

On the background of traders with low degree of mutual trust and insecure property rights. If one trader suspects the other of cheating, he may rent the services of a mafia that may supply credible threats in advance against cheating and mete out punishment after the fact. Knowing this, a large number

markets and monopolies, import/export licenses and quotas, and get access to large state contracts on capital goods, on-going supplies, major civil engineering projects, construction works, and so on” (p. 39).

⁷ LANCASTER, Thomas D.; MONTINOLA, Gabriella R. *Toward a methodology for the comparative study of political corruption. Crime, Law & Social Change*, v. 27, p. 185-206, 1997. Diz ainda o autor que: *“Corrupt practices of this kind can, however, also be ‘from above’, when the state itself is the biggest mafia of them all. This is for instance when the state, and in particular its security services and paramilitary groups, extorts money from individuals, groups and businesses”* (p. 199).

*of transactions can take place, which would not otherwise occur. The trader must, of course, pay the mafia.*⁸

Grossman lembra com acerto que, desde as perspectivas dos malefícios e benefícios da corrupção ao mercado, um Estado cleptocrático/predatório gera resultados muito ruins à competição de mercados se comparado ao Estado como síntese de relações mafiosas, dando o exemplo do ocorrido em Serra Leoa, onde alguns soldados do Governo aliaram-se com as forças rebeldes à noite para partilhar roubos de diamantes⁹.

Neste ponto, Reno chega a falar de um Estado sombra (*Shadow State*), dominado por redes corruptivas que regulam de fato os mercados e a economia através do que o autor chama de *shadowy arrangements*, subtraindo do controle público os espaços privados – que contaminam os públicos –, produtores do crescimento econômico que se divorcia do desenvolvimento social (exatamente porque se dá de forma concentrado, exclusivo, violando direitos fundamentais, etc.)¹⁰.

Em situações como estas, o Estado não é somente usado pelas elites dominantes à manutenção do seu poder de dominação; para além disto, opera no sentido de ampliar as possibilidades de acumulação concentrada de riqueza, o que faz com que estas elites se afigurem cada vez mais predatórias no afã de saquear os cofres públicos e fazer do Estado mecanismo de gestão dos seus interesses corporativos e privados. Com tal comportamento, os recursos e as já precárias estruturas públicas de atendimento de demandas sociais

⁸ GAMBETTA, Diego. *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*. Cambridge: Massachusetts: Harvard University Press, 1993. p. 37. Alerta o autor ainda para o fato de que: “*In wars where the ruling organizations are joint ventures of looting and fighting, their leaderships may not be interested in peace or any definite victory, and consequently they are not policing corruption. Inspired by recent wars in the Balkans, West Africa and Afghanistan, economists have developed a large number of models of competitive rent-seeking where fighting is an instrument*”. Ver também o texto de JOHNSON, O. E. G. *An economic analysis of corrupt government, with special application to less developed countries*. New York: Kyklos, 1975.

⁹ GROSSMAN, H. I. Rival kleptocrats: The mafia versus the state. In: *The economics of organized crime*. Chapter 6. Fiorentini and S. Peltzman, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p.44. Diz o autor: “*Another case occurred in the Armenia-Azerbaijan war where several companies received trial ammunition, believing it was real, while some military leaders and private traders split the profit they earned by selling the ‘real’ ammunition*”.

¹⁰ RENO, William. *Corruption and State Politics in Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Diz o autor que: “*Most external actors, including Western governments and the World Bank, failed to grasp the actual dynamics of power in Sierra Leone. With their eyes fixed on the formal institutions in the capital, they did not see that real power and authority was wielded through informal political and market networks*” (p. 49).

coletivas e difusas se veem ainda mais pauperizadas, em detrimento de direitos fundamentais e alguns até vitais da população.

Penso poder usar aqui o argumento de Jean-François Médard, no sentido de que, no Brasil em especial, assim como na África, a corrupção esteve sempre associada a um tipo de Estado neopatrimonialista e clientelista, e que a base do seu enraizamento está fundamentalmente localizada na frágil distinção entre interesse público e privado.

No Brasil também o histórico desenvolvimento do Estado se diferenciou em muito da experiência Europeia, haja vista que enquanto nesta a institucionalização do Estado ultrapassou a dimensão do patrimonialismo, chegando até ao estágio weberiano da sua regência legal-racional, aqui se teve exportação-importação de estruturas burocráticas ultrapassadas e retrógradas, que somente fomentaram o aprofundamento de problemas antigos de privatização da esfera pública¹¹.

A existência de uma burocracia viciada e ineficiente sob o ponto de vista de fazer funcionar a máquina pública para o atendimento de demandas coletivas, somada a inexistência de políticas de valorização, qualificação e remuneração adequadas aos servidores públicos, aliado à ausência de revisão das estruturas institucionais dos poderes de Estado – carcomidas por agentes corruptos e desfuncionais por sucateamento e irracionalidade na gestão –, agravam ainda mais o cenário de luta contra a corrupção.

É certo que não se pode pretender trazer para dentro do Estado os melhores quadros de pessoal, desfalcando o mercado das relações de produção e negociais do setor privado, porque isto igualmente geraria outra dependência de expertise para com o primeiro, concentrando poder e decisão novamente (o que só torna circular as redes corruptivas¹²), mas é fundamental que se tenha mecanismos de equalização de tratamento e melhoria da gestão pública, o que não é muito comum encontrar enquanto política pública ordinária por parte dos poderes instituídos. Aliás, sequer o Poder Judiciário – ao menos no Brasil – tem contribuído em muito neste tema, mesmo que se reconheça que *“in countries with honest judiciaries, the most reliable information about corruption is court cases. Courts*

¹¹ MEDARD, Jean-François. La corruption politique et administrative et les différenciations du public et du privé: une perspective comparative. In: *La Corruption l'Envers des Droits de l'Homme*. Borghi and Meyer-Bisch: Éditions universitaires, 2005. Ver também o excelente texto de YALCIN, Edmund; DAMANIA, Robert. *Corruption and Political Competition*. New York: Malmann, 2005.

¹² Não se pode esquecer, como lembra Reno, que o próprio Estado, por diversas vezes, foi usado *“by the elites not only to maintain their political domination, but also for purposes of enrichment”* (RENO, William. *Corruption and State Politics in Sierra Leone*. Op. cit., p. 66).

*are spending huge resources on establishing which transactions have in fact taken place, and to judge whether they have actually been corrupt*¹³.

O problema é que os casos judiciais julgados pelos Tribunais (em especial brasileiros) são poucos se comparados, por exemplo, com as notícias que se têm sobre atos corruptivos praticados todos os dias no País, basta ver os últimos relatórios dos Tribunais Superiores no Brasil envolvendo o tema da corrupção, assim como do Conselho Nacional de Justiça no Brasil¹⁴.

Por seu turno, as instituições de investigação administrativa (Tribunais de Contas dos Estados e da União, mais Controladoria Geral da União e sistemas de controles internos – escassos – de órgãos e departamentos públicos), junto com a polícia civil (federal e estadual), têm desenvolvido ações preventivas e curativas importantes ao longo dos últimos anos no Brasil¹⁵.

As investigações jornalísticas também têm um papel importante nestes temas, haja vista, muitas vezes, a qualidade e quantidade confiável de suas fontes, colocando-a em posição melhor que muitos cientistas sociais e setores de investigação pública. Isto porque, entre outras razões, *“the public exposure of journalists gives them a larger supply of informants. They will often have to handle the data carefully, since good stories demand the naming of actors with the obvious possibility of harming innocent individuals. The risk of being sued necessitates caution”*. E ainda vai mais longe o autor, com o que concordo:

Media sources have their evident biases when comparing corrupt transactions across countries and across time. Firstly, the media will tend to give priority to the more spectacular stories, making the less dramatic but more common practice of corruption less attention. Secondly, and more important, the number of stories on corruption that are reaching the public are not likely to be determined only by how many

¹³ YALCIN, Edmund; DAMANIA, Robert. *Corruption and Political Competition*. Op. cit., p. 29. Ver também o texto de HEIDENHEIMER, Arnold J. (Ed). *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1970.

¹⁴ Consultar os dados do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br>), assim como o interessante Portal da Transparência do Poder Judiciário (<http://www.portaltransparencia.jus.br/despesas>).

¹⁵ Não só no Brasil! Veja-se que: *“In addition to the court cases, the police and other investigation units are producing considerable information about instances of corrupt transactions, also when the information may not be precise enough to win court cases or to fire employees. The quality of this information is highly variable, ranging from cases almost ready to bring to court, to mere rumors”* (LANCASTER, Thomas D.; MONTINOLA, Gabriella R. *Toward a methodology for the comparative study of political corruption*).

*stories that exist out there, but is also a question of press freedom, of the market for corruption stories, the journalistic professionalism and resources available, and various kinds of journalistic bandwagon effects. The bias created is likely to be serious also when it comes to empirical research because of the need to rely on second hand information. This makes it almost impossible to determine whether the perception of increasing corruption levels world wide is based on facts or not, because the main sources used are likely to be strongly influenced by shifts in media attention and public opinion.*¹⁶

Tais investigações denunciam algumas práticas comportamentais que, aparentemente lícitas, portam germens corruptivos gravesos e epidêmicos em face de todo o sistema político e social – em especial o de mercado, entre os quais o chamado tráfico ilícito de influência (que não pode se confundir com o *lobby* político e de mercado lícitos), matéria que passo a abordar.

III - AS DIMENSÕES CRIMINÓGENAS DO TRÁFICO ILÍCITO DE INFLUÊNCIA: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS

Pode-se dizer, de certa forma, que o delito de tráfico ilícito de influência em face da Administração Pública não pertence ao que se pode chamar de núcleo tradicional do Direito Penal no Ocidente, bem como à tradição histórica dos delitos de corrupção – ao menos no sentido de que a dogmática jurídica deu a eles até então, focando-se basicamente nos atos de suborno, prevaricação e malversação de recursos públicos¹⁷. Como diz José Lorente:

¹⁶ BARDHAN, Paul. Corruption and development: A review of issues. *Journal of Economic Literature*, v. 35, p. 1329, 1997. Um pouco mais adiante destaca que: “Media are also important subjects of research on corruption, mainly for political scientists. Some forms of corruption may be considered as a kind of political scandals, and the political effects may often be quite similar to the publication of private misbehavior of politicians or their families. Media are not only important in bringing forward facts about corruption, but also for forming public and scientific perceptions of corruption. Moreover, the media are to a large extent setting the stage for determining the likely political consequences of revealed corruption scandals”.

¹⁷ Neste sentido, ver o trabalho de CUGAT MAURI, Mirian. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs, 1997. É óbvio que sem estes controles, o lobby pode se tornar uma ferramenta poderosa às ações corruptivas, como quer os trabalhos de HARSTAD, Barbara; SVENSSON, Julia. *Bribe or Lobby? (It's a Matter of Development)*. Northwestern University, 2005; DAMANIA, Ronald; FREDRICKSSON, Paul G.; MANI, Martin. The Persistence of Corruption and Regulatory Compliance Failures: Theory and Evidence. *Public Choice Review*, v. 121, p. 363-390, 2004.

Esencialmente porque, como señala Romero de Tejada (2010: 67), “hasta principios de los noventa se consideraba que estas conductas [tráfico de influencias] podían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal”. Aun respetando la opinión técnico-jurídica del citado autor, y dudando de la existencia – con anterioridad a los años 90 – de otras vías jurídicas para hacer frente al fenómeno – sin necesidad de la intervención penal –, a mi parecer, el hecho de que esta clase de delitos no estuviese tipificada obedecía a dos factores fundamentales: el primero a que desde épocas inmemoriales, y especialmente durante el franquismo, las conductas de tráfico de influencias estaban totalmente aceptadas, e incluso institucionalizadas, en la actuación de las Administraciones Públicas – al respecto, en mayor extensión véase Fernández Roca (2012); y, en segundo lugar, a que tales hechos no eran conocidos ni asumidos por la generalidad de la ciudadanía hasta que no fueron objeto de tratamiento por los medios de comunicación a finales de los años 80 del siglo pasado, tal y como seguidamente se expondrá en el texto.¹⁸

A despeito disto, já é possível sustentar com bons argumentos que o tráfico ilícito de influência, no que diz com interesses públicos e privados, tem se constituído em práticas ordinárias notadamente na esfera pública da relação entre Administração Pública e mercado, revelando-se como experiência central neste debate a norte-americana, através dos mecanismos de *lobbies* que possui.

O *lobby* na tradição norte-americana é um instituto político histórico utilizado – ao menos tradicionalmente – no âmbito da formulação de políticas públicas governamentais, desde a formatação do processo legislativo até a execução orçamentária deste, não estando necessariamente vinculado à ideia de pagamento de propinas, subornos, com violações do devido processo legal, favorecimentos ilícitos e mediante paga de promessa, etc., até porque os

¹⁸ LORENTE, José Muñoz. Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 4, p. 74, mar./ago. 2013. Ver também o texto de ZANELLA, Ricardo. Corruzione in Europa: la mappatura delle definizioni. *Cultura dell'integrità nella Pubblica Amministrazione*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n. 5/2011. Disponível em: <http://integrita.sspa.it>. Acesso em: 11 jun. 2013.

controles políticos e jurídicos para evitar este tipo de comportamento também foram se desenvolvendo ao longo do tempo¹⁹.

Mas a verdade é que há uma linha por vezes tênue entre *lobby* e corrupção, tanto em face das motivações que levam os *policy-makers* a acolherem as pressões e manobras dos lobistas, como no que diz com os objetos propriamente ditos destes, tanto que para alguns doutrinadores há certo senso comum social no sentido de que a diferença principal entre *lobby* e corrupção é que o primeiro tem formas já acolhidas pelo sistema jurídico de vários países, com limites e controles mais ou menos eficientes, enquanto que a segunda representa sempre o ilícito e não é aceita pelas normas jurídicas tradicionais²⁰.

Sabe-se, todavia, que isto não é tão simples assim, porque há muitas situações que têm aparência de lícitas, mas buscam objetivos e metas ilícitas, sendo encobertas por estratégias formais de regularidade normativa. Daí a importância da transparência e comunicação dos atos de governo, evitando que se transforme o interesse público em puro mascaramento de projetos e pretensões fundamentalmente privadas. Neste sentido, Annabelle Warren, National Chairperson do Instituto de Relações Públicas do Grupo de Consultorias Registradas Australianas, teve oportunidade de insistir com a tese de que as pessoas deveriam saber quem está falando com os agentes governamentais no âmbito de atividades de *lobby* e a quem representam, pois isto evidenciaria maior cuidado com os interesses públicos²¹.

Veja-se a situação nos países que tem adotado o *lobby* como prática lícita de pressão política e gestão pública. Nestes, o tema do financiamento de campanhas toma relevo distinguido, na medida em que os candidatos beneficiados por estes financiadores já vão criando vínculos pessoais e institucionais, demarcando as possibilidades de *lobbies* que estarão sujeitos; por tais razões é que Francesco Giovannoni questiona: “*One could ask to what extent campaign contributions really*

¹⁹ Ver o texto de AUSTEN-SMITH, Donald.; WRIGHT, Jonh R. Counteractive lobbying. *American Journal of Political Science*, v. 38, n. 1, p. 25-44.

²⁰ Ou seja, *a briber wants to circumvent the law; a lobbyist wants to change it*. LAMBSDORFF, John G. Corruption and Rent-seeking. *Public Choice Review*, v. 113, p. 102, 2002. Adverte o autor, todavia, que: “*The distinction between what is legal and what is illegal, nevertheless, must be determined by the underlying characteristics of the two phenomena, not by the source of such characteristics*”.

²¹ WARREN, Annabelle. *The Regulation of Lobbying*. Sydney: NSW Parliamentary Library Research Service, 2008, p. 45. Lembra a autora que, não raro, “*lobbying was described as a ‘somewhat pejorative term’*. *Lobbyists themselves often prefer terms such as ‘government relations’ or ‘advocacy’ to describe the work they do*”.

differ from bribes as they provide politicians with a direct benefit, especially if those politicians are really more interested in the power provided by the offices they are elected to than in the Money”²². De forma bastante interessante o autor ainda lembra que: “In recent work (Damania, Fredriksson and Mani 2004; Campos and Giovannoni 2007 and 2008; Harstad and Svensson 2010), the distinction proposed is one where corruption is defined as all of those rent-seeking activities directed at rule enforcers while lobbying is rent-seeking activity directed at rule makers”²³. Claro que tal distinção não se afigura absoluta, mas é uma delas, eis que evoluíram tanto as pressões políticas e de mercado em face dos formuladores de políticas públicas como em relação ao executores destas políticas.

Esta situação é tão grave que se poderia questionar se, nos dias atuais, a relação entre *lobby* e corrupção, mesmo que com alvos e objetivos distintos, não se apresentam complementares à ação política tradicional ou hegemônica, ao revés de incompatíveis (uma lícita a outra ilícita). Em artigo publicado no ano de 2008, Nauro Campos já advertia para o fato de que:

Conventional wisdom suggests that corruption is a fundamental barrier to economic development and endemic in developing countries. Examining the vast literature that has emerged in the last two decades or so, one could be excused for thinking that corruption is not just one way to influence policy in poor or developing countries, but it is the only way. Are there any other means? Are these other means more or less effective than corruption? Recent research raises the possibility that one alternative, lobbying, is not only much more prevalent in developing countries than previously

²² GIOVANNONI, Francesco. Lobbying versus corruption. CESifo DICE Report, Bristol University, 1/2011, p. 12, set. 2011. Alerta o autor ainda para o fato de que: “Lobbying has become a blight on public life in NSW. It has a corrosive and corrupting impact on state politics and on local government. It has become a high dollar pathway for powerful, private interest groups to obtain law changes and administrative decisions which are favourable to them and not necessarily in the public interest. It means that high-level decision-making is often skewed in favour of those with the deepest pockets who employ the most artful, persuasive and well-connected lobbyists and it all happens behind closed doors without any real attempt at transparency or accountability”.

²³ Idem. Ver também o texto de POTTERS, Ja; SLOOF, Randolph. Interest Groups: A Survey of Empirical Models That Try To Assess Their Influence. *European Journal of Political Economy*, London, 12, 403-42, 2012. Estes autores referem, com o que concordo, que: “Lobbying is more likely in democratic countries, where the media are independent and in contexts in which the overall political process is more democratic. The opposite scenario is true for corruption. Political instability does not have much of an effect on lobbying but it has a positive effect on corruption” (p. 412).

*thought, but also that it is more effective than corruption as a means of influencing public policy and in supporting the performance of business firms (in terms of sales growth).*²⁴

Por outro lado, é certo que a corrupção é mais barata que o *lobby* – adotando aqui a perspectiva pragmática norte-americana, por exemplo²⁵ –, eis que é oneroso aos lobistas o custeio de ações sistêmicas de articulação política voltadas a mudanças legislativas tributárias, enquanto que no nível da corrupção isto se resolve pagando subornos aos fiscais da receita pública (ou a um fiscal para o atendimento de demanda pontual); ou obter, por tráfico ilícito de influência, favores e benefícios que resultem em vantagens econômicas fiscais. Daí que a opção pelo *lobby* poderia criar véus de legalidade formal e moral absorvíveis pelas regras de conduta individual e coletivas²⁶.

Ainda sob a perspectiva pragmática do tema, a corrupção quando opera com o pagamento de subornos ou trocas de interesses entre os corruptores e corrompidos gera índices de vulnerabilidade imensos a quem paga pela corrupção, porque ela pode não se contentar com o ajustado matricialmente, buscando extorquir mais e mais de quem com ela se comprometeu, já que opera no campo da ilegalidade mesmo – daí a preferência pelo *lobby*. Harstad e Svensson sustentam isto de forma clara ao dizer que: “*Promises by individual bureaucrats not to ask (or extort) bribes in the future are not credible, since such contracts cannot be*

²⁴ CAMPOS, Nauro F. Corruption happens, lobbying rules. Disponível em: <<http://www.voxeu.org/article/development-and-political-influence-corruption-happens-lobbying-rules>>. Acesso em: 8 jul. 2013, p. 2 (grifo meu). Alerta o autor para o fato de que: “*There are, however, some important differences, and they centre on the notions that corrupt practices are illegal, that corruption activities tend to involve bribes or illegal payments and, arguably the most important difference, that corrupt practices tend to directly benefit a small number of ‘users’ (often one individual) while lobbying activities are carried out in order to benefit a group of users that share a specific interest*” (p. 3).

²⁵ Ver o interessante texto de HARSTAD, Bard; SVENSSON, Jakob. Bribes, Lobbying, and Development. *American Political Science Review*, v. 105, n. 1, february 2011, ampliando exatamente esta discussão.

²⁶ É bem verdade, por outro lado, que: “*On the other hand, once lobbyists have succeeded in influencing politicians to their advantage, they can be confident that the law will be difficult to modify. Similarly, we can assume that a corrupt tax inspector will be probably be asking for another bribe at every opportunity. In other words, lobbying will be more expensive, but will also be more effective. The consequence is that lobbying will tend to be chosen over corruption by larger firms and in more developed countries. However, additional consequences of this substitutability can be explored by taking political institutions into account*” (Idem, p. 47 – grifo meu). Mais tarde dem os autores: “*The common argument is that bribery happens in developing economies where the rule of law is questionable, while lobbying is a more civilized activity that brings economic benefits*” (p. 50).

written when corruption is illegal and because firms deal with different officials over time"²⁷.

A Convenção das Nações Unidas de Medida de 2003 impôs aos Estados signatários a tipificação das ações de prometer, oferecer ou conceder a agentes públicos, ou mesmo a qualquer outra pessoa, direta ou indiretamente, indevida vantagem, a fim de que tais pessoas, abusando de suas influências reais ou supostas, busquem obter da Administração Pública (aqui entendida lato sensu), ou de qualquer autoridade pública estatal, quaisquer tipos de vantagens. Vai na mesma direção a Convenção do Conselho da Europa de 1999, que, em seu art. 12, impõe a incriminação dos atos de prometer, oferecer ou procurar, direta ou indiretamente, quaisquer vantagens indevidas, para si ou para terceiro, a título de remuneração, a quem se coloca na condição de exercitar influência sobre decisões de titulares de funções públicas, assim como solicitar, receber ou aceitar a oferta ou promessa de remuneração pelo exercício de influência, independentemente de ser esta efetivamente exercitada ou que surta os efeitos buscados.

De qualquer sorte, todos estes riscos estão associados com o tema da maturidade da Democracia de cada país e de sua Cidadania, notadamente em termos de controles eficientes da gestão pública – internos, externos, sociais, etc.²⁸

Este *tráfico ilícito de influência*, em termos de regulação normativa, foi recentemente ampliado na Itália, notadamente em face das obrigações que assumiu perante o plano internacional envolvendo o combate à corrupção, aprovando a Lei nº 190/2012, que agrega mais disposições ao art. 346-bis do seu Código Penal (CP), introduzindo pela primeira vez a figura do tráfico ilícito de influência, sancionando-o com a pena de reclusão de um a três anos, assim o enunciando:

²⁷ HARSTAD, Barbara; SVENSSON, Julia. *Bribe or Lobby? (It's a Matter of Development)*. Op. cit., p. 382. E vão mais longe quando tratam do lobby, ao afirmar que: "*Even when there is no intention to act corruptly, the nexus between lobbying and the making of a donation or engaging in fundraising creates perceptions of corruption that are difficult to counter*".

²⁸ Para alguns autores, entretanto, "*checks and balances reduce the opportunities for lobbyists to seek special favors because i) they make it more clear to voters who is accountable for policy-making decisions and ii) they provide a process whereby it is more difficult for different politicians to collude at the general public's expense*" (CAMPOS, Norman; GIOVANNONI, Francesco. *Lobbying, Corruption and Political Influence. Public Choice*, 131(1), p. 16, 2007. Não concordo com isto, pois os controles institucionais e sociais não impedem as articulações políticas lícitas.

Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sè o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sè o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita.²⁹

Uma das dificuldades na abordagem deste tema – inclusive sob o ponto de vista dogmático –, em determinadas circunstâncias, é o de demarcar exatamente o significado da conduta incriminada no referido art. 346-bis do CP italiano, em especial em face dos inúmeros riscos de fanfarronice (*millanteria*) de quem se diz ter o poder e a capacidade de fazer algo em termos de influência ilícita, própria nestas situações, oscilando entre a falsidade e a veracidade comportamental (em termos de promessas e efeitos), o que pode induzir contextos de enganos decorrentes de induzimento a erro por parte dos agentes corrompidos e beneficiários³⁰.

²⁹ ROMANO, Carlo. *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 115.

³⁰ Como diz PETRILLO, Pierluigi. *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 44: “La progressiva svalutazione della componente di mendacio della millanteria si è registrata anche nell’orientamento giurisprudenziale, prevalentemente orientato a ravvisare la sussistenza della fattispecie anche là dove l’agente vantasse un credito realmente esistente presso il pubblico ufficiale”. Por outro lado, é interessante também a distinção que a doutrina italiana faz do tráfico ilícito de influência e o lobby, ao dizer que: “Se da un lato, l’attività lobbistica si presta ad essere funzionale allo stesso decisore pubblico, in quanto finalizzata all’elaborazione di una determinazione a basso grado di conflittualità, adottata dopo averne attentamente valutato l’impatto sui destinatari, dall’altro, la peculiare relazione tra il mediatore e le istituzioni porta con sè il pericolo di derive patologiche, anche molto gravi, con il rischio di sovrapposizioni tra condotte lecite e condotte illecite” (Idem, p. 91). Ver igualmente o texto do mesmo autor que se chama:

O problema é que nem se poderia flexibilizar tanto a caracterização do tipo penal nas fatispécies investigadas, sob pena de deixar a descoberto ações corruptivas desta ordem mascaradas por vestes de legalidade, ou liberar outras de juízos de valor negativo em face de dubiedade do comportamento de corruptor e corrompido³¹; tampouco se poderia amoldar qualquer conduta para este fim que não tivesse vínculo e potencialidade corruptiva verossímil, o que evidencia a dificuldade da equação. Por tais razões, a Corte de Cassação italiana entendeu por bem que, em casos similares, mas distintos do disposto no art. 346 do CP, como o chamado *millantato credito*, as exigências normativas eram outras, a saber:

Nel delitto di millantato credito la condotta offensiva ha ad oggetto la vanteria dell'agente di essere nelle condizioni di poter frustrare per personale tornaconto i principi che presiedono all' azione amministrativa a garanzia della collettività amministrata. Non vengono in discussione nè rilevano i rapporti reali o presunti tra l'agente ed il pubblico ufficiale, poiché l'ostentazione di tali rapporti per tornaconto personale definisce la portata offensiva del delitto in esame, essendo essa stessa idonea ad esporre a pericolo l'interesse tutelato. D'altra parte, non può non ritenersi amplificata ovvero esagerata la facoltà di intrattenere rapporti, con il pubblico ufficiale tutte le volte in cui essa venga riferita alla possibilità di determinare l'azione pubblica per il tornaconto personale: in altri termini, l'amplificazione si considera sussistente in re ipsa là dove il soggetto millanti la possibilità, con la sua attività mediatória, di influire sull'attività della p.a.³²

Ou seja, à configuração deste delito é indispensável que o comportamento do sujeito ativo se concretize em efetiva *gabolice*, i.é, uma ostentação clara da

PETRILLO, Pierluigi. Le lobbies della democrazia e la democrazia delle lobbies. Ovvero note minime (e provvisorie) sul rapporto tra parlamento e gruppi di pressione in Italia. Disponível em: www.ildirittoamministrativo.it. Acesso em: 3 jul. 2013.

³¹ Como a própria doutrina italiana adverte, e com ela concordo, há situações em que: “*Spesso il cittadino ricorre all'intervento del mediatore non per ottenere un atto ingiusto dalla pubblica amministrazione, ma un atto magari lecito e anche dovuto, e non ottenuto a causa della lentezza della burocrazia: in questi casi il giudizio di disvalore giuridico o morale si presenta senz'altro con caratteri più sfumati*” (SGUEO, Gianluca. *Lobbying e lobbismi*. Le regole del gioco in una democrazia reale. Milano: Egea, 2012. p. 55).

³² Conforme Sentença Cass. sez. VI, nº 5071/1991, in CED rv., nº 187561 (grifo meu).

possibilidade de influir sobre o servidor público que se apresenta como pessoa capaz de atender os favores que pretende, violando os princípios regedores da Administração Pública, sempre lembrando que: *“L’effettivo svolgimento di un’attività di mediazione può avere l’effetto di escludere l’antigiuridicità della condotta solo quando si tratti di mediazione professionale lecita, e sempre con esclusione di aderenze personali extraprofessionali”*³³.

Todavia, para a situação do tráfico ilícito de influência, o núcleo da conduta incriminada é o desfrute de relação efetiva e real existente entre o corruptor e o setor da Administração Pública capaz de responder a contento com a influência exercitada³⁴, independentemente do resultado das condutas envolvidas.

Ou seja, no caso italiano, a opção do legislador foi no sentido de atribuir relevância penal a só mediação endereçada à realização de um ato contrário aos deveres de ofício, ou à omissão ou ao retardo deste ato da Administração Pública, com isto formalizando especificação que se limita a considerar ilícita a mediação voltada à obtenção de algo indevido (ilícito), independente dos resultados deste agir. Por outro lado, é preciso reconhecer que tal estrutura normativa atribui ao ato contrário aos deveres públicos papel central na tipificação do fato incriminado enquanto elemento que, *per si*, exprime o *desvalor do pacto ilícito*.

Aqui se coloca tema relevante que é o de saber se o tráfico ilícito de influência também alcançaria eventuais manobras individuais para fins de conseguir algum tipo de privilégio ou benefício à consecução de *obiettivo formalmente lícito*! Claro que sim, eis que o bem jurídico protegido é sempre o regular funcionamento da Administração Pública não movida por influências de quem quer que seja – daí a natureza ética e moral que alberga a situação.

Na experiência francesa, o atual Código Penal alterado recentemente pela Lei nº 1.598/2007 enriqueceu sobremaneira o tratamento dado ao tema dos atos corruptivos como ilícitos penais – notadamente em face do cenário até então existente no Código de 1992 –, eis que aqui o legislador disciplinou diferentes espécies autônomas de crimes de corrupção, distinguindo entre o

³³ D’AVIRRO, Antonio. *I nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione*. Roma: Giuffrè, 2013. p. 51.

³⁴ Para tornar mais clara a distinção: *“Se, infatti, la nuova fattispecie si pone senz’altro come avamposto di futuri accordi illeciti, in un’ottica di tutela anticipata dei medesimi beni giuridici – prevedendo anche la punibilità di chi dà o promette il compenso indebito al mediatore – il millantato credito sembra poter recuperare la sua connotazione originaria di fattispecie posta a tutela del prestigio della pubblica amministrazione, nonché degli interessi del privato vittima dell’inganno”* (ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi. *La Corruzione tra privati*. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Roma: Giuffrè, 2003. p. 44).

tráfico de influência passivo e ativo do privado (arts. 433-2, 1, e 433-2, 2); tráfico de influência cometido por pessoa que exerce função pública (arts. 432-11, 2 e 433-1, 2); bem como o tráfico de influência realizado com o fim de obter vantagens de sujeitos investidos de função pública de determinada organização administrativa ou atividade judiciária (art. 434-9-1). As condutas incriminadas apresentam estrutura enunciativa razoavelmente comum, consistindo tais tipos em:

*Fait de solliciter ou d'agréer, a tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui – même ou pour autrui, afin d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, de marchés ou toute autre décision favorable e nel fait de céder aux sollicitations prévues au premier alinéa ou de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses [...] afin qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée [...].*³⁵

Nesta linha de tratamento, visa à legislação francesa punir desde já os pactos associativos que buscam o tráfico de influência à obtenção de privilégios e benefícios – financeiros ou não –, não importando se são exitosos tais empreendimentos, pois a mera tentativa já configura o ilícito corruptivo sob comento. É o que diz Veron: “*Comme la corruption, le trafic d'influence est consommé par le pacte conclu et indépendamment de ses suites. Il importe peu que la faveur ne puisse être obtenue, notamment parce que l'intermédiaire surévalue ou suppose une influence dont il ne dispose pas*”³⁶.

Veja-se que os franceses trataram de ampliar a sanção nos casos de tráfico de influência passivo qualificado (art. 432-11, 2, do CP) quando o ato é praticado

³⁵ VERON, Michel. *Droit Pénal Spécial*. Paris: Masson, 2008. p. 372. Na mesma direção ver o texto de SUNG, Harold E. Democracy and Political Corruption: A Cross National Comparison. *Crime, Law and Social Change Review*, New York, n. 41, 179-94, 2004.

³⁶ Idem, p. 386. Ratifica esta percepção DAVIGO, Paolo. *La Corruzione in Itália*. Percezione Sociale e Controllo Penale. Roma/Bari: Daltricc, 2008. p. 82: “*A differenza, infatti, del traffico d'influenza previsto dall'art. 346 bis del codice penale italiano, che individua specificamente i risultati illeciti presi di mira dall'attività d'intermediazione, il legislatore francese pone l'accento esclusivamente sui mezzi di persuasione “abusivi” che l'intermediario si propone di utilizzare – e che di riflesso rendono illecito il fenomeno dell'intermediazione – e non sui risultati oggetto della pattuizione, che possono essere, come tali, leciti o addirittura dovuti*”.

“par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public”, referindo-se com a expressão *sans droit* à violação das normas que regulam o exercício da função pública.

É interessante notar, como diz Paolo Davigo, que na Itália o Código Penal optou por tratar a condição qualificada de servidor público nos crimes de tráfico de influência como mera circunstância agravante, enquanto que o legislador francês *“ha scelto di disciplinare il traffico passivo d'influenza ‘qualificato’ come fattispecie autonoma di reato, prevedendolo nel medesimo articolo di legge della corruzione passiva e sottoponendolo allo stesso trattamento sanzionatorio di quest’ultima, sul presupposto che si tratti, in entrambi i casi, di offese all’amministrazione pubblica commesse da soggetti qualificati”*³⁷.

Ainda na França o quadro normativo que trata do tráfico ilícito de influência viu-se enriquecido com a edição da Lei nº 1.598, de 13.11.2007, que introduziu, de um lado, o chamado tráfico de influência jurisdicional (art. 434-9-1 do CP – *trafic d’influence juridictionnel*), e, de outro, tipificação penal do mesmo tráfico que envolve as Administrações Públicas dos Estados estrangeiros e das organizações internacionais (arts. 435-2 e 434-4, ambos do CP francês); assim como o tráfico que ocorre no âmbito das jurisdições externas e nas Cortes Internacionais (arts. 435-8 e 435-10 do CP).

Já na experiência espanhola importa dar destaque à nova Lei Federal nº 5, de 22.06.2010 – com vigência a partir de 23.12.2010 –, que trouxe reformas ao Código Penal no que tange ao tema do tráfico ilícito de influência, mesmo antes do novo governo que se instalou na Espanha em 2012, com compromissos ao menos anunciados de combate da corrupção endêmica por que passam as relações de poder daquele país³⁸. Esta nova legislação tem em conta que o delito de tráfico ilícito de influência é, por vezes e não raro, de difícil comprovação, não só pelo fato de contar com associações criminosas e relações intersubjetivas entre corruptor e corrompido, mas pelo fato destes ajustes alçarem-se a condição de negócios jurídicos perfeitos pelos ajustes de vestes de legalidade proporcionados

³⁷ *Idem*, p. 95.

³⁸ Veja-se o discurso do Presidente do Governo, D. Mariano Rajoy, no chamado *Debate sobre el estado de la Nación*, de 20 de fevereiro de 2013 (*Jornal El País*, edição de 8 de março de 2013). Há muitas críticas sobre a posição atual deste governo neste ponto eis que no anteprojeto de Código Penal que apresenta em final de 2012 nada refere em termos de: *“Endurecimiento de las penas, agilización procesal de los casos de corrupción y aumento del plazo de prescripción de este tipo de delitos. Propongo una reforma del Código Penal para endurecer las penas previstas para estos delitos”* (parte do discurso do Presidente do Governo).

pelos seus agentes, conferindo aparência de regularidade formal a muitos processos corruptivos desta natureza.

O marco regulatório penal espanhol no particular se estrutura a partir de duas diretrizes fundamentais expostas nos arts. 428 a 430 do Código Penal – CP³⁹, as quais prevêm, de um lado, o tráfico ilícito de influência do funcionário público e do privado; de outro, o chamado oferecimento de influência. A escolha do legislador espanhol se caracteriza pelo fato de incriminar somente o tráfico ilícito de influência passivo, não dispendo nada sobre a punibilidade do adquirente da mediação ilícita, como previsto nos Códigos francês e italiano.

O modelo adotado, seja no âmbito do art. 428 ou art. 429, centra-se sobre a conduta de quem – funcionário público ou privado – exerce influência sobre funcionário público ou autoridade para conseguir a solução que lhe pode gerar, direta ou indiretamente, benefícios econômicos para si ou para terceiro. Ou seja, a legislação exige, de forma expressa, que a vantagem que se busca conseguir através do tráfico ilícito de influência tem de ser econômica, sem precisar (como o faz o art. 346 do CP italiano⁴⁰) o conteúdo do injusto ou justo da decisão pública decorrente (seu resultado). Na dicção de Alvarez García,

³⁹ “Art. 428. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

Art. 429. El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

Art. 430. Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año.”

⁴⁰ “Art. 346. Millantato credito – Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale o presso un pubblico impiegato che prestì un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sè o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da un anno a cinque anni e con la multa da lire seicentomila a quattro milioni. La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da lire un milione a sei milioni, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sè o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare.”

*la conducta de tráfico de influencias en sentido estricto, tal y como la hemos denominado aquí, consiste en, aprovechándose de determinadas relaciones con un funcionario o autoridad, influir o intentar influir en él a fin de obtener una resolución que reporte un beneficio económico directo o indirecto a quien influye o a un tercero. Cuando la conducta se lleva a cabo por un funcionario público (art. 428 CP), esto es, cuando el influyente es un funcionario público, la pena es sensiblemente superior que cuando el influyente es un particular (art. 429 CP).*⁴¹

Mas que tipos de atos administrativos se enquadram no conceito de *resolução* desta tipologia penal espanhola? Há uma crítica pontual da doutrina especializada que enfrenta esta matéria, dizendo que tal deve ser entendida como todo

*acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos de los administrados sin necesidad de que ponga fin a un procedimiento administrativo. Se excluyen, por tanto, del concepto de resolución los actos de trámite sin contenido decisorio, los informes, consultas, circulares y dictámenes, aunque se incluyen las órdenes verbales.*⁴²

Tal compreensão é insuficiente, pois o preceito não reclama que se estabeleça uma resolução para configurar o tipo, mas que se a persiga ilicitamente; e é crível admitir que uma boa forma de se conseguir esta, para os fins de favorecer alguém, é influir sobre o funcionário encarregado de realizar um parecer ou dar uma consulta no sentido de que elabore sua manifestação favoravelmente às pretensões colimadas. Em outras palavras:

L'esigenza di circoscrivere l'ambito della punibilità alle sole condotte idonee a esercitare un'effettiva pressione psicologica sul funzionario pubblico ha portato la giurisprudenza, da un lato, ad escludere che la mera raccomandazione o il suggerimento possa rientrare nell'ambito di applicazione della

⁴¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. La reforma de 2010 del Código penal. *Eunómia, Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 1, p. 78, 2011 (grifo meu).

⁴² MARTÍNEZ ARRIETA, Alejandro. Delitos de tráfico de influencias. In: CONDEPUMPIDO TOURÓN, Carlo (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Barcelona: Bosch, t. IV, 2010. p. 119.

*norma, dall'altro che la condotta possa essere realizzata in forma omissiva, da momento che difficilmente l'occultamento di circostanze conosciute può essere tale da alterare il processo decisionale del funzionario.*⁴³

Em qualquer caso, a realização de efetiva vantagem não se coloca como requisito caracterizador do delito, mas é prevista pelo legislador como mera circunstância agravante⁴⁴. Quanto à modalidade de realização da referida influência, exige-se que esta deva advir abusando de uma situação de superioridade derivante das faculdades do cargo envolvida na espécie, ou de qualquer outra situação oriunda da relação hierárquica existente. Trata-se, como é evidente, de uma fórmula particularmente ampliada de interpretar-se restritivamente como tráfico ilícito de influência somente aqueles comportamentos que pressupõem verdadeira exploração do funcionário público e um forte condicionamento da sua liberdade decisional.

Veja-se que, na tradição espanhola, resta muito claro que o bem jurídico protegido pela tipificação penal do tráfico ilícito de influência é o *“correcto funcionamiento de la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública”*⁴⁵. E isto é muito importante para

⁴³ MERENDA, Ilaria. Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi. *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, Milano: Luca Santa Maria, p. 14, febbraio 2011. Diz a autora ainda que: *“Le proposte di legge presentate in Italia, nel tentativo di disciplinare la tematica, sembrano perseguire sia ‘esigenze’ di trasparenza, con l’obiettivo di rendere conoscibili per il cittadino i molteplici fattori che incidono sulla formazione degli atti normativi e degli atti amministrativi generali del Governo, sia di partecipazione, con la finalità di permettere ai rappresentanti di interessi non generali di intervenire nei processi decisionali dell’Esecutivo in condizioni di parità di trattamento»; a tutt’oggi, però, nessuna di queste ha avuto esito positivo, con la conseguenza che le c.d. lobbies continuano a partecipare ai processi decisionali in modo tendenzialmente occulto, con evidenti profili di criticità per la tenuta complessiva del sistema”*.

⁴⁴ Como diz ALONSO PÉREZ, Fernando. *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 218: *“No es necesario para la consumación del delito que dicha influencia tenga sus frutos, es decir, no es necesario que el funcionario se vea afectado en el proceso motivador, ni que emita una resolución en el sentido pretendido por el influyente, ni, por supuesto, que haya un beneficio económico real y efectivo (si este último existe, se considera como agotamiento del delito y da lugar a la imposición de las penas en su mitad superior, tal y como se establece expresamente en los tipos); para que el delito se consume basta con que la influencia sea idónea para conseguir la resolución y el beneficio económico”*.

⁴⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, Andres. Delitos de tráfico de influencias. In: CONDEPUMPIDO TOURÓN, Carlo (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Barcelona: Bosch, t. IV, 2007. p. 119. O autor ainda destaca que: *“La diferencia con el cohecho estriba en que, en el tráfico de influencias la imparcialidad se ve lesionada a través de mecanismos o elementos distintos a las dádivas o promesas (más concretamente, a través de las relaciones personales con un funcionario) y, en consecuencia, los tipos de tráfico de influencias, como ya se señaló, no se superponen – ni son innecesarios – sino que se complementan porque en la dinámica delictiva de la corrupción uno abarca lo que el otro no abarca. Más concretamente, en el tráfico de influencias en sentido estricto*

se destacar o interesse indisponível que busca proteger a legislação, o que torna a responsabilidade civil e pecuniária para o ressarcimento dos danos causados também maior, para além da penal, e suas repercussões no patrimônio civil e político dos agentes envolvidos (suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com a Administração Pública, de fazer concursos públicos, etc.).

E é em face disto que não se afigura necessário que a influência se dirija diretamente ao funcionário público que tem o poder de decisão sobre a matéria almejada, mas o tipo penal admite o denominado tráfico de influência em cadeia (*en cadena*), ou seja, a influência se dá sobre um funcionário ou particular para que este, por sua vez, exerça influência sobre o servidor público que finalmente tem o poder de decisão finalístico sobre o objeto pretendido. Como refere Díaz-Maroto y Villarejo:

*Esta es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa. Todos los miembros de "la cadena" pueden ser considerados autores del delito. En este sentido, es necesario de nuevo hacer notar cómo resulta ciertamente curioso que todos los funcionarios intervinientes en la cadena respondan penalmente como autores por el delito de tráfico de influencias y, sin embargo, no lo haga el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución y que se deja influir por los demás; esto es, el último eslabón de la cadena.*⁴⁶

Apesar desta compreensão alargada das redes corruptivas, há certo retrocesso de tratamento da matéria em situações nas quais o servidor tem conhecimento do tráfico ilícito de influência e não o denuncia, haja vista que inexistente neste particular clara posição jurisprudencial e normativa na Espanha, sendo o servidor público somente obrigado a denunciar eventuais irregularidades que toma conhecimento quando a lei assim dispõe – como no caso dos inspetores da Fazenda Pública em face de irregularidades ou ilícitos fiscais⁴⁷. Independentemente disto, o art. 93.3 do Estatuto Básico do Empregado Público espanhol estabelece que “*incurrirán en responsabilidad [disciplinaria] los*

lo que se intenta tutelar es el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente – y sin la presencia de dádivas o promesas propias del cohecho – en la toma de decisiones”.

⁴⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias. *Diario La Ley*, n. 7286, p. 4, 29 mar. 2012.

⁴⁷ *Idem*, p. 8.

funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”; nada referindo sobre o encobrimento de delitos.

Importa referir, por outro lado, a possibilidade de se aplicar multa ao servidor que encobre condutas desta natureza, nos termos dos arts. 259 e 262 da chamada *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, notadamente em face da omissão da denúncia de delitos públicos de que tiveram conhecimento em razão do cargo ocupado⁴⁸. Todavia, esta penalidade é meramente sanção disciplinar, e não de natureza criminal.

Outro problema é que a incriminação destes ilícitos geralmente atinge quem é beneficiado por estas mediações ilícitas do tráfico de influência – como vem previsto na legislação francesa e italiana⁴⁹.

O que não se pode dizer, como querem alguns, é que estas condutas penalmente reprováveis possam ser estágios prévios à concreção de outros delitos mais tradicionais e relacionados igualmente à corrupção política e administrativa, como a prevaricação ou o suborno, configurando, então, mero *“refugio al que acudir cuando no sea posible probar la concurrencia de todos los elementos típicos de esos otros delitos de corrupción con mayor arraigo histórico”*⁵⁰.

Como se viu, o tráfico ilícito de influência tem ganhado corpo conceitual e operacional próprio nas legislações internacionais, porque efetivamente contamina relações jurídicas em que o interesse público resta vitimizado por interesses escusos e privados. O problema é que tal conduta, enquanto espécie do gênero corrupção,

pertenece a ese género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes – unidas por cierta “relación de confianza

⁴⁸ Diz o art. 259 expressamente que: *“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo”*.

⁴⁹ Neste ponto ver a excelente crítica de TOLEDO Y UBIETO, Ramiréz. Los delitos relativos al tráfico de influencias. *Revista La Ley*, n. 5, 1518, 1998.

⁵⁰ Vale a advertência de MORALES PRATS, Fernando; RODRÍGUEZ PUERTA, Marco J. Delitos de tráfico de influencias. In: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentarios al Código Penal Español*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters, t. II, 2011. p. 1255.

o incluso de buena fe" en esos "negocios recíprocos" – de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba.⁵¹

Por outro lado, não se pode descurar de alguns aspectos sutis envolvendo a matéria, tal qual o caso das chamadas *recomendações* entre pessoas que tenham vínculos funcionais com o serviço público e hierárquicos entre si, haja vista que, por mais singela que esta seja, em determinados ambientes e envolvendo determinados sujeitos (com níveis de poder e decisão impactantes para o cenário construído), podem ser consideradas pelo funcionário que as recebem não como mera sugestões de comportamentos ou condutas, mas com tamanha influência e temor que se afiguram como ordens diretas e cogentes. Até mesmo simples pedidos de informações podem tomar esta magnitude e importância, razão pela qual a condição dos agentes que se envolvem em tais contingências e suas circunstâncias particulares precisam sempre ser cotejadas. Neste ponto é que se sustenta a necessidade de, sempre, se examinar

la existencia de prevalimiento, esto es, la capacidad que pueda tener esa recomendación para "doblegar" la voluntad del funcionario y que éste no actúe de acuerdo con los principios de objetividad, imparcialidad, correcto funcionamiento de la Administración y, también, igualdad que es la base de todos esos otros principios.⁵²

Já na experiência portuguesa a figura do tráfico ilícito de influência remonta às Ordenações Reais (Manoelinas e Filipinas), envolvendo desde práticas de obtenção de benefícios por parte da Administração Pública burocrática e ineficiente da Corte (com a figura típica do *concerto para agência*⁵³), passando por

⁵¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, Juan L. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Eguzkilore*, n. 17, p. 6, 2003.

⁵² MARTÍNEZ GALINDO, Giuliani. El delito de tráfico de influencias en la Administración Local. *La Ley Penal*, Madrid, n. 22, p. 36-50, 2005, p. 67. Sempre lembrando que: "El precepto eleva a la categoría de delito consumado las meras tentativas de influencia preavaliándose de las circunstancias descritas sin que sea necesario que el sujeto influido acceda a llevar a cabo lo que se le pide; en otros términos, para que se consume el delito no es necesario un 'acuerdo de voluntades' entre influyente e influido (aunque ese 'acuerdo de voluntades' suele ser lo habitual en estas dinámicas delictivas debido a las relaciones entre influyente e influido)". Em seguida reforça o autor: "Para la consumación del delito no se precisa que se obtenga la resolución pero sí la finalidad de obtenerla; la resolución – evidentemente beneficiosa en un sentido económico – sería el ánimo tendencial del sujeto activo, no el resultado típico" (grifos meus).

⁵³ Título 70º do Livro 5º das Ordenações Manuelinas – Título LXX.

agenciamento de decisões judiciais (*compra e venda de desembargos*⁵⁴), até chegar ao Código Penal português de 1852, com a figura do *mercadejar influência* (art. 452º), e assim no de 1886 – art. 452º, sendo que no Código Penal de 1982 o tráfico de influência foi abolido, retornando somente no Código Penal de 1995 (art. 335º)⁵⁵.

Em rico trabalho realizado por Carlota Figueiredo, há o registro de que:

A norma que incrimina o crime de tráfico de influência surgiu em Portugal, em 1995, inspirada pelos Códigos Penais francês e espanhol, que tipificaram estes comportamentos pela necessidade de punição sentida pela opinião pública. A credibilidade dos Governos estava fragilizada devido aos abusos no seio da Administração. A criminalidade de “colarinho branco” era já reconhecida por todos como destruidora da confiança dos cidadãos no Governo e na Justiça, consequência dos crimes de corrupção cometidos no seio da atividade política, à qual faltavam critérios de transparência e legalidade.⁵⁶

Quero analisar, agora, como está tratado o tráfico ilícito de influência no Brasil.

IV - O TRÁFICO ILÍCITO DE INFLUÊNCIA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O tráfico ilícito de influência, antes de se constituir em tipo penal com sanção criminal consecutória, tem de ser compreendido como fenômeno cultural, político e social, porque envolve, sem sombra de dúvidas, hábitos e costumes

⁵⁴ Livro 4º das Ordenações Filipinas, Título 14.

⁵⁵ CAVALEIRO FERREIRA, Manuel. Crimes de corrupção e de concussão. *Scientia Iuridica*, Braga: Editorial Scientia & Ars, t. X, n. 52, p. 209-211, mar./abr. 1961, p. 13-18. Lembra Carlota Figueiredo que esta norma do Código Penal de 1995 (art. 335º) já não contempla a solicitação de bens e também não integra os bens não patrimoniais como uma vantagem. A influência suposta já não faz parte do tipo, apenas a real, e também já não existe punição do uso da influência para obter decisões legais, apenas se incriminando o exercício de influência para conseguir decisões ilegais. (FIGUEIREDO, Carlota Rocha. Tráfico de influência: análise crítica da incriminação. Dissertação de Mestrado Forense, apresentada junto à Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, em março de 2012, p. 9 – cópia cedida pela biblioteca da Universidade).

⁵⁶ FIGUEIREDO, Carlota Rocha. *Tráfico de influência: análise crítica da incriminação*. Op. cit., p. 7.

incorporados no cotidiano das relações sociais e institucionais, mesmo quando ausente a intenção de locupletamento indevido.

Não quero dizer com isto que seja possível atribuir a tais comportamentos causas naturais da espécie humana ou mesmo desvios de caráter e personalidades inexoráveis em face de externalidades indutoras próprias de certos modelos de mercado e política.

Ao contrário, penso que há multifacetadas variáveis constitutivas daquele fenômeno, que precisam ser percebidas em âmbitos e significados complexos próprios, para que se possa então dimensionar a expressão criminógena da espécie, o que fiz em trabalho específico sobre a matéria⁵⁷.

Agora, nos limites deste texto, quero avaliar como a doutrina e a jurisprudências no Brasil tem se ocupado deste debate, a começar por alguns já considerados clássicos penalistas nacionais (Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Nelson Hungria, etc.), eis que aqui se alojam elementos reflexivos que constituíram notadamente a geração pós-1984 (reforma do Código Penal brasileiro mais intensa no século XX).

Antes deste período, a verdade é que a legislação penal brasileira sofreu muitos atrasos no seu processo de modernização, basta ver que até o Código de 1984 vigia em grande parte a Consolidação Piragibe de 1932 (cuja autoria foi a do Desembargador Vicente Piragibe), com o sentido fundamentalmente de ordenar à consulta da lei penal no país, sem preocupações sistêmicas e reflexivas aprofundadas, pois vigente estava o Código Penal de 1890. Esta consolidação, pois, ainda revelava o quanto era insatisfatória a própria legislação penal brasileira⁵⁸.

A partir do Projeto Alcântara Machado (1938) é que se esboçou o Código Penal de 1940, de cuja elaboração encarregou-se comissão integrada por Narcélio

⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

⁵⁸ Desde a promulgação do Código Penal de 1890 por certo que advieram projetos tendentes à sua substituição, entre eles o de Virgílio Sá Pereira, com as contribuições de Evaristo de Moraes e de Mário Bulhões Pedreira. Ver o texto de SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, 2003. Ver também o texto de ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. *A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. Justiça e História*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003.

de Queiroz, Vieira Braga e Nelson Hungria, contando ainda com a colaboração do penalista paulista Antônio José da Costa e Silva.

Neste Código de 1940, o tema do tráfico de influência vinha tratado como *exploração de prestígio*, tanto nos crimes contra a Administração em geral, praticados contra qualquer funcionário público (art. 332), como crime contra a Administração da Justiça, relacionado a funcionários a ela vinculados (art. 357). Nélson Hungria lembra que:

Tal incriminação, fora do quadro do estelionato, foi, como acentua a “Exposição de motivos” do Ministro Campos, uma inovação introduzida em nossa legislação penal pelo legislador de 40, inspirado no Código italiano; mas remonta ao Direito romano, que incluía o fato, sob o nome de *venditio fumi* (atribuído a *fumus*, aqui o sentido metafórico da jactância, da inculcação de prestígio, ou de promessa vã), na classe amplíssima da injúria, notadamente quando em jogo a reputação de juízes (“*si qui de iudicis amititiis vel familiaritate mentientes eventus sententiarum vendunt...*”).⁵⁹

As lições de Heleno Claudio Fragoso neste particular são muito interessantes, na medida em que lembra que a exploração de prestígio era desconhecida da experiência normativa e dogmática do Direito Penal brasileiro, aproximando-se em muito do estelionato o fato descrito no então art. 332 do Código Penal de 1940 (“Obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público no exercício da função”). O objeto da tutela jurídica aqui é o prestígio da Administração Pública, “pois a atividade que a lei incrimina a expõe ao descrédito e ao desprezo, enquanto leva a crer que as decisões dos agentes do poder público inspiram-se em motivos subalternos”⁶⁰.

⁵⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Artigos 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 1958. p. 426.

⁶⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 4º v., 1959. p. 969. Assim também na experiência italiana antes referida, expressamente apontada por MONTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte Generale. Roma: Cedam, 2011. p. 88: “*Il bene giuridico protetto, secondo l’indirizzo giurisprudenziale dominante, è quello del prestigio della pubblica amministrazione compromesso dalla condotta millantatoria destinata a creare l’apparenza della corruttibilità dei funzionari pubblici*”. Da mesma forma NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1985. p. 310 e ss.

Referindo-se a Carrara, Fragoso concorda com ele quando lembra que o caráter político deste crime pode não consistir em um perigo real à Administração, mas implica descrédito a que a leva ante a opinião pública ao fomentar no povo a crença fatal de que por meio de empenho, proteção e dinheiro de alguns se mova a justiça e a própria Administração.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul há tempo vem tendo esta posição, quando afirma que

cometem o delito previsto no art. 332, parágrafo único, do Código Penal, os agentes que solicitam dinheiro de cidadãos, a pretexto de influir no comportamento funcional vistoriadores do Detran-RS, a pretexto de influir no comportamento funcional de policiais civis, afirmando que o numerário também seria destinado a estes.⁶¹

Para Fragoso, o sujeito passivo é sempre e exclusivamente o Estado ou a Administração Pública, eis que a pessoa que dá ou promete vantagem ao agente é lesada e será, no máximo, sujeito passivo secundário, mesmo não agindo de boa-fé, sob o argumento de que este estaria praticando um crime putativo (participação em corrupção ativa)⁶².

Na mesma direção Néelson Hungria, ao dizer que o interessado na mediação não responde pelo crime, “não pode ser co-partícipe do crime de obter vantagem ou promessa de vantagem. O que lhe poderia ser imputado (quando não se trate de um rematado ignorante) é a suposta participação numa imaginária corrupção ativa (isto é, a prática de um crime putativo, que escapa à punição)”⁶³.

⁶¹ Diz a ementa do julgado: “Tráfico de influência. Comete o delito previsto no art. 332, parágrafo único, do CP, os agentes que solicitam dinheiro de cidadãos, a pretexto de influir no comportamento funcional de vistoriadores do Detran-RS, insinuando que o numerário também seria destinado a estes. Condenação mantida” (TJRS, Apelação nº 70028836716, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo, julgada em 26.11.2009). Ver igualmente a Apelação Cível nº 70027719947, julgada em 13.05.201, também pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator o Desembargador Constantino Lisboa de Azevedo.

⁶² *Idem*, p. 970.

⁶³ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Op. cit., p. 428. Aqui, entretanto, há divergência doutrinária, eis que BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 223, sustenta que não se pode deixar de considerar na espécie a participação do beneficiado da venda do prestígio falso, eis que parte diretamente interessada no resultado da ação, podendo configurar o seu comportamento elemento que concorre de qualquer modo à prática do ilícito – nos termos do art. 29 do Código Penal, o que vou tratar mais adiante.

De qualquer sorte, resta claro que se trata o argumento que funda a exploração de prestígio verdadeira fraude, cujo artifício empregado é exatamente o pretexto de influir em funcionário público, pois, se o agente está conluiado com o servidor público, aí estará caracterizada a corrupção na qual participa como coautor o próprio interessado. Então para configurar o delito mister é que “o agente, alegando prestígio junto ao servidor público, obtenha vantagem ou promessa de vantagem (patrimonial, moral, afetiva, sexual, social, profissional, etc.), como preço de sua mediação”⁶⁴.

Tanto é verdade isto que o momento consumativo do delito para Fragoso é o do lugar em que o agente obtém ou recebe, alcança ou consegue a vantagem ou promessa de vantagem, para influir no servidor, no exercício da sua função, independentemente de qualquer outro resultado, sendo indiferente que a iniciativa tenha partido do agente ou do interessado. O mesmo diz Hungria, indo mais adiante:

O crime consuma-se no momento da obtenção da vantagem ou promessa de vantagem. Não é necessário, sequer, que seja indicado nominalmente o funcionário a cujo respeito se arrota prestígio ou se faz acreditar em venalidade. Não será excluído o crime ainda que inexistia o funcionário a que se refira o agente. O que é necessário é que o interessado esteja convencido, ou se deixa convencer, pela pabulagem do agente, que este vai obter o favor pretendido junto à Administração Pública.⁶⁵

No ponto Bitencourt lembra, citando Magalhães Norona, que este delito pode se dar em face do *silêncio* do agente criminoso, e isto se dá naquelas situações em que “mal-informado, o pretendente a um fato dirige-se-lhe, supondo-o influente, e ele silencia, aceitando a vantagem ou sua promessa. Claro que o silêncio é ratificação do que aquele supõe”⁶⁶.

⁶⁴ Veja-se que já na metade do século XX Néilson Hungria advertia para o fato de que: “A vantagem, dada ou prometida, pode ser, ou não, de caráter econômico. Como tal se terá de identificar até mesmo a prestação sexual ou a oferta de um título honorífico” (HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal*. Op. cit., p. 428).

⁶⁵ Idem. Diz ainda o autor que: “O elemento subjetivo é a vontade de obter a vantagem ou promessa desta, sabendo que não tem prestígio para influir no funcionário ou que este não é acessível a suborno, ou mesmo desconhecendo-o, ou não passando êle de produto de sua imaginação” (p. 429).

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Op. cit., p. 224.

É interessante lembrar, como o faz Magalhães Noronha, que é comum neste delito que o servidor público sobre quem recai o argumento do falsário não seja revelado – pode até nem existir –, eis que isto torna mais difícil a apuração do ocorrido; ademais, “o tom de reserva, de sigilo, etc., é próprio desse gênero de mercancia. Conseqüentemente, não se desnatura o delito, se o funcionário pseudocorrupto não existe ou é imaginário”⁶⁷.

O Brasil é palco de inúmeros cenários de tráfico ilícito de influência, os quais, muitas vezes, são matérias jornalísticas que divulgam:

Lobista trapalhão – MP apura se acusação de empresário é chantagem contra o Ministro Serra – Andrei Meireles

Dono do maior escritório de *lobby* de Brasília, o empresário Alexandre Paes Santos acusou altos funcionários do Ministério da Saúde de integrarem um esquema de corrupção, não apresentou provas e virou alvo de investigação do Ministério Público e Polícia Federal por tentativa de chantagem ao ministro José Serra. Santos começou a se complicar quando a jornalista Alba Costa Chacon – sócia da empresa Informe RRN Comunicação e Marketing que tem entre seus clientes o Ministério da Saúde – relatou a assessores de Serra e ao subprocurador da República José Roberto Santoro uma conversa explosiva que teve com o lobista no dia 6 de setembro.

De acordo com Alba, Santos lhe mostrou uma fita que teria uma gravação feita no restaurante brasiliense Trastevere em que o chefe da Secretaria de Assistência à Saúde do ministério, Renilson Rehem de Souza, aparecia cobrando propina de um representante de uma multinacional de medicamentos para o caixa eleitoral de Serra. Com base nesse depoimento, um inquérito foi aberto na PF que obteve um mandado judicial de apreensão e busca da fita.

Os agentes federais apreenderam nove gravações, mas nada com funcionários da Saúde. “Não falei e nem

⁶⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Op. cit., p. 312.

mostrei gravação alguma. Disse apenas que ouvi em São Paulo, em conversas com dirigentes de laboratórios, que se estava cobrando propina no Ministério da Saúde”, defende-se Santos, que admite ter comentado o fato com Alba em seu escritório.

Até que o caso fosse parar na polícia, Alexandre Santos era o responsável pelo relacionamento com o governo federal do laboratório multinacional Novartis Biociências. Ele é lobista de várias grandes empresas estrangeiras como a Monsanto e a Johnson & Johnson. Está agora empenhado na venda ao Ministério da Aeronáutica de caças suecos Saab Gripen, da empresa Saab Aerospace, que também contratou os serviços da Informe RRN de Alba. Trata-se de um negócio de US\$ 700 milhões.

Com base nas gravações e numa agenda com anotações de conversas com políticos e clientes, o Ministério Público investiga outros negócios com a participação de Alexandre Santos. Ele já havia se envolvido em uma confusão em 1998, quando acusou o lobista Anchieta Élcias de intermediar uma tentativa de extorsão do deputado Luiz Piauhyllino (PSDB-PE) contra a TBA Informática. Desta vez, a enrascada é maior. Com todo o seu poder, o ministro José Serra está exigindo uma punição exemplar. “Se houve chantagem ao ministro da Saúde, o remédio é cadeia”, diagnostica o subprocurador José Santoro.⁶⁸

Trago este exemplo para problematizar um pouco a tese de Bitencourt, no sentido de que seria preciso levar em consideração a figura do concurso de pessoas do art. 29 do Código Penal, neste tipo de delito, para os fins de potencializar a responsabilidade penal do comprador de ilusões e falsidades (que é o beneficiado; aquele que oferece ou promete a vantagem ao sujeito passivo tradicional do crime).

⁶⁸ Matéria da Revista Isto É Independente, publicada em 24 out. 2001. Disponível em: <<http://www.istoe.com.br/reportagens/42376>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

Diz o autor que não se pode aceitar o argumento de que aquele beneficiado pela compra ou promessa de vantagem em face do funcionário público estaria, em verdade, diante do engodo em que é envolvido, praticando crime putativo, isto porque a vantagem a que se refere o tipo penal configura explícita propina – móvel do crime. Esta propina, assim, não tem nada de ilusória ou falsa, é verdadeira, tanto que o beneficiado pode vir a ter prejuízos patrimoniais (materiais ou imateriais), razão pela qual deve o beneficiado operar em concurso de pessoas⁶⁹.

Impressiona, todavia, o fundamento empírico que o autor traz a sua posição: “Não se pode ignorar que o beneficiário da pretexta influência, atualmente, em regra não é um ingênuo que entre de graça na história. Pelo contrário, é um autêntico corruptor, que busca também sua vantagem, por meios não ortodoxos, digamos assim, numa espécie de fraude bilateral”⁷⁰.

Mas como pode ser assim se o tipo penal sequer exige que o funcionário público exista; que a influência exista; que haja efetivamente o proveito ou mesmo a abordagem por parte do vendedor de ilusão? Não estaria o eminente penalista atribuindo elemento constitutivo do crime que ele não possui, notadamente forjado em amplíssimo nível de subjetividade e consciência por parte do beneficiado, reduzindo, assim, o risco de fracasso total da empreitada corruptiva?

Atribuir ao beneficiado a condição de concorrer para o crime implica pressupor que o funcionário público sobre o qual recai a influência realmente exista (e que a própria influência exista), e seja influenciável pelo agente ativo do crime, fragilizando-se o argumento de que “neste meio não existe ignorante ou ingênuo, pois não sobreviveria, e quem corre menos, voa”⁷¹.

Tenho, pois, que não se pode, a partir disto – e mesmo das considerações que propositadamente fiz sobre a experiência norte-americana –, concluir que os lobistas dão o maior exemplo da necessidade de ser punir o comprador de influência, eis que são “os modernos exploradores de prestígio, ou os verdadeiros

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Op. cit., p. 228. O autor é claro ao defender a tese de que o beneficiado concorre diretamente para o crime de tráfico de influência, sendo parceiro na empreitada de beneficiar-se da suposta venalidade do funcionário.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem, p. 229.

autores do crime de tráfico de influência⁷². Até porque, desde os escândalos como o dos Correios, no Brasil, um tipo diferente de lobista vem conquistando espaço em Brasília; pertencentes a escritórios de grande e pequeno porte, atuam de forma mais transparente, recusando trabalhos duvidosos.

Para as empresas, eles têm sido uma maneira de fazer valer seus interesses sem recorrer a práticas heterodoxas que comprometam a imagem dos negócios envolvidos. Conforme matéria jornalística existe hoje pelo menos 140 representantes de grupos de pressão com atuação legítima no Congresso Nacional e no Poder Executivo. A função primordial deles é influenciar decisões que sejam favoráveis a seus clientes - seja a Embraer, companhias da indústria farmacêutica ou associações de classe. Mas boa parte deles também tem a tarefa de traduzir o complicado funcionamento das engrenagens brasilienses aos que contratam seus serviços. Esses escritórios mantêm equipes inteiras (alguns com dezenas de pessoas) monitorando o trabalho das comissões do Congresso Nacional e preparando relatórios sobre o andamento de votações ou pronunciamentos. Também prometem orientar seus clientes sobre a melhor maneira de abordar um deputado ou senador.⁷³

E se o agente que está prometendo facilidades no tráfico ilícito de influência efetivamente tiver prestígio junto ao servidor?

Isto pouco importa para Fragoso, eis que

⁷² Idem, p. 231. Diz o autor textualmente que: “A prevalecer a tese da irresponsabilidade penal de quem dá, paga ou promete vantagem para beneficiar-se de ‘influência’ ou ‘suposta influência’ perante a Administração Pública, estar-se-á assegurando a impunidade da mais autêntica, disfarçada e sofisticada forma de corrupção aperfeiçoada e burilada pelo uso de interposta pessoa (que pretexta influência, ou seja, o atual ‘lobista’)”.

⁷³ Disponível em: <<http://www.sinprop.org.br/Clipping/2005/173.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2013. Como diz a matéria, **o problema é que a atividade de lobby no Brasil funciona sem nenhuma regulamentação. “Esse vácuo jurídico é justamente a razão pela qual prosperam as figuras que atuam de maneira heterodoxa e contribuem para enlamear o ambiente de decisão política em Brasília. Segundo a socióloga da Unicamp Andréa Cristina Oliveira, em um extenso estudo sobre o lobby, a falta de um marco regulatório torna mais difícil separar os que atuam legalmente dos que estão ali para ‘vender facilidades’”.**

pode ocorrer que o agente tenha realmente prestígio junto à autoridade, por razões de amizade, parentesco ou outras relações sociais, o que nenhuma influência tem na configuração do delito. É indispensável, porém, que o agente se arrogue prestígio junto a funcionário público, pois caso contrário o fato não ofende a administração pública, e poderá constituir apenas um estelionato.⁷⁴

Ademais, configura igualmente o crime se o agente alega prestígio perante terceiro, que, por sua vez, influirá sobre o servidor público – exploração de prestígio em rede ou tráfico de influência em rede –, pouco importando ainda que o ato pretendido pela mediação seja lícito ou ilícito.

Veja-se que o beneficiário da prometida influência aqui jamais a exercita – ao menos pelos contornos do tipo penal sob comento – diretamente sobre o funcionário, e tampouco tem esta intenção –, porque aí poderia ser corrupção. O que ele faz é, por interposta pessoa, buscar a influência, não importando sequer o resultado dela.

Como diz Damásio de Jesus, no crime de tráfico de influência o comprador da ilusão supõe que, aí sim em concurso com o vendedor de ilusões, está cometendo delito de corrupção ativa com o funcionário público, mas isto não existe, porque a influência inexistente. Agora, se o agente efetivamente corromper o funcionário, ciente o interessado do acordo, haverá então dois delitos: o de corrupção passiva por parte do servidor; ativa em relação ao interessado e ao corretor, restando o tráfico de influência absorvido no ponto⁷⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade é que ainda em nível de decisões dos Tribunais, ao menos junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal – resguardadas as questões de competência destas Cortes –, o enfrentamento deste tipo de delito ainda é incipiente, seguramente não pelo fato de ele inexistir nas relações

⁷⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Op. cit., p. 971. Lembra Fragoso, ainda, que o elemento subjetivo que se exige aqui é o dolo específico, no sentido de que haja vontade consciente dirigida à obtenção de vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em servidor público em ato de ofício, não se exigindo que o agente tenha consciência de atingir a administração (p. 972). Vai na mesma direção NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Op. cit., p. 313.

⁷⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1988. p. 196/197.

sociais e institucionais cotidianas, mas porque a jurisdição não tem sido mais provocada para o seu enfrentamento (notadamente pelo Ministério Público, em face da natureza pública incondicionada do delito).

Há situações ilícitas muito peculiares nas quais o tráfico ilícito de influência tem apelo vocativo, como no caso em que o Superior Tribunal de Justiça apreciou situação que envolvia denúncia do Ministério Público sobre solicitação, por parte de agentes envolvidos em outros crimes, de vantagens funcionais para servidor da Brigada Militar gaúcha, a fim de influenciá-lo para que deixasse de praticar ato funcional contrário ao interesse dos criminosos⁷⁶.

No Rio Grande do Sul, houve denúncia do Ministério Público pelo fato de que, em 2010, no interior do Estado, o denunciado solicitou e recebeu valores de

Andrei Maximino Algeri, proprietário do estabelecimento comercial “Restaurante do Mano”, que possuía máquinas caça-níqueis, sob o pretexto de, uma vez que possuía estreita relação com os policiais civis atuantes na cidade em virtude de auxiliá-los em funções através da profissão de chaveiro, fornecer informações privilegiadas e evitar a atuação da polícia em seu estabelecimento no combate à exploração de tais máquinas.⁷⁷

Neste feito, o depoimento do beneficiado/vítima (Sr. Andrei Maximino Algeri) – não denunciado por coisa alguma –, é fundamental:

Ministério Público: Seu Andrei, alguma vez o seu Luiz José da Silva, réu nesse processo, solicitou para o senhor ou cobrou valores a pretexto de influir junto com a Polícia Civil para que o senhor não tivesse o seu estabelecimento fiscalizado? *Vítima:* É, eu dei, fiz o pagamento para ele, agora ele me disse que seria para me avisar, agora eu não sei, me avisar para, entendeu, não que não seria fiscalizado, mas sim para me avisar.

Ministério Público: Se houvesse alguma fiscalização da polícia referente à máquinas caça niqueis? *Vítima:* Isso.

⁷⁶ Autos do *Habeas Corpus* nº 159.295/RS, (2010/0004654-5), Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Julgado em 29.03.2012.

⁷⁷ Autos da Apelação Crime nº 70048899157, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 28.11.2012, não provendo o recurso do réu condenado.

Ministério Público: O senhor lembra valor que teria repassado? *Vítima:* Olha, foi em torno de mil reais.

Ministério Público: Isso foi uma vez só ou foi mais de uma vez? *Vítima:* Foi uma vez.

Ministério Público: E o senhor recorda o que é que o seu Luiz dizia, qual seria a influência dele perante a Polícia Civil? Como ele saberia de eventual fiscalização?

Vítima: Olha, eu muita pergunta eu não fazia para ele, tanto que ele só me disse que ia me avisar e para mim estava bom, como ele ia fazer eu não sei, entendeu?

Ministério Público: Ele se dizia amigo de algum policial ou que tivesse alguma relação próxima com policiais civis da época? *Vítima:* Não, ele dizia que ia me avisar, eu nunca quis saber se ele tinha alguma influência com alguém ou não porque não cabe a mim saber isso aí, eu só queria ser avisado quando acontecia o evento.

[...]

Ministério Público: E alguma vez o réu ele avisou o senhor antecipadamente, ele fez o que havia prometido?

Vítima: Não, inclusive no dia, de manhã eu fui na delegacia e de tarde foram apreendidas as máquinas.

Ministério Público: O senhor não chegou a receber aviso do réu de que: “Olha, hoje vão autuar ou fiscalizar o seu estabelecimento”? *Vítima:* Não, no dia ali que foram apreendidas as máquinas não.

Ministério Público: E alguma outra vez que ele tivesse lhe avisado que a polícia iria lá e que a polícia acabou indo? *Vítima:* Não, essa foi a única vez.

[...]

Ministério Público: O senhor realmente acreditou que ele tivesse essa influência, esse poder de saber quando é que essas fiscalizações iriam ocorrer? *Vítima:* Não, achei que tinha.

Ministério Público: O porquê o senhor não? Vítima: Sei lá, pela conversa dele, sei lá.

Ministério Público: Pelo que ele lhe disse? Vítima: É, eu falou que sabia e tal e coisa.

Ministério Público: Falou que tinha essas informações? Vítima: Tinha.⁷⁸

Restou evidenciado aqui que o beneficiado pela influência do réu em face dos policiais para obter a informação de quando iriam realizar diligências de patrulhamento na área em que se encontravam os caça-níqueis do beneficiado não detinha conhecimento algum sobre a condição de influente daquele, mas foi envolvido pela lábia, bazófia, engodo do vendedor de ilusões, tendo inclusive prejuízo financeiro ao lhe dar R\$ 1.000,00 (um mil reais), além da apreensão das máquinas de jogos de azar.

Ainda pode-se contar com o que chamo de *fator burocrático decorrente*, que se constitui a partir das ações de ex-servidores públicos já aposentados ou egressos dos quadros estatais que, por dominarem campos, processos e procedimentos de tomada de decisões públicas, bem como por manterem relações com agentes públicos na ativa, exercem – por vínculos afetivos, troca de favores, ou mesmo por recompensas pecuniárias – tráfico ilícito de influência. Daí a importância de se ter inclusive políticas de prevenção em face deste fator de risco corruptivo de tráfico de influência, estabelecendo regras de bloqueio daqueles ex-servidores para atuarem em determinados setores por determinado tempo⁷⁹.

Por todos estes fatos, a transparência nas relações que o setor público mantém e o dever de informação/comunicação de seus agentes se revelam com

⁷⁸ Idem, fls.137/139 dos autos (grifos meus). Em depoimento na fase judicial, um dos policiais que fez a apreensão das máquinas referiu que: “*Ministério Público: E o que é que ele disse a respeito do que é que o réu dizia para ele, de como ele teria essas informações, de como o Luiz José da Silva teria essas informações? Testemunha: Ah, ele disse que tinha trânsito lá na delegacia, se dava bem com um dos piás e estava sempre lá, essa coisa que tinha acesso à delegacia (grifos meus).*”

⁷⁹ Como diz o texto do Institute of Public Administration. *Regulation of Lobbyists in Developed Countries*. Dublin, IPA, 2004, p. 34: “*Corruption can arise when former public officials, including politicians, political staffers and senior public servants, who have become lobbyists, use relationships they developed when they were public officials to gain an improper advantage... A related corruption risk arises when former public officials, who lobby in the public sector area in which they were previously employed, improperly use confidential information to which they had access in their public career for their own benefit or that of their clients. Em face destes riscos, diz o documento que: Many jurisdictions seek to address these corruption risks by restricting post-separation employment for classes of public officials who leave public sector employment*”.

tamanha importância, garantindo o acesso aos registros dos atos administrativos praticados para todo o qualquer interessado, eis que:

*The making of accurate records is an important accountability mechanism. Accurate recordkeeping makes it less likely for a lobbyist or the lobbied to hide or misrepresent the lobbying activity. An unscrupulous lobbyist is less likely to make inappropriate or improper proposals if they know that an accurate record of the meeting will be made. A public official is less likely to be receptive to such proposals or to directly or indirectly invite such proposals if they know the meeting is being recorded.*⁸⁰

Por outro lado, de nada adianta tão somente revoluções legislativas no âmbito do encrudescimento de sanções a comportamentos corruptivos, imaginando-se que com isto vai se ter uma política criminal a custo zero eficaz sob o ponto de vista de redução das causas e consequências da corrupção. Como diz Bruneli:

*Siamo talmente abituati ad interventi legislativi emergenziali che incentrano sul diritto penale e sul ricorso allo strumento sanzionatorio i brandelli di una politica criminale "a costo zero", fatta di messaggi volti a trasmettere la simbologia di una rassicurante scelta di "fermezza" e di "rigore", ma dotati di nessuna capacità pratica di influire efficacemente nella realtà e destinati di fatto ad ingolfare ulteriormente il derelitto sistema di giustizia penale.*⁸¹

A grande verdade é que *"stronger democracies have stronger checks and balances, voters are better able to monitor what happens at the political level, respect for*

⁸⁰ Idem, p. 69. Adverte o autor ainda que: *"Records that cannot be found when needed do not perform an adequate corruption prevention role"* (grifo meu).

⁸¹ BRUNELI, David. *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*. Op. cit., p. 3. Alerta o autor ainda para o fato de que: *"Si combattono con strumenti preventivi, organizzativi e finanche repressivi ben diversi da quelli del ricorso alla pena, la quale ai limiti "ontologici" che le sono propri assomma, nel sistema italiano, difetti strutturali talmente radicati e profondi da renderla opzione meramente complementare ed accessoria"*.

*the rule of law is stronger and so democratization should help reduce both lobbying and corruption*⁸².

Estes freios e contrapesos, todavia, já não se encontram mais restritos nas esferas públicas e institucionais do Estado, mas se dispersam também em redes horizontais e sociais de participação e controle político da cidadania (organizações não governamentais, associações civis, movimentos populares, etc.), o que reforça a natureza democrática e social das medidas de prevenção ao tráfico ilícito de influência.

REFERÊNCIAS

ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. *La Corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Roma: Giuffrè, 2003.

ALONSO PÉREZ, Fernando. *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson, 2009.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. In: *Justiça e história*. Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. La reforma de 2010 del Código penal. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 1, 2011.

AMUNDSEN, Inge. *Political corruption: An introduction to the issues*. Working Paper 99:7, Bergen: Chr. Michelsen Institute, 1999.

AMUNDSEN, Inge; ODD-HELGE, Fjeldstad. *Corruption. A selected and annotated bibliography*. Bergen: Chr. Michelsen Institute (commissioned by Norad), 2000.

AUSTEN-SMITH, Donald; WRIGHT, Jonh R. Counteractive lobbying. *American Journal of Political Science*, v. 38, n. 1, p. 25-44.

BARDHAN, Paul. Corruption and development: A review of issues. *Journal of Economic Literature*, v. 35, 1997.

BARDHAN, Paul; MOOKHERJEE, Donald. Relative capture of local and central governments. *Institute for Economic Development – Discussion Papers*, Boston: Boston University, n. 97, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸² KUNICOVA, James. *Political Corruption. Another Peril of Presidentialism?* Material xerocado, Boston, 2011, p. 41. Diz o autor ainda que: “*The evidence suggests that lobbying is favored when the executive has fewer veto powers while corruption is more prevalent when the executive has greater veto powers*”.

BRUNELI, David. Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento. *Rivista di Diritto Pubblico Italiana, Comunitaria e Comparato*, 5 dez. 2012. Disponível em: www.federalismo.it. Acesso em: 31 jul. 2013.

CAMPOS, Nauro F. Corruption happens, lobbying rules. Disponível em: <http://www.voxeu.org/article/development-and-political-influence-corruption-happens-lobbying-rules>. Acesso em: 8 jul. 2013.

CAMPOS, Norman; GIOVANNONI, Francesco. Lobbying, Corruption and Political Influence. *Public Choice*, 131(1), 2007.

CAVALEIRO FERREIRA, Manuel. Crimes de corrupção e de concussão. *Scientia Iuridica*, Braga: Editorial Scientia & Ars, t. X, n. 52, mar./abr. 1961.

CUGAT MAURI, Mirian. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs, 1997.

DAMANIA, Ronald; FREDRICKSSON, Paul G.; MANI, Martin. The Persistence of Corruption and Regulatory Compliance Failures: Theory and Evidence. *Public Choice Review*, v. 121, 2004.

DAVIGO, Paolo. *La Corruzione in Itália*. Percezione Sociale e Controllo Penale. Roma/Bari: Daltricc, 2008.

D'AVIRRO, Antonio. *I nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione*. Roma: Giuffrè, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, Juan L. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Eguzkilore*, n. 17, 2003.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias. *Diario La Ley*, n. 7286, 29 mar. 2012.

FIGUEIREDO, Carlota Rocha. Tráfico de influência: análise crítica da incriminação. Dissertação de Mestrado Forense apresentada junto à Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, em março de 2012.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 4 v., 1959.

GAMBETTA, Diego. *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*. Cambridge: Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

GIOVANNONI, Francesco. Lobbying versus corruption. *CESifo DICE Report*, Bristol University, 1/2011, set. 2011.

GROSSMAN, H. I. Rival kleptocrats: The mafia versus the state. In: *The economics of organized crime*. Chapter 6. G. Fiorentini e S. Peltzman (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

HARSTAD, Barbara; SVENSSON, Julia. *Bribe or Lobby? (It's a Matter of Development)*. Northwestern University, 2005.

HARSTAD, Bard; SVENSSON, Jakob. Bribes, Lobbying, and Development. *American Political Science Review*, v. 105, n. 1 february 2011.

HEIDENHEIMER, Arnold J. (Ed). *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1970.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Artigos 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 1958.

HUNTINGTON, S. P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1968.

JESUS, Damásio E de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1988.

KUNICOVA, James. *Political Corruption*. Another Peril of Presidentialism? Material xerocado. Boston, 2011.

LANCASTER, Thomas D.; MONTINOLA, Gabriella R. Toward a methodology for the comparative study of political corruption. *Crime, Law & Social Change*, v. 27, p. 185-206, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LORENTE, José Muñoz. Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción). *Eunomía – Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 4, mar./ago. 2013.

MARTÍNEZ ARRIETA, Alejandro. Delitos de tráfico de influencias. In: CONDEPUMPIDO TOURÓN, Carlo (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Barcelona: Bosch, t. IV, 2010.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andres. Delitos de tráfico de influencias. In: CONDEPUMPIDO TOURÓN, Carlo (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Barcelona: Bosch, t. IV, 2007.

MARTÍNEZ GALINDO, Julianni. El delito de tráfico de influencias en la Administración Local. *La Ley Penal*, Madrid, n. 22, p. 36-50, 2005.

MEDARD, Jean-François. La corruption politique et administrative et les différenciations du public et du privé: une perspective comparative. In: *La Corruption l'Envers des Droits de l'Homme*. Borghi and Meyer-Bisch: Éditions Universitaires, 2005.

MERENDA, Ilaria. Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi. *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, Milano: Luca Santa Maria, febbraio 2011.

MONTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte Generale. Roma: Cedam, 2011.

MORALES PRATS, Fernando; RODRÍGUEZ PUERTA, Marco J. Delitos de tráfico de influencias. In: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentarios al Código Penal Español*. Pamplona: Aranzadi/Thomsom Reuters, t. II, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1985.

PETRILLO, Pierluigi. *Democrazie sotto pressione*. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. Le lobbies della democrazia e la democrazia delle lobbies. Ovvero note minime (e provvisorie) sul rapporto tra parlamento e gruppi di pressione in Italia. Disponível em: www.ildirittoamministrativo.it. Acesso em: 3 jul. 2013.

POTTERS, Jan; SLOOF, Randolph. Interest Groups: A Survey of Empirical Models That Try To Assess Their Influence. *European Journal of Political Economy*, London, 12, 403-42, 2012.

RENO, William. *Corruption and State Politics in Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ROMANO, Carlo. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. I delitti dei pubblici ufficiali. Milano: Giuffrè, 2012.

SGUEO, Gianluca. *Lobbying e lobbismi*. Le regole del gioco in una democrazia reale. Milano: Egea, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto nº847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, 2003.

SUNG, Harold E. Democracy and Political Corruption: A Cross National Comparison. *Crime, Law and Social Change Review*, New York, n. 41, 179-94, 2004.

TOLEDO Y UBIETO, Ramiréz. Los delitos relativos al tráfico de influencias. *Revista La Ley*, n. 5, 1998.

TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics*, Department of Political Science. Los Angeles: University of California, 76, 3, p. 399-457, June 2000.

VERON, Michel. *Droit Pénal Spécial*. Paris: Masson, 2008.

WARREN, Annabelle. *The Regulation of Lobbying*. Sydney: NSW Parliamentary Library Research Service, 2008.

YALCIN, Edmund; DAMANIA, Robert. *Corruption and Political Competition*. New York: Malmann, 2005.

ZANELLA, Ricardo. Corruzione in Europa: la mappatura delle definizioni. In: *Cultura dell'integrità nella Pubblica Amministrazione*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n. 5, 2011. Disponível em: <http://integrita.sspa.it>. Acesso em: 11 jun. 2013.

Sites

<http://www.cnj.jus.br/>.

<http://www.portaltransparencia.jus.br/despesas/>.

JURISTAS COLONIZADOS? CRÍTICA À IMPORTAÇÃO DE TEORIAS JURÍDICAS

COLONIZED JURISTS? CRITIC TO IMPORT OF LEGAL THEORIES

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior¹

Juiz de Direito em Natal/RN

RESUMO: O Brasil hoje tem destaque no cenário mundial e defende a multipolaridade. Porém, em nossa dogmática jurídica ainda predomina a importação de teses oriundas dos países centrais, como se fossem universais, ignorando ou desprezando a produção científica nacional e o fato de que todo o saber é construído a partir de um contexto. Criticamos o que chamamos de “juristas colonizados” a partir de quatro pontos de vista diferentes: Diego Medina (teoria transnacional do direito), Slavoj Žižek (visão em paralaxe), Enrique Dussel (ética da libertação) e Boaventura de Sousa Santos (razão cosmopolita). Nosso intento é mostrar que não há, em ciências humanas e sociais, e em especial no direito, verdades inabaláveis e universais, e que devemos dar veze e voz às nossas próprias construções teóricas. E em relação às teorias estrangeiras, discutiremos se há

pertinência em se propor a construção de uma teoria da tradução jurídica adequada às realidades periféricas.

PALAVRAS-CHAVE: Juristas colonizados; crítica à dogmática jurídica; teoria da tradução no Direito.

ABSTRACT: *Brazil today has highlighted on the world stage and defending multipolarity. However, in our legal dogmatics still dominates imports of theses from the central countries, as if they were universal, ignoring or despising the national scientific production and the fact that all knowledge is constructed from a context. We criticize what we call “colonized jurists”, from four different viewpoints: Diego Medina (transnational law theory), Slavoj Žižek (parallax view), Enrique Dussel (ethics of liberation) and Boaventura de Sousa Santos (cosmopolitan reason). Our intent is to show that there is, in humanities and social sciences, and in*

¹ MBA em Poder Judiciário pela FGV-Rio, Especialista em Processo Penal, Mestre em Direito pela Unisinos, Doutorando em Direitos Humanos pela UFPB, Membro da Associação Juízes para a Democracia - AJD.

particular, in the law, unshakable and universal truths, and that we must give time and voice to our own theoretical constructs. About foreign theories, discuss whether there is relevance to propose the construction of a juridical theory of translation appropriate to the law of peripheral countries.

KEYWORDS: *Colonized jurists; criticism of juridical dogmatics; theory of translation on the Law.*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Teóricos colonizados: a boca que pronuncia as palavras dos outros; 3 Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Initial considerations; 2 Colonized theorists: the mouth that pronounces the words of others; 3 Final Thoughts; References.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil tem assumido, de uns anos para cá, uma posição de maior projeção no cenário geopolítico mundial. Juntamente com outros Estados ditos *emergentes* e integrante dos BRICS², defende um mundo multipolarizado, em que haja um espaço confluyente para o debate das soluções dos problemas mundiais; e uma nova agenda, não só econômica, mas também política (em termos de representatividade dos órgãos multilaterais, como a ONU, o FMI e o Banco Mundial³) e social (com foco na redução da miséria e na tolerância à diversidade cultural), rejeitando o tradicional receituário único imposto a partir do paradigma estadunidense-europeu, notadamente após a crise financeira mundial iniciada nesses últimos países de 2008 e que até hoje reverbera.

Contudo, no cenário jurídico, ainda permanecemos caudatários das ideias oriundas dos chamados Estados centrais. A produção científica local costuma ser ignorada ou, pior, desprezada, em benefício de teses que pouco ou nada

² Não por menos, Jim O'Neal, chefe de pesquisa em economia global do grupo financeiro Goldman Sachs, cunhou a sigla BRIC (tijolo, em inglês), levando em consideração um estudo que aponta o Brasil (o B da sigla) como uma das potências econômicas mundiais em médio prazo. Anos depois, a África do Sul foi incluída na definição, solidificando-se a sigla BRICS (O'NEILL, Jim. *Building Better Global Economic BRICS*. *Global Economics*, Goldman Sachs, n. 6, 2001).

³ Cabe acrescentar que, sem exceção, todos presidentes do Banco Mundial (*World Bank*) foram norte-americanos e designados pelo seu presidente. Inclusive dois deles (Paul Wolfowitz e Robert MacNamara) eram Secretários de Defesa dos EUA (STIGLITZ, Joseph Eugene. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 74). E todos os presidentes do Fundo Monetário Internacional – FMI –, desde sua criação, foram europeus.

têm a ver com nosso cenário político, jurídico e social⁴. Infelizmente, ainda soa *cult* ressoar autores estrangeiros, que refletiram a partir de constructos sociais diversos do nosso e cujas conclusões e resultados seriam diferentes, antagônicos ou até mesmo contraditórios, se devidamente adaptados à nossa conjuntura. Essas teses, importadas como enlatados, desvinculadas de seu contexto de origem – isto é, sem faticidade – e sem um juízo crítico acerca de sua compatibilidade com o nosso sistema jurídico-constitucional, ganham o *status* de dogma.

Assim, nossa dogmática jurídica continua a mesma nos últimos quinhentos anos: adota aqui as experiências ocorridas nos países centrais como se fossem as únicas possíveis, como se fossem a representação da *verdade*. Quer explicar o que nos é interno somente a partir do exterior. O continente a partir do contingente, como se aquele não existisse e este fosse o real. Os resultados, claro, não raras vezes terminam por gerar violência em face da desconsideração da alteridade, isto é, das peculiaridades locais. Buscaremos, aqui, desvelar alguns pontos que continuam encobertos por esse discurso hegemônico que esconde a existência de lugares de fala, de visões de mundo específicas, de paradigmas sobre os quais qualquer modo de pensar é concebido, edificado e executado. Um discurso ideológico, que tenta encobrir o fato de que as ciências sociais são uma construção humana.

Nosso foco neste estudo é revolver o chão desse costume centenário de, sem uma reflexão apurada, importar as teorias jurídicas vindas da Europa e, mais recentemente, também dos Estados Unidos, com pretensão de aplicação universal. Contudo, a acolhida de uma determinada teoria jurídica que parece ser uma solução para um determinado problema na Alemanha (p. ex., o direito penal do inimigo – em face do terrorismo) ou nos Estados Unidos (p. ex., o *stare decisis* e o julgamento com base em precedentes, dentro da tradição do *Common Law*) pode ser, aqui, um gerador de mais problemas, de mais violência, diante da diversidade de tradições – das diferentes conjunturas social, jurídica, política e econômica.

Desde já advertimos que não nos opomos à importação de teses jurídicas, até porque as teorias não são necessariamente ruins pelo fato de terem sido criadas lá fora. Ademais, defender um direito com identidade própria não significa desprezar as demais práticas e construções teóricas. Seria negar a nossa

⁴ O tema é bem tratado por Lenio Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. O Direito brasileiro e a nossa síndrome de Caramuru. *Consultor Jurídico*. Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-29/senso-incomum-direito-brasileiro-nossa-sindrome-caramuru>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

formação histórica. Desde as Ordenações portuguesas, passando pelo Código Civil de 1916, praticamente uma cópia do BGB alemão; pela “Constituição polaca” de 1937; em suma, pelo fato de que nosso sistema jurídico foi construído sobre um mesmo paradigma de Estado Liberal ocidental. Ignorar isso seria assumir uma postura revanchista e preconceituosa. Os direitos fundamentais são uma construção europeia, por exemplo. E nenhum sistema jurídico é uma ilha em si mesmo.

O que pretendemos aqui é alertar sobre a importação automática, pontual ou, principalmente, em bloco, de soluções criadas em jurisdições alienígenas – o fenômeno do mimetismo –, em que não há espaço para a diferença – incluindo o que é gestado pela nossa própria doutrina. Importa-se uma *verdade*. Passa-se, então, a se discutir a partir dela e não ela mesma. O discurso dessa *verdade* se torna um *a priori*. Um dogma. É aí onde está o reducionismo tão perigoso em um contexto complexo como o nosso: um país, multicultural, multiétnico, de acentuadas desigualdades econômicas, sociais e regionais, e de população e dimensão continentais.

Em um Estado que sequer conseguiu superar a modernidade, o discurso importador a partir de modelos de países que se encontram em patamares diversos em termos institucionais, sociais e econômicos, é perigoso quando se trata, principalmente, de restrição a direitos fundamentais⁵.

Assim, firmado na práxis forense, esse modo de agir vai sendo aceito como algo natural, mas que, na realidade, impõe-se sem dialética, sem crítica, por falácias como a do “argumento de autoridade” ou do “progresso”. Aliás, sempre há quem busque ser o pioneiro na importação e reprodução das referidas teorias sem, antes, balizá-las. Há uma ilusão de que isso é ser vanguardista. Embora até traga prestígio e venda (a imagem e os livros), damos a esses importadores o epíteto de *juristas colonizados*.

⁵ Embora procuremos não nos restringir a casuísmos, de tempos em tempos o discurso da redução da maioria penal retorna. E não faltam exemplos de países “desenvolvidos” cuja imputabilidade penal é de 16 ou até mesmo 14 anos. O discurso reducionista se funda na falácia progressista (“devíamos fazer como na Inglaterra, nos EUA, na Alemanha...”). Ao mesmo tempo, não se discute como é o contexto estrangeiro em termos de proteção social à infância e à juventude (educação, saúde, transporte, alimentação, lazer, etc.). O reducionismo também omite da discussão a estrutura carcerária de lá e como se dá o cumprimento da pena, por exemplo.

O problema da importação acrítica é que ela anestesia, naturaliza, embrutece, pois se perde na cotidianidade, no senso comum teórico dos juristas⁶. E como diz Heidegger, não há nada mais distante de nós, na cotidianidade, do que nossos próprios óculos⁷. Nossa abordagem, assim, busca retirar os véus, sair dessa cotidianidade a partir da reflexão acerca da naturalização desse costume.

Para tanto, trataremos, aqui, quatro pontos de vista diferentes, mas que têm uma mesma intenção: a de mostrar que não há, em ciências humanas e sociais, em especial no direito, verdades inabaláveis e universais. Tratam-se das reflexões de Diego Medina (teoria transnacional do direito), Slavoj Žižek (visão em paralaxe), Enrique Dussel (ética da libertação) e Boaventura de Sousa Santos (razão cosmopolita).

Por fim, discutiremos se há pertinência em se propor a construção de uma teoria da tradução jurídica adequada às realidades semiperiféricas⁸. Eis o desafio. E sejamos honestos e modestos: não ofereceremos uma solução definitiva para esse problema, até porque não seria, jamais, a pretensão de um artigo jurídico. Nosso propósito é a fixação de uma ideia geral. Daremos um primeiro passo em busca da solução, firmando, tão somente, o norte da bússola.

⁶ É esclarecedor o apontamento feito por Luis Alberto Warat, que cunhou a expressão “senso comum teórico dos juristas”, quando diz que, “nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos e decisão e enunciação. [...] Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo, compensar a ciência jurídica de sua carência” (WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 13).

⁷ “Para quem usa óculos, por exemplo, que, do ponto de vista do intervalo, estão tão próximos que os ‘trazemos no nariz’, esse instrumento de uso, do ponto de distante do vista do mundo circundante, acha-se mais distante que o quadro pendurado na parede em frente.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 155)

⁸ Consideramos o Brasil como país semiperiférico de acordo com os estudos de Boaventura de Sousa Santos (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011). No mesmo sentido, o pesquisador mexicano Jaime Preciado, para quem o Brasil, em face de sua influência na América do Sul, pela posição de liderança na Unasul, de independência frente aos Estados Unidos e pela tentativa de fortalecer os laços nas relações Sul-Sul e dentre os BRICS, “demarca claramente as características de um poder regional, e procura, com crescente sucesso, seu posicionamento como um superpoder [...] O papel do Brasil como semiperiferia ativa, na América Latina, não somente se consolidou, mas incrementou, além disso, aspirações na procura de seu posicionamento como potência global” (PRECIADO, Jaime. *América Latina no sistema-mundo: questionamentos e alianças centro-periferia*. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 53, p. 253-268, maio/ago. 2008, p. 262).

2 TEÓRICOS COLONIZADOS: A BOCA QUE PRONUNCIA AS PALAVRAS DOS OUTROS

A tendência importadora acrítica de matrizes teóricas dos Estados centrais é um fenômeno histórico típico de países colonizados. Aliás, importa-se tudo, de pneus usados a ideias. Não raras vezes, o lixo é trazido como luxo. Ou o luxo aqui é lixo porque as realidades social, política, histórica, econômica e jurídica são diversas. Claro, portanto, que, quando se importam doutrinas estrangeiras produzidas em um contexto completamente diferente do nosso, ocorrem contradições insuperáveis.

Em se tratando de ciências humanas, não há como se referir a um texto sem levar em conta seu contexto. Não há como se abstrair sua facticidade. Não existem ideias fora da tradição, a-históricas, atemporais, universais. Serão sempre retratos de uma forma de ver e ser no mundo, dentro de um paradigma, de uma tradição, de uma cultura. Eis, então, a tentativa de se universalizar algo que é parcial. Em um país como o Brasil, a importação de teses oriundas de contextos como os dos países que já edificaram o Estado Social, por exemplo, pode gerar consequências trágicas.

Os quatro diferentes enfoques visam, em suma, a alertar para o fato de que necessitamos desenvolver uma teoria da tradução na esfera jurídica adequada a países que não ocupam a centralidade do poder mundial.

2.1 DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA - LUGARES DE PRODUÇÃO E DE RECEPÇÃO

Diego Medina desenvolveu a chamada teoria impura do Direito⁹. O estudo dele partiu de uma conjuntura muito parecida com a nossa: a da Colômbia, uma nação sul-americana e geopoliticamente periférica. Segundo ele, na criação e circulação de saberes da teoria jurídica, o autor identifica dois lugares: o lugar de produção (*sitio de producción*) e de recepção (*sitio de recepción*).

Os *lugares de produção* são os centros reconhecidos de poder e de autoridade, em que as ideias são construídas. São locais em que se desenvolvem discussões com altos níveis de influência transnacional sobre a natureza e as políticas do direito. Localizam-se, normalmente, em círculos intelectuais e instituições acadêmicas de Estados centrais e prestigiados. Nesses locais se constroem o que

⁹ MEDINA, Diego Eduardo López. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

ele chama de *teorias transnacionais do direito* – TTD¹⁰ –, que, como um produto, são consumidas pelos Estados periféricos e, finalmente, globalizam-se enquanto *discurso de verdade* sobre determinado campo do direito. Segundo Medina¹¹, o ambiente hermeneuticamente rico em que tais concepções são desenvolvidas possibilita que essas teorias não se preocupem em explicitar seus pressupostos (contextos social, doutrinário, econômico e histórico específicos do ambiente em que foram produzidos).

Lugares de recepção são as instâncias que aceitam e reproduzem o *discurso de verdade* oriundo dos primeiros. Já a teoria jurídica produzida nos *sítios de recepción* não tem a mesma persuasividade e circulação ampla das TTD – produtos dos *sítios de producción*. E os conhecimentos importados dos lugares de produção, segundo ele, em razão do ambiente hermeneuticamente pobre dos lugares de recepção, não são confrontados com o contexto jurídico, político, econômico e social local. Ademais, também não compartilham a informação contextual do ambiente em que os conhecimentos transplantados nasceram.

Isso termina por criar a aparência de que o saber jurídico hegemônico, ora importado, seria uma reflexão abstrata sobre a natureza de qualquer sistema jurídico possível¹². No entanto, quando confrontado com a leitura obtida em ambientes ricos hermeneuticamente, recebe-se a notícia devastadora de que tal entendimento é míope¹³.

Para o autor¹⁴, é na América Latina que se tem operado com maior força o projeto de assimilação do transnacional (normalmente europeu ou estadunidense) como universal. Somos membros da família jurídica ocidental, abrangendo tanto a tradição romanista quanto a *common law*, mas não servimos de fonte a nenhuma das duas tradições.

Desde a invasão luso-espanhola, somos imitação dos fatos políticos ocorridos na Europa e, agora, da “República Comercial” estadunidense. Assimilamos o projeto ocidental, mas vivemos sérias disparidades contextuais

¹⁰ Ibid., p. 16-17.

¹¹ Ibid., p. 17.

¹² Ibid., p. 17-18.

¹³ MEDINA, Diego Eduardo López. Kelsen y Dowkin en Bogotá – Condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho. In: QUINTERO, Miguel Ruanda (Org.). *Teoría jurídica: reflexiones críticas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003. p. 143.

¹⁴ Ibid., p. 137.

porque essa assimilação pressupõe uma dinâmica de imitação, de *mímesis*. E, assim, ela ocorre em detrimento de nós, imitadores intermináveis¹⁵. No *mimetic*, ou produto imitativo, o original perde clareza e força existencial.

Reitera-se uma hierarquia entre os países centrais-criadores e os periféricos-receptores. E, assim, os produtos justeóricos feitos em locais de recepção raramente são considerados como legítimos. Os textos periféricos são lidos como extensões do pensamento europeu/estadunidense, ou seja, na total abstração do contexto local. Com frequência se deixa de falar acerca do objeto direto de interesse (o influenciado) para prosseguir examinando só o influente. A teoria dos países periféricos termina sendo descartada e classificada como um subproduto das teorias jurídicas nascidas nos países centrais, tratada como mero apêndice do pensamento jurídico europeu e estadunidense. Com a noção de influência seguem, também, as de “escola” e “discípulo”. O mestre possui uma visão de mundo poderosa que, por via da influência, é aceita pelos discípulos dentro de uma “escola”¹⁶. Nessa ordem de ideias, forma-se uma doutrina não transformadora, mas sim aplicadora e defensora de sistemas jurídicos coerentes com os contextos oriundos dos locais de produção.

A tarefa hermenêutica de entender o *cognis* jusfilosófico de uma tradição ou um autor termina sendo substituída por uma recepção no varejo de livros e argumentos isolados, geralmente apartados de seus contextos materiais e intratextuais. Não raras vezes acompanhando o modismo dos locais de produção. O saber vira consumo e ser “vanguardista” passa a significar a reprodução aqui do que há de mais recente lá, não importando se a novidade tem pertinência com a conjuntura do sítio de recepção¹⁷. Abstrai-se do significante qualquer conteúdo crítico, pois essas porções de informação são lidas sem o benefício de compartilhar os pré-conceitos do autor-produtor, de modo a que se permitisse uma leitura mais substancial e cética de seus argumentos.

Nesse modelo de dependência e subordinação teórica, os atores locais são despojados de iniciativa na produção válida dos saberes jurídicos. Tais atores parecem estar condenados ao constante vai-e-vem de modas intelectuais que não se relacionam completamente com as circunstâncias e os contextos político-jurídicos concretos que se supõem ter o dever de teorizar e explicar¹⁸.

¹⁵ Ibid., p. 138.

¹⁶ Ibid., p. 150.

¹⁷ Ibid., p. 161.

¹⁸ Ibid., p. 163.

Medina suspeita da ideia de que a teoria do direito em países periféricos seja menos desenvolvida do que nos países centrais. É possível que haja diferenças de grau na formação de uma consciência acadêmica explícita ao redor do tema. É possível que a teoria jurídica, como gênero de ensino, investigação ou escrita, tenha menor desenvolvimento. Mas disso não se segue a impossibilidade de um desenvolvimento muito detalhado e inclusive sistemático de abordagem da teoria jurídica em sistemas jurídicos periféricos¹⁹.

A intenção de Medina é propor um argumento que conduza à emancipação das teorias jurídicas periféricas. Para ele a teoria jurídica latino-americana não deveria somente copiar ou imitar. Deveria mudar, transformar tudo que toca. Dessa forma, pode ser que, ao final, nos lugares de recepção ocorram importantes transmutações ou deturpações das ideias provenientes dos locais de produção²⁰. Elas passariam a constituir práticas que não poderiam mais ser abandonadas. E não se trata simplesmente de um erro teórico. Abre-se a possibilidade de variação, adaptação e verdadeira criação.

Na sua visão, a transmutação gera uma cultura jurídica local privilegiada para cumprir os objetivos científicos que qualquer teoria é chamada a fazer. É um sentido de tradição, relevância e autoestima que a teorização periférica mimética tem sido incapaz de obter, sufocada, externamente, por uma certa marginalização. Isso resulta da ansiedade para absorver a TTD como forma definitiva da teoria jurídica e, internamente, pelo totalitarismo da concepção profissionalizante que deprecia e renega o saber jurídico local em benefício da mera reprodução de ideias²¹. Tal prática ainda prevalece, inclusive, entre os professores e estudantes dos locais de recepção.

Para o autor, as “más leituras”, as leituras deturpadas não tem que ser corrigidas²². Elas, segundo Medina, são importantes para a refundação das teorias locais. Se apreciarem o valor das leituras distorcidas e transmutações teóricas, os países teoricamente periféricos podem terminar aportando à TTD novos pontos de vista, em vez de assumir que certas leituras-padrão têm direito à hegemonia universal²³.

¹⁹ Ibid., p. 148.

²⁰ Ibid., p. 164.

²¹ Ibid., p. 165.

²² Ibid., p. 165.

²³ Ibid., p. 166.

O autor acha necessário desvelar os processos de transmutação justeórica que se produzem entre os locais de produção e os de recepção. Sem uma análise das transmutações não se pode reconstruir uma teoria cultural do direito na América Latina que cumpra os objetivos científicos de qualquer discurso teórico. E as leituras transmutativas podem ser tão fascinantes e enriquecedoras quanto empreender leituras ortodoxas e padronizadas²⁴.

2.2 SLAVOJ ŽIŽEK – PARALAXE

A segunda dimensão que buscamos diz respeito à paralaxe. Esse significante remete, primordialmente, à física (nos seus subcampos ótica e astronomia), como a diferença aparente na localização de um corpo quando observado por diferentes ângulos²⁵.

Um exemplo simples: estenda um dos braços e mire com o indicador um determinado ponto do horizonte. Feche o olho esquerdo e foque a ponta do dedo com o direito. Agora feche o direito e faça o mesmo com o olho esquerdo. Observe que o evento (o dedo) é visto em uma posição diferente. Mas, na verdade, o lugar de mirada é que difere. O mesmo ocorre nas ciências sociais e jurídicas. Nesse campo, são relevantes os estudos de Slavoj Žižek²⁶ a partir do que desenvolveu Kojin Karatani²⁷, para quem há certas antinomias insuperáveis por meio de uma mera síntese; quer dizer, para se tentar compreender o fenômeno a partir de perspectivas paraláticas, não se deve buscar um ponto de vista presunçosamente único, mas sempre considerando o que é inevitável: a diferença não há como ser desconsiderada ou contornada.

Como Žižek adverte, a maior das paralaxes é a própria diferença ontológica²⁸, que condiciona nosso acesso à realidade. Fala ele, também,

²⁴ Ibid., p. 166-167.

²⁵ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1490.

²⁶ ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

²⁷ KARATANI, Kojin. *Transcritique: on Kant and Marx*. Cambridge: The MIT Press, 2005.

²⁸ Conceito desenvolvido por Martin Heidegger que diferencia ser e ente. Ao mesmo tempo, implica em que todo ente só existe no seu ser. E mais: que não há ser sem ente. São diferentes, mas, nem por isso cindidos Só é possível o acesso ao conhecimento a partir dessa diferença entre o ente e sua forma de ser que se manifesta. Por isso o homem (*Dasein*) é um ser-aí, um ser lançado no mundo, imerso nele, antes de qualquer reflexão a seu respeito ou a respeito das coisas. Antes de se pensar em qualquer relação sujeito-objeto, há que se considerar o implicação inexorável dessa diferença ontológica. O *Dasein* é facticidade, é parte de mundo preexistente e cuja estrutura não está ao seu dispor. O *Dasein* é que se

na paralaxe científica, a lacuna irreduzível entre a experiência fenomenal da realidade e sua descrição/explicação científica, e na paralaxe política, o antagonismo social que faz com que não exista solo comum entre os agentes em conflito (o que se chamava de “luta de classes”)²⁹.

O que visamos a aclarar, nesse momento, é que o discurso jurídico (e o das ciências sociais em geral), já que inserido na ordem do simbólico³⁰, não pode ser dotado da pretensão de universalidade³¹. E como aponta André Martins Brandão,

[...] essa antinomia não pode ser superada, não pode ser reduzida a uma síntese comum, uma vez que os significados que retiramos do objeto visto na história não tem nenhum fundamento neutro comum. São duas formas de se ver a realidade, e a forma mais convincente de explicá-la é por meio dos dois pontos de vista, e não de uma síntese radical entre ambos.³²

A visão em paralaxe recupera o sentido de que é impossível um mesmo discurso ser visto sem modificações, em ambientes diversos, como se fosse imutável, formando uma única realidade.

A física astronômica traz os conceitos de paralaxe simétrica e assimétrica. Simétrica quando o objeto e os observadores estão fixos. Assimétrica quando há um movimento entre eles. Em se tratando de observação de astros, a assimetria é da ordem comum, uma vez o Universo está em expansão e que até mesmo a luz

sujeita a essa implicação. Isso pôs abaixo a ideia de sujeito cognoscente da modernidade, que teria acesso ao conhecimento de maneira direta, numa relação sujeito-objeto a partir de sua consciência. Essa diferença também se manifesta como um duplo nível na fenomenologia: hermenêutico, que estrutura a compreensão; e apofântico, meramente explicativo (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999).

²⁹ ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*, op. cit., p. 21.

³⁰ Insere aqui a trilogia lacaniana do real, simbólico e imaginário. Não há como se obter o real, pois o real é o todo e continua sendo o que sobra da mediação pelo simbólico. A realidade é fruto, portanto, dessa mediação. E o imaginário também trabalha nesse processo. Não raras vezes ele *desliza*. Por isso temos que prestar muita atenção nas teses absolutas, nas verdades incontestes. Há uma falta aí.

³¹ Hoje em dia, até mesmo os antigos postulados da física tradicional, entre eles os de que dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no mesmo tempo ou estar em dois lugares simultaneamente, bem como os princípios lógicos da identidade (se A é A, não é B) e da não contradição (A é A e não é A) foram destruídos pela física quântica.

³² Cf. BRANDÃO, André Martins. Os direitos humanos ambientais e a visão em paralaxe. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 141-164, jan./jun. 2011, p. 145.

demora um tempo para chegar até o observador. Quando olhamos para o céu, vemos o brilho de estrelas que há muito foram extintas ou que não mais estão, efetivamente, naquele ponto do firmamento.

Na ordem do direito, as diferentes realidades sociais, históricas, políticas e econômicas de cada local (leia-se também: de cada ordem jurídica) deslocam os pontos de vista dos observadores de qualquer fenômeno – a isso resolvemos chamar de dimensão conjuntural³³. Da mesma forma, o tempo em que foi construído o discurso sobre o fenômeno também causa deslocamentos. O tempo gera movimento na paralaxe social. Como a virada ontológico-linguística demonstrou, não existe mera reprodução, mas sempre uma reconstrução do fenômeno, por meio de uma nova produção de sentido cujos exatos termos originais jamais serão inteiramente resgatáveis. O espaço cultural está sempre em movimento e, por isso, o fenômeno se desloca porque essa é a única maneira de continuar ontologicamente o mesmo. Nessa medida, “ser é tempo”, no sentido da temporalidade e da faticidade heideggerianas³⁴.

Portanto, a modernidade superdimensionou o indivíduo como fonte de conhecimento. Mas antes de se entender o indivíduo como subjetividade, precisa-se compreendê-lo como identidade social e culturalmente construída. Embora não sejamos fantoches da história, como Gadamer asseverou:

Aquele que está imerso em tradições – como ocorre, bem o sabemos, inclusive ao que é abandonado pela consciência histórica numa nova liberdade aparente – tem que prestar ouvidos ao que lhe chega a partir delas. A verdade da tradição é como o presente que está imediatamente aberto aos sentidos.³⁵

Portanto, a tradição e os preconceitos (entendidos como conceitos prévios acerca de algo) formam o pano de fundo de nosso mundo. Nunca serão objeto de investigação, pois nunca encontraremos um ponto fora deles para analisá-los. A subjetividade deslocada (fora da história, da tradição e da faticidade e existência do intérprete) é uma falácia. Isso vem a favor do que chamamos

³³ Resgatando, aí, a faticidade heideggeriana. O “mundo” do ser-aí condiciona sua atribuição de sentidos.

³⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, *passim*.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 671.

de “deslocamento temporal” na paralaxe. Para facilitar a compreensão, apresentamos o seguinte esboço:

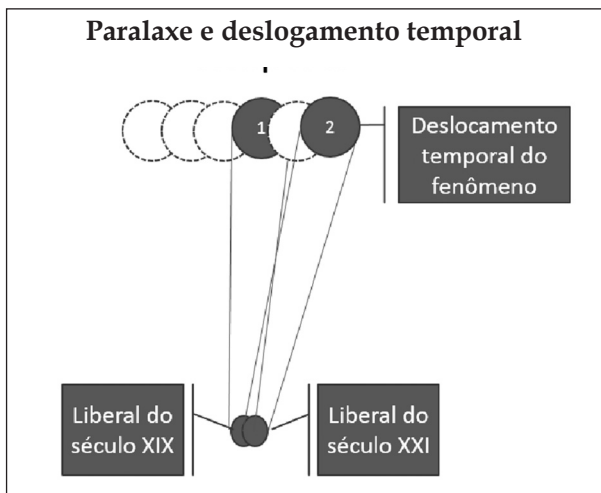


Figura 1: Paralaxe nas ciências sociais e deslocamento temporal. Exemplo do liberalismo.
 Fonte: Elaborado pelo autor.

Todo fenômeno social precisa ser tomado em sua perspectiva histórica. Pode até parecer óbvia essa enunciação, mas convivemos com uma cotidianidade que reproduz discursos que trariam verdades atemporais, como se não houvesse uma conjuntura em seu nascimento. O homem preso na cotidianidade, no dia a dia do mundo circundante, torna-se presa fácil para a tentação de uma lógica tão pura e simples quanto a que apregoa verdades universais, atemporais e naturalizadas. Importante a reflexão de Heidegger:

Para quem usa óculos, por exemplo, que, do ponto de vista do intervalo, estão tão próximos que os “trazemos no nariz”, esse instrumento de uso, do ponto de vista do mundo circundante, acha-se mais distante do que o quadro pendurado na parede em frente.³⁶

Os fatos sociais têm que ser tomados dentro de um processo histórico. Mas cabe uma advertência em relação à figura *supra*. Esse processo não é evolutivo *stricto sensu*, mas, sim, modificativo. A linealidade do gráfico é somente cronológica, jamais axiológica. Os fenômenos sociais em dada sociedade são

³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 155.

frutos das relações de poder de cada época. Não são dados por fatores biológicos e atávicos ou originários de um processo “evolutivo” natural. São, não raras vezes, sujeitos a retrocessos, inclusive³⁷. Ser darwiniano em ciências sociais é agir de modo ingênuo.

Exemplificando a paralaxe temporal na Figura 1, as posições 1 e 2 representam o fenômeno do liberalismo em épocas diversas, no caso, nos séculos XIX e XXI. As dimensões conjunturais jamais poderão ser as mesmas devido ao deslocamento temporal, pois cada época tem seu próprio horizonte de sentido. Jamais podemos, assim, dizer que o liberal do século XIX falava estritamente sobre o mesmo fenômeno que o liberal do século XXI, sem o *a priori* de que suas miradas são inexoravelmente diversas porque próprios horizontes de cada tempo são diferentes, por mais próximas que fossem suas concepções sobre o liberalismo. Mesmo que pertencessem a uma mesma nacionalidade (digamos que fossem liberais ingleses), pois o deslocamento temporal incide sobre o fenômeno, fazendo com que haja uma paralaxe incontornável – salvo se os considerarmos fora da história, o que não é factível.

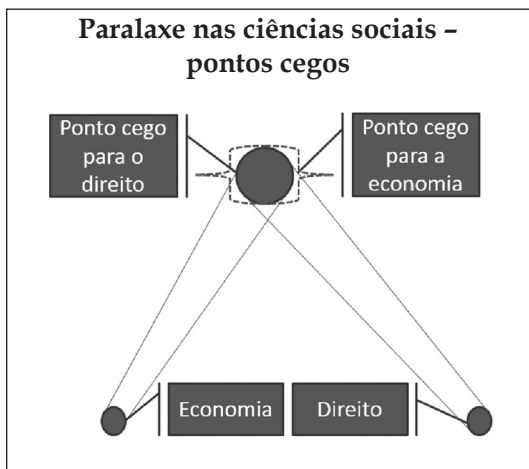


Figura 2: Paralaxe nas ciências sociais e ponto cego. Exemplo da eficiência.

Fonte: Elaborado pelo autor.

³⁷ Que diga a democracia na América Latina. Há pouco tempo assistimos a golpes de estado em Honduras e no Paraguai. E para que não esqueçamos, a onda ditatorial das décadas de 60-70 varreu a mesma região, inclusive o Brasil.

Observe-se, também, que há sempre pontos cegos em cada mirada. Na Figura 2, apresentada *supra*, podemos imaginar, por exemplo, que a posição à esquerda seja a do discurso da eficiência a partir da economia. A posição da direita da figura representa a visão do mesmo discurso da eficiência a partir de uma mirada jurídica. Sob a ótica da paralaxe, o discurso da eficiência não pode ter a pretensão de universalidade para as duas posições, uma vez que há pontos cegos inconciliáveis: por exemplo, o discurso da eficiência pode ser visto como simples relação entre o uso dos meios mais racionais para a obtenção da maximização da riqueza, de uma mirada puramente econômica neoliberal. Já de um lugar de fala posicionado a partir da normatividade jurídica de um Estado Democrático de Direito, há que se impor constrangimentos epistemológicos não (pre)vistos pela perspectiva economicista – pois estão no seu ponto cego. O direito não tem uma visão de pura relação econômica de custo-benefício. A ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito tem como o significante principal o respeito à normatividade, consubstanciada em seus princípios e suas regras e no catálogo de direitos e garantias fundamentais. Fechando o exemplo, viola-se a autonomia do direito quando se ignora essa paralaxe, quando se aborda a eficiência, dentro da esfera jurídica, como mero meio direcionado à maximização da riqueza.

2.3 ENRIQUE DUSSEL - TRANSMODERNIDADE

Enrique Dussel desenvolveu o que ele chamou de *transmodernidade* – que está para além da modernidade e da pós-modernidade. A modernidade começou, segundo ele, com a invasão e exploração das Américas. Até então, a Europa era periferia. O centro do mundo conhecido estava no Oriente Médio³⁸. Com as riquezas extraídas das Américas a Europa conseguiu a supremacia econômica e bélica que deslocou a centralidade em sua direção. Ao mesmo tempo em que atingiu a supremacia econômica e bélica, a modernidade – enquanto discurso totalizante – usurpou para si também a centralidade histórica. A suposta supremacia cultural, com base na falácia desenvolvimentista, edificou o discurso do progresso e encobriu o processo de exploração e de geração de vítimas nas colônias, hoje países periféricos, em especial na América Latina³⁹.

³⁸ Para uma melhor compreensão dessa historicidade, recomenda-se a leitura de DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del otro: hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Biblioteca Indígena, 2008.

³⁹ DUSSEL, Enrique. *Política de la Liberación: historia mundial y crítica*. Madri: Trotta, 2009. p. 471.

A pós-modernidade, segundo Dussel, busca superar a modernidade por não enxergar nela qualidades positivas, mas não quebra seu paradigma da centralidade da Europa e de seu grande herdeiro – os EUA. A transmodernidade, por outro lado, denuncia o discurso de totalidade e o encobrimento do outro. O outro que foi explorado e coisificado e que serviu à razão instrumental⁴⁰ cínico-gerencial do capitalismo⁴¹ (enquanto sistema econômico)⁴², do liberalismo (como sistema político), do eurocentrismo (como ideologia), do machismo (na erótica), do predomínio da etnia branca (no racismo), da destruição da natureza (na ecologia) – que mantêm as relações de poder desiguais nos dias atuais. O outro se liberta a partir do momento em que reivindica seu lugar como vítima e a necessidade de libertação. Não um ato de revanchismo, mas de reconhecimento da distinção, de que há um outro com igual dignidade e consideração – e que merece e exige igual lugar no mundo.

A modernidade se edificou sobre dois paradigmas falaciosos: a) o horizonte eurocêntrico – a modernidade seria fenômeno exclusivamente de uma Europa que, por qualidades internas excepcionais e pela sua racionalidade, permitiu a superação de todas as outras culturas e a realização da verdade absoluta⁴³; b) a cultura europeia como o centro do sistema-mundo. Na verdade, a modernidade e o capitalismo seriam fruto do descobrimento, conquista e exploração das Américas. E não suas causas⁴⁴.

⁴⁰ Tomamos aqui “razão instrumental” no sentido moldado por Max Horkheimer. A razão, que deveria possibilitar a civilização do homem em face do seu conteúdo objetivo, material, quando instrumentalizada, é preenchida pelo subjetivismo dos detentores do poder. A instrumentalização transforma a razão em mera técnica, como meio que permite a obtenção dos fins. Sem ética, a razão culmina em um instrumento de dominação, explorando a natureza e os seres humanos. E o avanço progressivo da técnica vem acompanhado de um processo de desumanização cada vez melhor orquestrado (HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Tradução ao espanhol por H. A. Murena e D. J. Vogelmann. Buenos Aires: Editorial Sur, 1973. p. 12).

⁴¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 65.

⁴² Uma racionalidade instrumentalizada gera uma sociedade paradoxal, em que “frente a morte por inanição que domina vastas áreas do mundo, deixa sem uso parte de seu maquinário, dá às costas a muitas invenções importantes e dedica muitas horas de trabalho a uma propaganda imbecil e a produção de instrumentos de destruição, uma sociedade que possui tal luxo fez do utilitarismo seu Evangelho” (HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Op. cit., p. 152).

⁴³ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Op. cit., p. 51-52.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 53.

Dussel entende que para se construir um relato autêntico da história política é preciso superar sete limites. O primeiro deles é o *helenocentrismo*⁴⁵ das filosofias políticas em voga, pois todas partem da antiga Grécia, como se esta tradição tivesse surgido através de uma espécie de “geração espontânea cultural”, como se antes não houvesse história⁴⁶.

O segundo limite é o *ocidentalismo* das filosofias políticas, que esconde a importância do Império Romano do Oriente, de Bizâncio e Constantinopla, e que a ideia de Estado Moderno se deu por influência do mundo bizantino, através de Veneza e Gênova, cidades comercial, cultural e politicamente “orientais” do Mediterrâneo⁴⁷.

O terceiro limite é o *eurocentrismo* das filosofias políticas, que omitem, por desprezo ou ignorância, o que assimilaram de outras culturas. Não se estudam, em política, as altas culturas egípcias, mesopotâmicas, e a chinesa, a indiana e a do islã, e, igualmente, as dos reinos aztecas, maias e incas, por exemplo. Imperam o orientalismo depreciativo e o encobrimento das culturas pré-invasão da hoje chamada América Latina⁴⁸. Um quarto limite que se tenta superar é a *periodificação* organizada segundo os critérios europeus da filosofia política (aquela ideológica e eurocêntrica maneira de organizar no tempo a história humana em idades antiga, medieval e moderna, por exemplo), idealizada pelo romantismo alemão e, especialmente, por Hegel. O quinto limite é um certo *secularismo tradicional das filosofias políticas*. São conformados indevidamente, e sem sentido histórico, o nascimento e o desenvolvimento da secularização da política. Thomas Hobbes, por exemplo, era um teólogo da política que, no *Leviatã*, dedica a metade da obra a fundamentar a autoridade do rei em Deus⁴⁹, e Descartes⁵⁰ utiliza um raciocínio pouco convincente ao defender a existência de Deus através de um dogma.

⁴⁵ Contudo, ao se falar em democracia, hoje, não se recorda que *demos* significa “aldeia” em egípcio; assim, esta não é uma palavra grega. Quando se fala em *dike*, a justiça, tem-se uma palavra semita. E assim, poderíamos reconstruir a etimologia das palavras fundamentais da filosofia política grega – pois sua origem é, basicamente, egípcia e mesopotâmica, fenícia, semita, da Idade do Bronze, do III e II milênio a.C., de territórios que foram, posteriormente, ocupados por invasores gregos (Ibid., p. 26-27).

⁴⁶ DUSSEL, Enrique. *Política de la Liberación: historia mundial y crítica*. Madri: Trotta, 2009. p. 11.

⁴⁷ Ibid., p. 11-12.

⁴⁸ Ibid., p. 12.

⁴⁹ Ibid., p. 12.

⁵⁰ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Edição digital Kindle. São Paulo: Centauro, 2012.

Um sexto limite está no *colonialismo teórico* das filosofias políticas dos países periféricos (a outra face da moeda do eurocentrismo dos países geopoliticamente centrais), que leem e interpretam como geral as obras da modernidade política europeia desde a territorialidade pós-colonial, dentro da problemática dos filósofos do centro (como H. Arendt, J. Rawls, J. Habermas, etc.), sem atentar para a visão metropolitana deles, e sem desenvolver, como filósofos “localizados” no mundo pós-colonial, uma leitura crítica da metrópole colonial. Não houve o “giro descolonizador”. Um sétimo limite é a *exclusão da América Latina na modernidade* desde suas origens, já que ela (para o bem ou para mal) foi participante principal da história mundial da política moderna. Foram as riquezas daqui expropriadas que permitiram o salto para a centralidade da Europa e, posteriormente, do seu grande herdeiro do Norte: os EUA⁵¹.

Para isso, segundo o filósofo argentino-mexicano, necessita-se redefinir o início da modernidade, bem como introduzir Espanha e Portugal (o “sul da Europa” para Hegel, que não é para ele, nem para os ilustrados do “norte da Europa”, propriamente Europa, nem, muito menos, moderna), desde a invasão da América em 1492, na modernidade. A Espanha foi o primeiro Estado Moderno e a América Latina, desde sua conquista, o primeiro território colonial da modernidade⁵². Antes que Descartes ou Spinoza (ambos escreveram em Amsterdã, província espanhola até 1610, e estudaram com professores espanhóis), deve-se considerar, na história da filosofia política moderna, Bartolomé de Las Casas, Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria ou Francisco Suárez. Eles seriam os primeiros filósofos políticos modernos, antes de Bodin, Hobbes e Locke.

Assim, Dussel propõe uma leitura da história tradicional para além de um simples relato⁵³, mas como um conteúdo ideológico legitimador de uma dominação que procura se naturalizar pela falácia progressista da suposta superioridade de uma cultura (europeia) sobre outras (latino-americanas, africanas, asiáticas, etc.). Propõe um contradiscurso, como um relato de uma tradição antitradicional. Uma busca pelo que não foi dito, já que o dito, dito está e não é saudável repeti-lo.

⁵¹ DUSSEL, Enrique. *Política de la Liberación: historia mundial y crítica*. Op. cit., p. 12-13.

⁵² *Ibid.*, p. 56-57.

⁵³ *Ibid.*, p. 13.

2.3.1 Totalidade e totalitarismo

Embora Dussel trabalhe a partir do paradigma latino-americano, em uma época de imposição de um discurso único após o fracasso da experiência soviética, seu discurso serve aos demais países e às culturas que se encontram na posição de explorados (África e Ásia), formadores das vítimas da mundialização.

Cabe, aqui, um alerta. Dussel não parte de um discurso revanchista e de negação total das construções filosóficas do paradigma hegemônico (europeu e estadunidense). Tanto é que utiliza fortemente matrizes teóricas de pensadores europeus, como Heidegger (assim como o autor deste escrito o utiliza aqui), Paul Ricoeur e Emmanuel Lévinas. Mas o faz sem esquecer de contemporizar e criticar a vinculação daqueles à realidade da modernidade. Afinal, nada seria tão totalizante quanto excluir de qualquer apreciação e consideração o pensamento oriundo do espaço onde nasceu o discurso totalizante.

Só há sombras onde há luz; mas toda luz gera sombras porque parte de um ponto. O discurso da modernidade é dominador e ideológico porque apregoa que suas verdades totalizantes não são oriundas de um ponto “de luz”, de um “lugar de fala”, mas que seriam universais. Isso, em si, já é um exemplo da existência de um ponto cego. Dussel trabalha nessa perspectiva, *iluminando* a partir de outro ponto, mas reconhecendo que não há um universo; mas um “pluriverso”. O discurso eurocêntrico exclui a periferia. Exclui o outro.

Dussel descreve a totalidade⁵⁴ sob um visão heideggeriana. Todo mundo é uma totalidade (limitada) porque posso falar do mundo de meu bairro, de minha cidade de meu país. O mundo é uma totalidade instrumental, de sentido.

A modernidade universalizou a totalidade e, assim, não admitiu que houvesse o outro, negando a alteridade. Ética é a postura de abertura da totalidade para o outro a partir do reconhecimento da totalidade como limitada. O mal é a eliminação da alteridade.

Dussel critica a lógica eurocêntrica da totalidade universalizada⁵⁵ que se estabelece no sentido que vai da identidade (eurocêntrica) para a diferença (“o outro” ou a outra cultura), criando uma lógica que naturaliza o totalitarismo. O referencial é sempre a identidade. É unilateral e, por isso, não há a *distinção*, não há a abertura para se pensar que se o diferente é “o outro”, também somos, de lá

⁵⁴ DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la liberación*. Edição digital Kindle. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, posição 581.

⁵⁵ *Ibid.*, posição 925.

para cá, o “outro do outro”. Na ordem da totalidade não há abertura para esse discurso, pois impera a lógica da alienação da exterioridade ou da coisificação da alteridade. A lógica da exterioridade ou da alteridade, pelo contrário, estabelece seu discurso desde o reconhecimento da liberdade do outro de ser como um outro. Esta lógica tem origem e princípios distintos do pensamento hegemônico: é histórica e não evolutiva; é analética⁵⁶.

Dussel explica que o outro, que não é o diferente (como afirma a totalidade), senão um distinto (sempre outro), que tem sua própria história, sua cultura, sua exterioridade, não tem sido respeitado. A modernidade não o tem deixado ser o outro. Houve sua incorporação à figura do estranho, do alheio. Totalizar a exterioridade, sistematizar a alteridade, negar o outro como outro, nisso consiste a alienação. Alienar é vender alguém ou algo; é fazê-lo coisa, apreensível por um possuidor ou proprietário. A alienação de um povo ou indivíduo singular o faz perder seu ser ao incorporá-lo como momento, aspecto ou instrumento do ser de um outro. Ocorre a negação do outro independente e a incorporação dele como parte do todo já construído e no qual o incorporado não tem como contribuir com sua identidade – mas apenas assimilar e aceitar o todo incorporante⁵⁷.

Dussel critica o que ele chama de desenvolvimentalismo. Não há “países em desenvolvimento”, mas sim “dependentes”. Para ele, os modelos econômicos desenvolvimentalista são falaciosos, pois iludem fazendo crer que a origem do subdesenvolvimento é porque os países ditos atrasados não copiaram e aplicaram o modelo dos países desenvolvidos. Desenvolver, para o discurso falacioso, seria a saída, inicialmente por meio da introdução de capitais e tecnologia e, depois, através da inserção do país na economia globalizada, através da adoção dos mandamentos do neoliberalismo. Dussel critica, dizendo que se trata de um discurso ideológico⁵⁸, que visa a esconder que o subdesenvolvimento é um roubo, uma injustiça estrutural internacional que já perdura por cinco séculos, por meio da exploração da periferia (América Latina, África e Ásia) e da transferência da mais-valia para o centro (Europa e Estados Unidos). Não haverá desenvolvimento sem a ruptura do padrão de exploração dos países periféricos – não ser – pelos países centrais – a totalidade cheia de si. Da mesma forma, da

⁵⁶ No dizer de Dussel, “*analéctico quiere indicar el hecho real humano por el que todo hombre, todo grupo o pueblo, se sitúa siempre ‘más allá’ (aná-) del horizonte de la totalidad*” (“Analético quer indicar o fato real humano pelo qual todo homem, todo grupo ou povo, situa-se sempre ‘mais além’ (ana-) do horizonte da totalidade”) (tradução nossa) (Ibid., posição 3000).

⁵⁷ Ibid., posição 1135.

⁵⁸ Ibid., posição 2853.

ruptura da dependência econômica, política, cultura, religiosa e antropológica. Assim, a ética da libertação dusseliana é comprometida com a transformação da realidade. A analética permite esse desvelar, segundo Dussel, por meio da afirmação da dignidade do outro, em uma esfera individual e coletiva, vítima da totalidade.

Propõe, também, um giro filosófico – visando a criar não uma filosofia na América Latina (uma filosofia da periferia a partir do centro – pensada desde fora para reprodução interna), mas uma filosofia Latino-Americana (por meio de um estudo crítico da filosofia ocidental)⁵⁹. Isso abre as portas para se pensar os problemas e as respostas a partir da realidade latino-americana.

2.4 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS – RAZÃO INDOLENTE

Criticando a globalização hegemônica neoliberal, Boaventura de Sousa Santos aponta que a experiência social é muito mais rica e variada do que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece e considera importante⁶⁰. O discurso de que não há alternativa, de que a história chegou ao fim, desperdiça a riqueza social de outras experiências existentes ou possíveis. Ele critica esse modelo racionalidade, a que ele dá o nome de *razão indolente*. Propõe outro modelo, o qual chama de *razão cosmopolita* e que revalorizaria o presente e as experiências sociais de hoje.

A razão indolente, para Sousa Santos, subjaz ao conhecimento hegemônico produzido no Ocidente europeu e nos EUA nos últimos duzentos anos, tanto filosófico quanto científico, que se expressa de quatro formas⁶¹: a) *razão impotente* – a que apregoa que nada pode ser feito contra uma necessidade concebida como exterior a ela; b) *razão arrogante* – a que se imagina totalmente livre, livre, inclusive, de demonstrar sua própria liberdade; c) *razão metonímica* – a que se reivindica como única forma de racionalidade e, assim, não é capaz de aceitar que a compreensão do mundo é muito mais do que a compreensão ocidental do mundo; d) *razão proléptica* – não pensa o futuro porque julga saber tudo a respeito dele e o julga como uma superação linear, automática e infinita do presente.

Essa matriz totalizante busca fazer com que a multiplicidade de mundos seja reduzida ao mundo terreno e ao tempo linear. Quer-se transformar o mundo

⁵⁹ Ibid., posição 3229.

⁶⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 94.

⁶¹ Ibid., p. 95-96.

sem compreendê-lo. Gera-se violência, uma vez que destrói e silencia os que não a aceitam passivamente. É uma forma de alienação.

A solução, segundo Sousa Santos⁶², é fazer com que essa razão seja confrontada com outras totalidades e que se dê conta de que cada totalidade é composta de heterogeneidade. E propõe pensar o encoberto como se não houvesse o encobridor. Como pensar o Sul como se não houvesse o Norte, por exemplo, pois o que mais negativamente afetou o Sul, segundo Sousa Santos⁶³, a partir do início do colonialismo, foi ter de concentrar as suas energias na adaptação e resistência às imposições do Norte.

O que ele designa de sociologia das ausências visa a demonstrar que o que não existe no discurso, na verdade, é produzido como não existente, como não alternativa⁶⁴. Só que o mundo é uma totalidade inesgotável e dentro dele cabem muitas totalidades parciais. Todas as totalidades podem ser vistas como partes e todas as partes como totalidades⁶⁵. A alternativa a uma teoria geral é o trabalho da tradução. Ela permite criar inteligibilidades entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis quanto as possíveis, reveladas pelas sociologias da ausência e da emergência.

A tradução assume uma forma de hermenêutica diatópica – que consiste em interpretar duas ou mais culturas, encontrando preocupações isomórficas (e não iguais – pois não há identidade, mas semelhança) e as diferentes respostas que fornecem para elas, entre diferentes concepções de vida, de sabedoria e de visões de mundo⁶⁶.

A hermenêutica diatópica parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e que, portanto, podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas. Isso não implica adotar um relativismo, mas sim conceber o universalismo como uma particularidade ocidental. A hermenêutica diatópica pressupõe um universalismo negativo, isto é, a ideia da impossibilidade da completude cultural. No dizer de Sousa Santos, cuida-se de “uma teoria geral residual: uma teoria geral sobre a impossibilidade de uma teoria geral”⁶⁷.

⁶² Ibid., p. 100.

⁶³ Ibid., p. 101.

⁶⁴ Ibid., p. 102.

⁶⁵ Ibid., p. 123.

⁶⁶ No mesmo sentido, Karatani, 2005.

⁶⁷ Ibid., p. 126.

Assevera Antoni Jesús Aguiló⁶⁸ que a hermenêutica diatópica trata de pôr em contato universos de sentidos diferentes. Por isso reúne, sem justapô-los, *topoi* humanos para que, a partir de suas diferenças, possam criar juntos novos horizontes de inteligibilidade recíproca, sem que pertençam de maneira exclusiva a uma cultura, daí o seu caráter diatópico, no sentido etimológico de atravessar os diferentes lugares comuns. Consiste em transformar as premissas de argumentação (*topoi*) de uma cultura determinada em argumentos inteligíveis e críveis em outra cultura. Como as culturas tendem a se autoperceber como uma totalidade, a sentirem-se completas, fato que as induz a tomar metonimicamente a parte do conjunto pelo todo, a incompletude de uma cultura só se faz perceptível à luz de outra.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por estarmos imersos em um paradigma, não o percebemos, mas qualquer discurso totalizante é ideológico. É uma ferramenta para a razão instrumental, pois esconde a pluralidade de possibilidades e cria o estranhamento com o diferente, o que é uma violência.

Portanto, os quatro paradigmas aqui trazidos não são – sob pena de incidirmos em paradoxo – universais. São miradas a partir de uma realidade semiperiférica e que visam, acima de tudo, a abrir as vistas, desvelar, no dizer de Heidegger, mostrar o que estava oculto na cotidianidade e no discurso hegemônico de poder. Afinal, todo poder e toda violência precisam, primeiramente, ser camuflados – naturalizados – para poderem se efetivar.

As teorias transnacionais do direito de Medina, a cegueira paraláctica de Žižek, o encobrimento de Dussel e a razão indolente de Boaventura expressam a necessidade de entender que é artificial e ideológico qualquer discurso que universaliza padrões, uma vez que sempre é construído sobre realidades determinadas e que provê soluções que também são adequadas para aquelas realidades. Isso quando não são deliberadamente exportadas porque fazem parte da racionalidade instrumental para manter as relações de dominação, como, por exemplo: a) o discurso da eficiência como maximização da riqueza – que rompe a autonomia de um direito e de um constitucionalismo transformador, tão necessário nas realidades periféricas e semiperiféricas; b) o da globalização

⁶⁸ AGUILÓ, Antoni Jesús. Globalización neoliberal y antropodiversidad: (tres) propuestas para promover la paz y el diálogo intercultural. Nómadas. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, v. 2, n. 24, p. 5-26, jul./dez. 2009, p. 20.

como livre mercado, feito à medida e só tendo validade quando no interesse dos Estados economicamente mais fortes e tecnologicamente mais avançados; c) o do direito penal do inimigo – que tem efeitos dramáticos quando aplicado em países com baixo desenvolvimento humano, em que o “inimigo”, na verdade, é o Estado que não provê, priva da inclusão uma significativa parcela do seu povo.

A aceitação acrítica e integral desses discursos criados a partir do centro, isto é, necessariamente originários de outras conjunturas, termina por ocasionar violência, entendida aqui como desconsideração das peculiaridades do outro – pela imposição dessa verdade ao alvedrio da alteridade, isto é, da realidade social, econômica, histórica, política e jurídica dos Estados periféricos –, o que fere dois princípios tradicionalmente insculpidos nas Constituições: o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

Tal qual o personagem Neo, do filme Matrix, precisamos despertar. E esse despertar não tem volta. Ser alienado tem lá suas vantagens, é verdade, pois quem assim se mantém está anestesiado, não sente. Contudo, não vive, sobrevive, pois viver (ter uma existência autêntica) é ter senso crítico. E o preço do senso crítico é o incômodo... Porém, somente quando despertamos, abrimos os olhos e podemos ver e sentir onde (ou em quem) pisamos ou se estamos sendo pisoteados (até porque a alienação é uma forma de insensibilidade). Mais grave ainda quando se tratam de atores jurídicos, que interpretarão o direito, que dirão o que é e qual o alcance da normatividade, qual a efetividade da Constituição e do seu catálogo de direitos. Somente após isso abre-se para nós a possibilidade de trilharmos um caminho que não desagüe na violência patente ou velada contra os nossos próprios interesses – do Estado e do nosso povo.

Como já demonstrado, os discursos de verdade advêm do centro, com o é o caso da globalização. E sua pretensa universalidade desce por gravidade somente para aqueles que se colocam abaixo e respeitam o argumento de autoridade, sem questionar seus (des)acertos. E a violência campeia. Portanto, sempre é bom questionar. Questionar as “verdades” promanadas desses discursos jurídicos. A decisão acertada para a realidade de cada sistema jurídico quase sempre vai além de qualquer fórmula pronta, de qualquer homogeneidade. *Vive la différence!*

Criar uma hermenêutica jurídica intercultural seria se inserir em um paradoxo: universalizar um modelo a partir da condenação de todas as universalizações. Caberia, assim, a criação de linhas gerais do que viria a ser uma teoria da tradução no direito. Melhor, assim, uma teoria da tradução voltada a

evitar a violência da assimilação da cultura hegemônica e dos discursos que não se compatibilizam com as necessidades ainda presentes em nosso contexto jurídico-político.

Em todo caso, as linhas aqui traçadas visam a abrir as portas a uma teoria da tradução do direito em países periféricos que precisa partir de um plano ético. Ética, primeiramente, no sentido de reconhecer o outro, afastando qualquer pretensão de universalidade. E, em segundo lugar, no sentido de despertarmos para a nossa responsabilidade com as próximas gerações e exercermos a tolerância em relação às outras culturas. A tolerância que decorre da consciência da inevitável coexistência.

As teorias jurídicas promanadas do centro precisam ser entendidas levando em consideração sua relatividade a partir do reconhecimento de que, assim como elas partem de um lugar e são sempre discursos de poder, temos também um lugar que é nosso e que precisa ser sempre considerado.

Não se quer dizer, com isso, advertimos, que devamos rejeitar qualquer teoria que não surja aqui. Ora, estaríamos, assim, rejeitando até mesmo a histórica conformação institucional que a modernidade ocidental implantou por estas terras, incluindo nosso próprio modelo de Estado e de Direito (e de Estado de Direito). Boas e más ideias surgem em todos os lugares.

Mas se não é possível se fazer um novo começo, que possamos, a partir de agora, considerar nossas peculiaridades sempre que nos confrontarmos com qualquer discurso jurídico vendido como único, natural ou inevitável. Tudo é construção. Só assim estaremos atentos o bastante para evitarmos os caminhos perigosos da utopia (rompimento total – o irrealizável) e da ideologia (aceitação total – o inaceitável).

Não há discursos de poder inocentes. Há discursos para inocentes. Estes são, no nosso entender, os que aceitam acriticamente o que lhes é vendido pelo discurso colonizador. Não podemos permitir essa violência que, lamentavelmente, como simbólica que é, não raras vezes é por nós mesmos alimentada ou reforçada. Basta de teóricos colonizados. Há mentes pensantes neste lado do Equador.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ, Antoni Jesús. Globalización neoliberal y antropodiversidad: (tres) propuestas para promover la paz y el diálogo intercultural. Nómadas. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, v. 2, n. 24, p. 5-26, jul./dez. 2009.

BRANDÃO, André Martins. Os direitos humanos ambientais e a visão em paralaxe. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 141-164, jan./jun. 2011.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Edição digital Kindle. São Paulo: Centauro, 2012.

DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del otro: hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Biblioteca Indígena, 2008.

_____. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Filosofía de la liberación*. Edição digital Kindle. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

_____. *Política de la Liberación: historia mundial y crítica*. Madri: Trotta, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Tradução ao espanhol por H. A. Murena e D. J. Vogelmann. Buenos Aires: Editorial Sur, 1973.

KARATANI, Kojin. *Transcritique: on Kant and Marx*. Cambridge: The MIT Press, 2005.

MEDINA, Diego Eduardo López. Kelsen y Dowkin en Bogotá – Condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho. In QUINTERO, Miguel Ruanda (Org.). *Teoría jurídica: reflexiones críticas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003.

_____. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

O'NEILL, Jim. Building Better Global Economic BRICs. *Global Economics*, Goldman Sachs, n. 6, 2001.

PRECIADO, Jaime. América Latina no sistema-mundo: questionamentos e alianças centro-periferia. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 53, p. 253-268, maio/ago. 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. *Conocer desde el Sur: para una cultura política emancipatoria*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Social, 2006.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito brasileiro e a nossa síndrome de Caramuru. *Consultor Jurídico*, senso incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-29/senso-incomum-direito-brasileiro-nossa-sindrome-caramuru>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

THE JUDICIARY AND THE PUBLIC HEALTH POLICIES

Wilson Medeiros Pereira¹

Juiz Federal

RESUMO: Os desdobramentos da judicialização das políticas públicas, principalmente na área da saúde, promovem uma releitura da separação dos Poderes. Legitimidade de atuação do Poder Judiciário e reflexos político-orçamentários desta interferência.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização; Judiciário; poderes; saúde; política; legitimidade.

ABSTRACT: *The consequence of the judicialization of public policy, especially in health, result in another comprehension about of the separation of Powers. Legitimacy of the actions of Judiciary Power and their political and budgetary implications.*

KEYWORDS: *Judicialization; Judiciary; powers; health; policy; legitimacy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama da tripartição dos poderes; 2 Pers-

pectiva dos direitos sociais como desdobramentos dos direitos fundamentais; 3 Fundamentos da judicialização; 4 Legitimidade da atuação do Poder Judiciário em outras arenas; 5 Reflexos da judicialização no Brasil; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Overview of the tripartite powers; 2 The social rights as consequence of fundamental rights; 3 Foundations of adjudication; 4 Legitimacy of action of the Judiciary in other fields; 5 Consequence of adjudication in Brazil; Final remarks; References.*

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito à saúde foi guindado ao *status* de direito fundamental.

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, Minter Unesa/FG (Rio de Janeiro/Brasil).

Em um primeiro momento, entendiam doutrina e jurisprudência que o direito sanitário configurava uma norma de caráter programático. Posteriormente, face à ineficiência das políticas públicas e/ou a omissão governamental, as questões ligadas às políticas públicas de saúde passaram a ser levadas ao Poder Judiciário.

Esse novo cenário trouxe à tona grandes discussões, sobretudo quando as decisões judiciais começaram a obrigar o Poder Público a arcar com procedimentos e tratamentos médicos, na grande maioria de alto custo e fora das previsões orçamentárias.

Como consequência lógica e imediata, o fenômeno da judicialização da saúde faz gerar algumas controvérsias, notadamente quando se percorre uma análise mais global, do ponto de vista do aspecto coletivo das políticas públicas e não do atendimento de um só indivíduo.

No presente artigo será feito um panorama da tripartição dos Poderes da República, verificando os sintomas daí decorrentes. A seguir, pontuar-se-á sobre a perspectiva dos direitos sociais como desdobramentos dos direitos fundamentais, bem como a respeito dos fundamentos da judicialização, enquadrando-a no contexto teórico, e sua aplicação no Direito brasileiro, indicando seus pontos favoráveis e os desfavoráveis.

1 PANORAMA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário brasileiro tem sido palco de inúmeras questões e debates variados, sendo que alguns deles seriam mais apropriados em terreno político.

Tomando alguns exemplos, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu sobre a quantidade de Vereadores em Câmaras Municipais²; concedeu liminar alterando o modo de tramitação da análise de vetos no Congresso Nacional³; arvorou em promover uma releitura da Constituição ao compilar reflexos civis da união homoafetiva⁴; determinou que a União arcasse com tratamento médico

² Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 07.05.2004.

³ Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.12.2012.

⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe 14.10.2011.

de um paciente em hospital estrangeiro⁵. Entre outros, estes são exemplos de atuação mais agressiva do Poder Judiciário.

Quando há supervalorização de um Poder, algo está errado na República. De acordo com o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. A partir da teoria do *check and balance* ocorre o fenômeno do controle dos excessos.

A teoria da tripartição dos Poderes vem sofrendo diversas conformações. Não se fala mais em separação absoluta, por ser impraticável e inaceitável⁶. Peter Haberle afirma que o princípio cunhado por Montesquieu é relativamente aberto, como é aberta a própria história da evolução do Estado Constitucional. Haberle sugere, ainda, a ideia de equilíbrio de Poderes, limitação e controles mútuos⁷.

A separação dos Poderes assume ares de eixo central de um Estado Constitucional que vem prevista na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Nesta perspectiva, cada Poder conta com seu campo específico de atuação.

A propósito das atribuições dos Poderes, é certo que cada um desempenha as chamadas funções típicas e atípicas, estas quando exercem a atribuição de outro, em casos excepcionais. As funções atípicas encontram amparo na Lei Maior; contudo, quando exacerbadas, intranquila a República.

Do ponto de vista de legitimação social, tem-se o Legislativo e Executivo com maior performance de legitimidade, pois seus membros são eleitos pelo povo. Nos dizeres de Haberle⁸, o Legislativo representa a diversidade popular e figura como um espelho da nação. Neste Poder reside o lócus para as controvérsias políticas, representam a pluralidade de ideias trazidas ou levantadas pela sociedade.

⁵ Recurso Extraordinário nº 368.564/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10.08.2011.

⁶ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 169.

⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. p 330-333.

⁸ Op. cit., p. 339.

Ao Executivo atribui-se a tarefa de promover a organização da esfera administrativa. Sua missão consiste em filtrar os anseios da sociedade, transformando-os em respostas coerentes a satisfazer a demanda social.

Haberle aduz que o Judiciário se divorciou do pensamento de que o juiz é apenas “*la bouche de la loi*”. Pugna-se por uma atuação mais pró-ativa ou criativa.

Quando um Poder imiscui no outro, quer por ingerência, quer por negligência deste outro, o foco de discussão é por demais complexo.

Analisando a pauta de discussão do Congresso Nacional, tem-se que a maioria das matérias tratadas é de autoria do Poder Executivo Federal. Consequentemente, a Presidência da República domina e determina a atuação do Parlamento, que vai se tornando em mero chancelador das iniciativas do Executivo.

O excessivo número de medidas provisórias pode significar exagero por parte do Executivo, mas também indica que o Legislativo não desempenha sua missão de forma satisfatória.

Fazendo uma análise *an passam* da Constituição, verifica-se a necessidade de edição de aproximadamente uma centena de normas regulamentadoras. Como o Legislativo se abstém de seu mister, os outros Poderes acabam por exercê-lo.

Um dos pontos nos quais a separação dos Poderes é revisitada diz respeito à implementação de políticas públicas na seara dos direitos sociais. Como é propositadamente propalada pelos gestores públicos, a garantia dos direitos sociais ou positivos requer a alocação de recursos públicos.

Antes de abordar esta questão especificamente, mister se faz percorrer a uma verificação dos direitos sociais como reflexos dos direitos fundamentais.

2 PERSPECTIVA DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DESDOBRAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão direitos humanos não é pacífica nas legislações e nem entre os doutrinadores. Grocio, Pufendorf, Hobbes, Locke e Kant usavam a expressão “direitos naturais”, “direitos inatos” ou “originários”. No mundo moderno, falam em “direitos humanos” ou “direitos do homem” com algumas diferenciações. Na França, emprega-se “liberdades públicas” ou “liberdades individuais”. Do

ponto de vista conceitual, compreende os direitos com validade para todos os povos, de todas as tribos e nações, ainda que não escritos⁹.

Discute-se a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. No sentido filosófico, direitos fundamentais são aqueles que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa ao ser humano. Para a doutrina alemã, além desta configuração, precisam tais direitos estar positivados no direito pátrio. Neste viés, podem existir direitos humanos além do direito positivo; contudo, só haveria direitos fundamentais após sua positivação¹⁰.

Direitos humanos não são criados pelos Estados, cabendo a estes tão somente reconhecer aqueles direitos. Do contrário, o Estado poderia suprimir, alterar ou deixar de reconhecer os direitos humanos, o que é um verdadeiro disparate lógico e doutrinário¹¹.

Na doutrina alemã, a característica de universalidade dos direitos humanos não é estendida aos direitos que dependem de uma atuação positiva do Estado, tais como os direitos sociais. Neste ponto, Barretto sugere que os direitos sociais devem ser compreendidos como direitos essenciais e observância obrigatória; logo, direitos fundamentais, cognominados de direitos fundamentais sociais¹².

Doutrina e jurisprudência costumam creditar aos direitos sociais normas de caráter programático, desprovidas de uma efetividade prática imediata.

Vicente de Paulo Barretto propõe uma releitura desta questão, considerando os direitos sociais como direitos fundamentais, ao lado das liberdades. Do ponto de vista conceitual e de reconhecimento das garantias dos direitos humanos tem-se que resultam de um progressivo amadurecimento histórico.

Os direitos sociais não se destinam à reparação de injustiças, ou apresentando características de caridade ou doação gratuita, mas ostentam o “caráter de exigência moral como condição de sua normatividade”¹³, figurando um novo paradigma.

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7-8.

¹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 216.

¹¹ Op. cit., p. 216.

¹² Idem.

¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 207.

A efetividade dos direitos sociais encontra diversas barreiras, notadamente pela ideia de não enxergá-los como direitos fundamentais. Destituídos desta característica, sua efetividade fica a depender de vários outros condicionantes, tais como reserva orçamentária ou implementação de política pública.

De acordo com Barreto, muitas das críticas feitas aos direitos sociais têm origem na própria fundamentação e justificação desses direitos, pois a perspectiva está centrada tão somente na propriedade e na liberdade de mercado. A primeira falácia diz respeito à análise dos direitos sociais como sendo de segunda ordem, “pois não participam do momento fundador do estado de direito, que foi estruturado em função e para assegurar preliminarmente, os direitos civis e políticos”¹⁴. Contra este argumento, aduz que a salvaguarda dos direitos civis e políticos pressupõem, necessariamente, a observância simultânea dos direitos fundamentais.

O segundo argumento sustenta que os direitos sociais somente têm cabimento em sede de uma economia forte, uma vez que as prestações sociais exigem muito investimento. A seguir este pensamento, apenas as nações ricas poderiam bancar as políticas públicas. Obviamente, qualquer atuação do Poder Público requer investimento; entretanto, promover o bem comum é missão do Estado. O cumprimento deste objetivo é diretamente ligado à ideologia adotada na administração da res pública.

Outro argumento consiste na afirmação de que o custo dos direitos sociais extrapola os orçamentos. É a ideia da reserva do possível. Não se contesta a limitação dos recursos públicos, mas a análise deve ser global, inclusive nos gastos para se garantir os direitos civis e políticos. Para Barretto, a superação deste impasse pressupõe que os direitos sociais passem a ser vistos com uma fundamentação racional e ética, tal como aquela que se dá aos direitos civis e políticos¹⁵.

Fazendo um paralelo entre cidadania e dignidade da pessoa humana, Barreto pontua que o indivíduo, para se sentir partícipe da sociedade, esta deve também preocupar-se e factibilizar a ele uma sobrevivência digna.

Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como

¹⁴ Op. cit., p. 212.

¹⁵ Idem, p. 214-215.

membro, inclusive, através da garantia de seus direitos políticos básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna.¹⁶

3 FUNDAMENTOS DA JUDICIALIZAÇÃO

As exigências sociais são enormes e infundáveis, enquanto os recursos públicos são finitos e insuficientes ao custeio de todas as necessidades. Esta situação traz em cena o confronto do chamado mínimo existencial e da reserva do possível.

Discorrer sobre o mínimo existencial exige a compreensão dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana, não sendo coerente o estudo fragmentado.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana compreende

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹⁷

Não há um conceito fechado ou conclusivo para o mínimo existencial. Ricardo Lobo Torres¹⁸ sugere que o tripé saúde, educação e alimentação deve necessariamente ser entendido como o conjunto absolutamente necessário para o ser humano.

¹⁶ Idem, p. 221.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133.

Os direitos prestacionais, como a saúde, implicam em custos. Logo, a alocação de recursos financeiros para esta finalidade envolve decisões severas, seja por parte do julgador, do legislador ou do administrador público.

Conforme ensinam os Professores Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁹, o exercício de qualquer direito, inclusive os negativos, envolve recursos públicos.

Isso desmonta a ideia ultrapassada de que os direitos de primeira dimensão independem de qualquer gasto pelo Estado. Figuram de primeira dimensão os chamados direitos negativos, os quais pressupõem um *non facere* ou *non praestare* do Estado, entre os quais as liberdades e a propriedade privada. Contudo, consoante aventado por Holmes e Sunstein, para se garantir o exercício dos direitos, em quaisquer das dimensões, é mister a atuação do Poder Público. A título de exemplo, para se garantir a concretização e manutenção do direito à propriedade privada, um grande aparato governamental é acionado, como fiscais, bombeiros, policiais, magistrados, os quais são agentes remunerados pelos cofres públicos.

Até os direitos políticos e os da cidadania dependem de recursos públicos. Registre-se, por exemplo, os gastos efetivados pela Justiça Eleitoral no primeiro turno das eleições de 2010 no Brasil, que custaram ao Poder Público aproximadamente R\$ 480 milhões de reais²⁰.

No tocante às políticas públicas, é sabido que estas são previstas em orçamentos votados e aprovados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Regra geral, somente podem ser executadas as despesas constantes na lei orçamentária anual. Eventuais realocações ou redistribuições de recursos podem gerar transtornos na execução orçamentária.

Quando uma decisão judicial determina ao ente público (União, Estado-membro, Distrito Federal ou Município) a aquisição de medicamento ou o pagamento de tratamento médico de alto custo para um indivíduo (autor da ação judicial), o cumprimento deste mandado judicial poderá desestabilizar a gestão do orçamento.

Tendo em vista o afastamento da ideia de separação dos Poderes de forma absoluta, vê-se afluir verdadeiros mecanismos de interferência entre os Poderes constituídos.

¹⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

²⁰ Disponível em: <<http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1335470>>.

Na esfera judiciária, tal fenômeno é cognominado de “judicialização da política” ou “politização do Judiciário”. É preciso investigar se esta mudança de paradigma se dá em virtude da atuação exacerbada do Judiciário ou se pela timidez/inação do Legislativo. De toda sorte, tem-se por necessária a autocontenção exercida (*judicial self restraint*) pelo próprio Judiciário.

É de bom alvitre estabelecer as diferenças entre ativismo judicial e judicialização. O primeiro inclui uma atuação mais incisiva, de forma progressiva ou conservadora, em assuntos mais complexos e de forma geral atinentes a outras esferas. A judicialização, por sua vez, deflui de desdobramentos diferentes. Milton Augusto e José Ribas abordam sobre as proximidades dos institutos, mas esclarecem suas diferenças:

O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão de comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreciam a transferência decisória do eixo do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.²¹

Luís Roberto Barroso pontua que a judicialização surge em razão de outras causas:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o judiciário seja a instância decisória de certas questões

²¹ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA et al. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353-366.

polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável da sociedade.²²

Dissertando sobre a atuação do Poder Judiciário, Victor Ferreres²³ sugere quatro fatores que provocam o ativismo judicial:

- a) O processo de seleção dos juízes e o tempo do seu ofício contribuem para que os membros da magistratura não fiquem preocupados com possíveis reações contrárias da população.
- b) Quando o processo de alteração da Constituição não é muito rígido ou complexo, os juízes tendem a se sentirem mais livres na interpretação, uma vez que o Parlamento poderá mudar o texto constitucional em oposição ao entendimento esposado na jurisprudência.
- c) Doutrina do precedente. A interpretação conferida pela Suprema Corte a respeito de uma determinada lei reflete e influencia todo o sistema jurisdicional.
- d) Quanto mais abrangente for a Constituição, maior será a possibilidade de se encontrar um princípio para opor à validade de uma lei.

4 LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM OUTRAS ARENAS

Discute-se muito se o Poder Judiciário poderia rever a decisão tomada pelo Legislativo ou Executivo.

Jeremy Waldron²⁴ divide a revisão judicial em forte e fraca. No sistema de revisão forte, os Tribunais podem recusar a aplicação de uma lei em um caso particular, modificar o efeito de um estatuto para conformá-lo com os direitos individuais. Em síntese, afastam completamente uma legislação, em que pese esta ser muita clara. É o que ocorre nos tribunais europeus.

No sistema fraco de revisão judicial, os Tribunais podem analisar a legislação e aventar sua incompatibilidade, porém não devem recusar sua

²² Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

²³ CORNELLA, Víctor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. In: *Los límites da democracia*, 2005.

²⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

aplicação, pois reflexamente configuraria violação dos direitos. Apesar de não ser possível negar sua aplicação, o reconhecimento desta incompatibilidade autoriza o desencadeamento do processo legislativo mais acelerado para remediar o aludido descompasso da legislação.

Os defensores da revisão judicial indicam como ponto positivo o fato de os juízes não sofrerem as pressões populares, não precisarem de votos para ser eleitos e reeleitos. Mesmo onde os membros do Judiciário não são eleitos, o tratamento da população para com os juízes é diferente da arena do Legislativo.

Citando Lon Fuller, Waldron²⁵ aduz que os Tribunais não são o fórum adequado para discussão e decisões de caráter multifacetadas. As decisões judiciais, regra geral, estribam em análises de caráter binário.

Outro argumento combatido é a afirmação de que as decisões judiciais são mais humanas, pois os julgadores têm por parâmetro o indivíduo como foco da legislação, em uma espécie de personificação da legislação do no caso concreto. Waldron aduz que tal perspectiva é um mito, pois com a avalanche de recursos para as Cortes superiores o caráter da individualização desaparece por completo, pois a questão passa a ser vista de forma abstrata. Pontua, ainda, que o processo legislativo é aberto a consideração de casos individuais, mediante a atuação de *lobby*, audiências públicas e/ou debates. E conclui o raciocínio dizendo: *“It seems to me that legislatures are much better positioned to mount an assessment of the significance of an individual case in relation to a general issue of rights that affects millions and affects them in many different ways”*²⁶.

Em sede de conclusão, Waldron afirma ser a revisão judicial inadequada para sociedades democráticas. O fato de discordar de direitos não significa não levá-los a sério.

Por outro lado, deve-se pontuar que, em diversas situações, os membros do Legislativo se absterem de decidir ou regulamentar questões polêmicas e impopulares. Esse quadro faz ensejar a atuação do Judiciário. Em terreno pátrio, tal realidade é facilmente comprovada pelo comportamento do Congresso Nacional brasileiro quando deixam de legislar sobre a regularização das áreas indígenas, união homoafetiva, entre outras.

²⁵ Idem.

²⁶ Tradução: “Parece-me que os legisladores estão muito melhores posicionados para montar uma avaliação do significado de um caso individual, em relação a uma questão geral dos direitos que afeta milhões de pessoas e afeta-las em muitas e diferentes maneiras”.

5 REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

No campo das políticas públicas, há muito foi abandonada a ideia de que os direitos previstos na Constituição são puramente programáticos, não sendo viável sua exigência de imediato. Registre-se que, em um primeiro momento, o STF cedia ao argumento de que a Constituição estabelecera um programa de direitos e que estes seriam aplicados a partir da implementação das políticas públicas. Talvez pelo decorrer dos anos e a Constituição vigente ter se tornado mais madura, diante da inação do legislador infraconstitucional e do administrador público, a Suprema Corte alterou seu entendimento, passando à interpretação de que os direitos são de exigência imediata.

Segundo Luís Roberto Barroso, o fenômeno da judicialização guarda sintonia com a ideia da efetividade nas normas constitucionais. Para ele, esta doutrina pressupõe

[...] elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento.²⁷

A partir de 1988, o Brasil passou a conviver com a judicialização de diversas questões que outrora estavam restritas aos Poderes Legislativo e Executivo. Tal fenômeno é explicado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e pela ampliação da jurisdição constitucional, o que trouxe para o Poder Judiciário a tarefa de resolver assuntos de grandes repercussões, entre os quais a efetivação das políticas públicas.

Nos últimos anos, percebe-se um significativo aumento da demanda no Poder Judiciário com ações atinentes à saúde pública, com pedidos de medicamentos ou medicações não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

A este fenômeno a doutrina nomeia de judicialização da política e, mais especificamente, judicialização do acesso à saúde. Denomina-se judicialização a

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-9287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

crescente provocação do Judiciário para decidir questões que, *a priori*, são afetas aos outros Poderes.

Obviamente, o acesso à justiça é consentâneo com um Estado Democrático, não sendo compatível com um modelo autoritário. Nesse sentido, pontuam Cappelletti e Garth: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁸.

Na perspectiva pátria, a ideia de judicialização, segundo alguns doutrinadores, teve início com a formatação do acesso das classes menos favorecidas aos serviços jurídicos, factibilizada pela Lei nº 1.060/1950, que dispunha sobre a gratuidade de justiça aos necessitados. Posteriormente, surgem o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Juizados Especiais de pequenas causas²⁹.

5.1 PONTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização da saúde traz seus vieses positivos e negativos. Por um lado, garante ao cidadão um direito ligado à sua dignidade humana. Se assim não fosse, as normas constitucionais teriam efeito apenas nominativo, sem qualquer eficácia social.

Sedimentando e justificando a atuação mais pró-ativa dos magistrados, assevera Mauro Cappelletti³⁰:

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade,

²⁸ Cappelletti e Garth apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 8.

²⁹ Motta apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. Op. cit., p. 9.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, o Ministro Celso de Mello defendeu a atuação do Judiciário nas políticas públicas, ainda que em situações excepcionais, quando os órgãos estatais competentes não derem o efetivo cumprimento dos encargos políticos jurídicos, e, conseqüentemente, comprometerem a eficácia e efetividade dos direitos individuais e coletivos³¹.

Os que pensam em contrário aduzem que a judicialização das políticas públicas pode significar tratamento desigual para com os cidadãos e, fundamentalmente, que o ativismo judicial configura ingerência ilegítima do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e Legislativo, solapando a harmonia que deve existir entre eles.

A judicialização parece, em uma primeira análise, atender à demanda levada ao Judiciário, garantindo-se o direito fundamental do autor da ação; entretanto, em uma perspectiva global, fracassa ou fragiliza os planejamentos que são orquestrados para abrangência coletiva. Ademais, as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Público buscam atender ao caráter preventivo de patologias, ao passo que, na grande maioria dos casos, os provimentos jurisdicionais determinam medidas curativas, destituídas de cunho profilático.

Em que pese necessária em determinadas situações, a judicialização das políticas públicas de saúde traz problemas à gestão governamental. Quando uma decisão judicial determina o fornecimento de um medicamento de alto custo para um indivíduo, esse gasto refletirá na diminuição de assistência às demais pessoas.

A judicialização do acesso à saúde traz à tona desdobramento sobre o cumprimento do princípio da isonomia. Algumas indagações são pertinentes: Quem são os destinatários dos direitos sociais? Apenas os que acionarem o Judiciário? Qual o parâmetro que o juiz utilizará para deferir um pedido desta natureza? Está o magistrado legitimado a tomar a decisão de quem tem o direito à saúde?

³¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Publicação 04.05.2004.

Além destas questões, outras são encontradas no dia a dia forense, tais como pedido de fornecimento de medicamentos que não foram chancelados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, ou, ainda, pedidos lançados de má-fé e a partir de conluíus dos profissionais médicos particulares com laboratórios.

Promover a judicialização demonstra, reflexamente, a incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo de cumprirem seus misteres no tocante à tutela dos direitos sociais (segunda dimensão) garantidos na Constituição da República.

Luís Roberto Barroso defende a atuação do Judiciário nas políticas públicas de saúde, mas sustenta a necessidade de que a interferência seja com parcimônia e limites. Falando sobre distribuição de medicamento, esclareceu o autor:

[...] a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.³²

De forma clara, Barroso³³ sintetiza as críticas que são desferidas ao fenômeno da judicialização:

- a) A norma que dispõe sobre o direito à saúde traduz uma norma programática, que se concretizaria a partir das instituições de políticas sociais e econômicas, não sendo factível a atuação jurisdicional. Por muito tempo, o Judiciário brasileiro, inclusive o STF, seguiu este pensamento.

³² BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

³³ Op. cit.

- b) Complicação no arranjo institucional de competências na área da saúde. A Constituição de 1988 estabeleceu que o direito à saúde fosse promovido através de políticas sociais e econômicas, sendo tal tarefa do Poder Executivo, que tem a noção macro dos recursos disponíveis, e não do Judiciário, que, regra geral, decide com vista ao plano micro.
- c) Necessidade de legitimação democrática. As políticas públicas são desdobramentos de escolhas públicas. O detentor do poder – o povo – elege seus representantes e estes decidem quais os campos de atuações governamentais. Se o Legislativo e Executivo estabelecem as políticas prioritárias a serem atingidas, não cabe ao Judiciário redimensionar as escolhas políticas.
- d) Implicações da reserva do possível. As demandas sociais são infinitas e os recursos públicos finitos. A elaboração de um orçamento público jamais será compatível com a efetivação de todos os direitos.
- e) Desorganização da Administração Pública. A atuação governamental é baseada em políticas de grande escala, programas de atendimento integral. As decisões judiciais não consideram estes vetores ao serem prolatadas. Invariavelmente, um provimento jurisdicional provoca um transtorno administrativo, pois exigirá uma realocação de recursos.

O aumento das demandas judiciais na área da saúde é de tal monta, e as decisões judiciais passaram a interferir de forma significativa no cumprimento dos orçamentos públicos, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, recomendando “aos Tribunais (estaduais e federais) a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”³⁴.

O propósito do CNJ é no sentido de fornecer aos magistrados um apoio técnico na área da saúde, e, por consequência, evitar, por exemplo, a determinação de fornecimento de medicamentos de alto custo quando existem outros de mesmo princípio ativo, de valor inferior, bem como de alertar aos juízes quando o medicamento pleiteado não tem registro na Anvisa.

³⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-doconselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Especificamente na questão do fornecimento de medicamentos, Luís Roberto Barroso³⁵ aponta alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial, seja em relação às ações individuais, seja nas coletivas.

O Poder Executivo, a partir de estudos técnicos, e sendo detentor da visão macro e gerencial, elabora as listas de medicamentos que atendem às necessidades prioritárias, tendo por base os recursos disponíveis. Os medicamentos não constantes nas listas devem ser entendidos como aqueles não escolhidos pelo povo – através de seus representantes. Este é um argumento da democracia. Nesta toada, ao Judiciário compete tão somente garantir o fornecimento dos medicamentos selecionados pelo Poder Público. Tanto o STF quanto o Superior Tribunal de Justiça já seguiram este entendimento³⁶.

Quanto às ações coletivas, pontua o constitucionalista que a alteração das listas de medicamentos disponíveis deve ser objeto de análise em sede de demandas coletivas. Apesar de não poder refazer as escolhas promovidas pelo Executivo e Legislativo, o Judiciário poderá afastar condutas abusivas³⁷.

Sob outro viés, Fábio Corrêa Souza de Oliveira entende que o Poder Judiciário participa da elaboração e efetivação das políticas públicas. Ressalta que esta participação não é da mesma forma que as dos outros Poderes, sendo que a análise deverá ser tópica. Segundo este professor, a referida atuação se sustenta no controle de jurisdição de duas maneiras: “1ª) quando determina àquele incumbido, se em omissão total, a construção ou realização de política pública, bem como o ajuste ou a correção de política já existente; 2ª) quando, por ato próprio, edifica e/ou implanta política pública”³⁸.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

³⁶ STF, SS 3.073/RN, Rel^a Min. Ellen Gracie, DJU 14.02.2007; STJ, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 02.02.2004.

³⁷ Ao final de seu parecer jurídico, pondera Barroso a respeito da atuação do Judiciário no fornecimento de medicamentos:

- a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.
- b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.
- c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.
- d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

³⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 418.

Em breve síntese, Fábio Oliveira sustenta que as políticas públicas devem ser encaradas como mecanismos para dar eficácia jurídica e social aos direitos fundamentais³⁹. Se a Constituição da República traça o catálogo de direitos, a implementação destes é consequência lógica, sendo que a ausência de condutas por parte do gestor público faz ensejar o envolvimento do Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual caminha para uma mudança de paradigmas. A visão montesquiana da tripartição dos Poderes deve ser revisitada. As crescentes demandas da sociedade exigem uma atuação mais célere dos Poderes da República.

O Judiciário não deve ser visto como órgão censor dos demais Poderes. Em que pese relativizada a separação dos Poderes, o campo de atuação de cada um deles continua existente e factível.

Guindado ao *status* de direito fundamental, o acesso à saúde é direito recorrentemente analisado pelo Judiciário, que, por sua vez, deve se guiar pela harmonia dos Poderes, porém sem desvencilhar do seu dogma de guardião das minorias, seio das decisões contra majoritárias.

A judicialização das políticas de saúde não ocorre por ingerência do Poder Judiciário, mas decorre da atuação tímida ou de pouca consistência do Poder Público.

A legitimação do administrador público e do legislador flui de suas escolhas através do voto popular. A eles são conferidas a autonomia e prerrogativas de se fazer as escolhas públicas, principalmente no tocante à implementação dos direitos determinados pela Constituição. Quando tais Poderes não cumprem seu mister, justifica-se a atuação jurisdicional, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor do direito fundamental do cidadão.

Em razão da complexidade e dos rigores na aplicação dos recursos públicos, sobretudo pelo viés de política macro, ao Judiciário cabe uma atuação mais residual. As escolhas públicas são mais afetas ao Legislativo e Executivo, que são representantes diretos do povo. Excepcionalmente, justifica-se a atuação mais pró-ativa dos órgãos jurisdicionais, a fim de garantir a dignidade do ser humano.

³⁹ Op. cit., p. 419.

Regra geral, não se mostra plausível o Judiciário determinar o campo de implementação ou a modalidade de política pública a ser efetivada. Esta não é sua tarefa e nem encontra guarida constitucional. Todavia, em situações de excepcionalidade, notadamente diante da omissão abusiva ou do desvio de perspectiva dos demais Poderes, é forçoso que este quadro seja sindicado pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.); BARCELLOS, Ana Paula de et al. *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoesdo-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

CORNELLA, Víctor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. In: *Los límites da democracia*, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: Why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política*: duas análises. São Paulo: Lua Nova, 2002.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA et al. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde*: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EL MOVIMIENTO 15-M EN ESPAÑA

THE 15-M MOVEMENT IN SPAIN

Miguel Ángel Presno Linera¹

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la
Universidad de Oviedo (España)

RESUMEN: En este texto se analiza el origen y desarrollo del llamado movimiento 15-M en España. Este movimiento tiene características *ackermanianas* porque se organiza al margen de la política institucional y su éxito se debe a las graves circunstancias laborales, económicas y sociales, así como a la creciente desafección que por las instituciones políticas siente la ciudadanía. También tiene características *habermasianas*: propósito de permanecer temporalmente, una organización reticular y la voluntad de comunicación entre ciudadanía e instituciones.

PALABRAS CLAVE: movimientos sociales; movimiento 15-M; los indignados; democracia deliberativa

ABSTRACT: *This paper analyzes the origin and development of the so called*

15-M movement in Spain. This movement has Ackerman's characteristics like being organized outside the institutional policy and its success is due to the tough conditions of employment, the economy and social life, as well as the growing unhappiness of the population with the political institutions. It has also Habermas' features: the intention to remain temporarily, a network organization and willingness of communication between citizens and institutions.

KEYWORDS: *social movements; the 15M movement; the indignants movement; deliberative democracy.*

Ni es el propósito de este texto ni cuenta el autor con la capacidad necesaria para realizar un exhaustivo análisis sociológico de lo que ha venido siendo el movimiento 15-M en

¹ Acreditado como Catedrático de Derecho Constitucional; mail: presnolinera@gmail.com; blog jurídico: *El derecho y el revés* <http://presnolinera.wordpress.com>; web: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>.

España². No obstante, parece oportuno estudiar de manera breve si es una parte de la sociedad civil que, en la línea defendida por Jürgen Habermas, asume y condensa el eco que los problemas sociales encuentran en los ámbitos de la vida privada, proyectándolo y amplificándolo sobre la esfera política pública³, o si responde más bien a la idea de Bruce Ackerman, quien, refiriéndose a Estados Unidos, recuerda que desde 1776 cada generación ha mirado a las instancias políticas y ha descubierto que el gobierno del momento se encaminaba de manera decidida a la opresión, a lo que se ha venido dando la misma respuesta: un movimiento opositor se organiza al margen de las instituciones para rescatar

² He estudiado este movimiento y algunas de sus actividades en “¿Nos representan o no?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 46, 2002 (<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>); “El 15M y la democracia real”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 25, 2012; “Los escraches”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 37, 2013, y *El 15-M y la promesa de la política* (en prensa).

Pueden verse los estudios de Joan SUBIRATS: *Otra sociedad, ¿otra política?: De “No nos representan” a la democracia en común*, Icaria, 2011; Carlos TAIBO: *Nada será como antes. Sobre el movimiento 15-M, y El 15-M en sesenta preguntas*, ambos en Libros de la Catarata, Madrid, 2011; Pilar VELASCO: *No nos representan: el manifiesto de los indignados en 25 propuestas*, Temas de Hoy, Madrid, 2011; VARIOS AUTORES: *Reacciona: 10 razones por las que debes actuar frente a la crisis económica, política y social*, Aguilar, Madrid, 2011; VARIOS AUTORES: *Juventud sin futuro*, Icaria, 2011; VARIOS AUTORES: *La rebelión de los indignados: Movimiento 15M: Democracia real, ¡ya!*, Editorial Popular, 2011; VARIOS AUTORES: *Nosotros, los indignados: las voces comprometidas del 15M*, Destino, 2011; VARIOS AUTORES: *Las voces del 15-M*, Libros del lince, 2011; Kerman CALVO/Teresa GÓMEZ-PASTRANA/Manuel JIMÉNEZ/Luis MENA: “Especial 15-M”, *Zoom Político*, nº 4, 2011, <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes/zoom-politico/especial-15-m> (consultado el 28 de octubre de 2013); Tiina LIKI: “15M Revisited: A Diverse Movement United for Change”, *Zoom Político*, nº 11, 2011, <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes/zoom-politico/15m-revisited-a-diverse-movement-united-for-change> (consultado el 28 de octubre de 2013); VARIOS AUTORES: *Les veus de les places*, Icaria, 2011, http://www.icariaeditorial.com/pdf_libros/Les%20veus%20de%20les%20places.pdf (consultado el 28 de octubre de 2013); Arcadi OLIVERES: *¡Ya basta!*, Angle Editorial, Barcelona, 2012; Marcos ROITMAN ROSENMAN: *Los indignados: el rescate de la política*, Akal, 2012, y Amador FERNÁNDEZ-SAVATER: *Política literal y política literaria (Sobre ficciones políticas y 15-M)*, 2012, http://www.eldiario.es/politica/Politica-politica-literaria-ficciones-politicas-Amador_Fernandez_Savater_EDIFIL20121203_0001.pdf (consultado el 28 de octubre de 2013); VARIOS AUTORES: “Democracia, participación y representación”, nº 46 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2012; <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>

Con unas pretensiones de globalidad: María Jesús FUNES RIVAS (ed.): *A propósito de Tilly: conflicto, poder y acción colectiva*, CIS, Madrid, 2011; Carlos SEVILLA/Joseba Fernández/Miguel URBÁN (eds.): *Ocupemos el mundo! Occupy the world!*, Icaria, 2012; Josep María ANTENTAS/Esther VIVAS: *Planeta indignado. Ocupando el futuro*, Sequitur, Madrid, 2012; Donatella DELLA PORTA/Mario DIANI: *Los movimientos sociales*, CIS/UCM, Madrid, 2012, y Manuel CASTELLS: *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza, Madrid, 2012.

³ *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 447.

al gobierno de la corrupción en nombre de “nosotros, el pueblo”, tratando así de reorientar el futuro constitucional del Estado⁴.

La referencia a Ackerman adquiere particular relevancia pues, como es bien conocido, no es un apologeta ni de la “democracia radical”, defendida por Habermas como una forma caracterizada por la preeminencia del espacio público⁵ ni mucho menos de la “contrademocracia” postulada por Pierre Rosanvallon⁶, sino que más bien, en la línea compartida por John Rawls⁷, propugna un respeto absoluto a la organización y funcionamiento de las instituciones representativas, con un escaso protagonismo del “pueblo” en circunstancias políticas “normales”, si bien ese relativo letargo de la opinión pública desaparecerá en las circunstancias excepcionales, en los “momentos constitucionales”⁸.

Mientras para Jürgen Habermas el proceso deliberativo debe tener una vocación de continuidad y la sociedad civil debe ser una red de redes donde se formulen necesidades, se elaboren propuestas políticas concretas y se controle la realización efectiva de los mandatos constitucionales, Bruce Ackerman atiende a los momentos constitucionales en los que surge un *movimiento* integrado por los activistas, un grupo numeroso de ciudadanos dispuestos a dedicar una gran cantidad de tiempo y de esfuerzos para conseguir una nueva agenda constitucional.

Sostiene Ackerman, recordando esos movimientos, que los republicanos *jeffersonianos* no se habían vuelto paranoicos cuando reclamaban una segunda revolución norteamericana para salvar a la república de los federalistas “monocráticos”. Con independencia de lo que podamos pensar de su diagnóstico, ellos lo creían con firmeza y, lo que no es menos importante, actuaban en consecuencia, y lo mismo ocurrió después con los republicanos *Free Soil* de Lincoln, los demócratas del *New Deal* de Roosevelt o la *derecha religiosa*

⁴ “The Living Constitution”, *Harvard Law Review*, nº 7, vol. 120, 2007, pág. 1757; puede consultarse en <http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/ackerman.pdf> (consulta de 28 de octubre 2013). Hay traducción al español de Carlos M. Enrígue con el título *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

⁵ *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 136, y 251 y sigs.

⁶ *La contra-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, París, 2006; hay versión española: *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, 2007. Salvo que se indique otra cosa, las citas se referirán a la edición original en francés; aquí a las págs. 24 y sigs.

⁷ *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993.

⁸ *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

de George W. Bush⁹, a los que se podría añadir, en mi opinión, el *Tea Party* y su propuesta del *Contract for America*¹⁰ como nueva agenda constitucional.

Resulta sumamente arriesgado formular conclusiones sobre lo que es, en términos de movimiento, el *15-M* español, pues, entre otras razones, su tiempo de existencia es corto y tampoco es diáfana su composición, pero aceptando el peligro de equivocarnos se podría decir, en primer lugar, que en su momento fundacional está presente ese impulso opositor que describe Ackerman: se organiza un movimiento desde la política no institucional para “rescatar al gobierno de la corrupción en nombre de nosotros, el pueblo, y redefinir el futuro constitucional” de España, y su eclosión se debe, en buena medida, a las circunstancias especialmente graves por las que está atravesando el país, en especial en el ámbito laboral, económico y social¹¹, así como a la creciente desafección que por las instituciones políticas siente la ciudadanía¹².

⁹ Ackerman, “The Living Constitution”, *ob. cit.*,..., pág. 1760.

¹⁰ Que incluye 10 puntos: 1.- Identify constitutionality of every new law; 2.- Reject emissions trading; 3.- Demand a balanced federal budget: Begin the Constitutional amendment process to require a balanced budget with a two-thirds majority needed for any tax modification; 4.-Simplify the tax system; 5.- Audit federal government agencies for constitutionality; 6.- Limit annual growth in federal spending; 7.- Repeal the health care legislation passed on March 23, 2010; 8.- Pass an ‘All-of-the-Above’ Energy Policy; 9.- Reduce Earmarks; 10.- Reduce Taxes.

¹¹ En los primeros meses de 2011 el paro alcanzó a más de 4.000.000 de personas; en el mes de mayo de ese año España era el país de la Unión Europea con una tasa más alta y el único que superaba el 20% (20’9%); <http://tasadeparo.com/tasa-de-paro-ue-mayo-2011>; la tasa de pobreza era también de las más altas de Europa (20’8%) y a finales de año la situación económica era próxima al colapso: <http://www.ine.es/prensa/cntr0411.pdf> (consulta de 28 de octubre de 2013).

¹² Según el Centro de Investigaciones Sociológicas, la situación política a lo largo de 2011 es considerada regular en el mejor mes (octubre) por el 19.8.% de las personas y en el peor por el 27’2% (diciembre); mala en el mejor mes (marzo) por el 37’5% y en los peores (enero y octubre) por el 40’2%, y muy mala en el mejor mes (diciembre) por el 22.2% y en el peor (octubre) por el 33.4%;

http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/sA301010020.html;

En el Barómetro del CIS de octubre de 2011 todas las instituciones – incluida la Monarquía – y salvo las Fuerzas Armadas, suspenden en el grado de confianza, siendo las peor valoradas los partidos políticos, el Gobierno y las Cortes Generales; en el caso de la Monarquía fue la primera vez que ocurría. El primer sentimiento que genera la palabra política es desconfianza (39’2%) y el segundo irritación (para el 22%).

http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2900_2919/2914/Es2914.pdf (consultado el 28 de octubre de 2013).

A lo largo de 2012 la valoración de la situación política ha seguido siendo muy negativa; según el Barómetro de noviembre es considerada regular en el mejor mes (octubre) por el 16.8.% de las personas y en el peor (enero) por el 30’8%; mala en el mejor mes (junio) por el 33’8% y en el peor (noviembre) por el 37’9%, y muy mala en el mejor mes (enero) por el 18% y en el peor (octubre) por el 39.9%;

Y como los activistas que menciona Ackerman, también en las concentraciones que se realizaron en las plazas españolas había un gran número de personas dispuestas a invertir buena parte de su tiempo y esfuerzo en la consecución de una nueva agenda constitucional. Eso explica no solo la gran afluencia de personas a las asambleas celebradas durante los meses de mayo, junio y julio de 2011, sino también que surgieran múltiples grupos en los barrios de las grandes ciudades, y en pueblos y villas de tamaño pequeño y mediano, así como el indudable éxito de convocatoria que tuvo la llamada “Unidos por un cambio global” a una manifestación de carácter mundial el 15 de octubre de 2011, llegando a 951 ciudades de 82 países de los cinco continentes, y las posteriores del 18 de diciembre de 2011 reclamando un nuevo sistema electoral y la del 12 de mayo de 2012, un año después de la primera gran movilización¹³.

En segundo lugar, la implicación constante y el esfuerzo de un número considerable de personas ha permitido que en los meses siguientes se fueran desarrollando multitud de actividades de diversa índole¹⁴, y que algunas de las reivindicaciones y propuestas, sobre las que se volverá con detalle más adelante, se hayan mantenido en el debate social y político, y hayan tenido acogida en las instituciones: así, por ejemplo, el 15 de diciembre de 2011 se presentó en varios Parlamentos autonómicos una petición avalada por miles de personas, al amparo del derecho reconocido en el artículo 29 de la Constitución, para que esas Cámaras promuevan una reforma de la Norma Fundamental en tres artículos que hasta ahora han venido coartando la intervención de los ciudadanos en el gobierno de los asuntos públicos: el artículo 87. 3 sobre las iniciativas legislativas populares, el 92 sobre los referendos y el 166 que excluye de la iniciativa popular el procedimiento de reforma de la Constitución. Esta petición dice¹⁵;

Las personas abajo firmantes, al amparo del artículo 29 de la Constitución española de 1978 que reconoce el derecho fundamental de petición colectiva, y de

http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/sA301010020.html (consultado el 28 de octubre de 2013).

¹³ <http://www.democraciarealya.es/blog/2012/04/25/el-12-de-mayo-%C2%A1toma-la-calle/>; <http://tomalaplaza.net/> (consulta de 28 de octubre de 2013).

¹⁴ Pueden verse en <http://tomalaplaza.net/> (consulta de 28 de octubre de 2013).

¹⁵ Más información en <http://porlademocraciadirecta.org/> (consulta de 28 de octubre de 2013). En Asturias se presentaron 7.700 firmas avalando la petición colectiva, 1.463 en Aragón, en Castilla-La Mancha 700, 3.000 en Castilla y León, 1.000 en Cataluña y en Cantabria, 400 en La Rioja, más de 1.000 en Galicia,...

acuerdo con lo previsto por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, solicitamos que, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, remita a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición para la reforma de los artículos 87.3, 92 y 166 de la Constitución de manera que:

1. Se supriman los límites materiales que impiden el ejercicio de la iniciativa legislativa popular en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional y en lo relativo a la prerrogativa de gracia,
2. el referéndum previsto en el artículo 92, además de sobre cuestiones políticas de especial trascendencia, pueda versar, tal y como contemplaba el Anteproyecto de Constitución, sobre las leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, y la derogación de leyes en vigor. También que el referéndum pueda ser solicitado por 500.000 personas y que el resultado sea vinculante si ha participado en la votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y si lo aprueban por mayoría de los votos válidamente emitidos,
3. la ciudadanía pueda, en número de 500.000 personas, promover la reforma de la Constitución.

Solicitamos que una vez aprobada esta reforma por las Cortes Generales se someta a referéndum de acuerdo con lo previsto en el artículo 167 de la Constitución.

Finalmente pedimos que la contestación a esta petición se inserte en el diario oficial que corresponda.”

Esta petición fue admitida a trámite por el Parlament de Catalunya, las Cortes de Aragón y de Castilla y León, y los Parlamentos de Navarra y Cantabria, y fue remitida a los respectivos Grupos Parlamentarios para que, en su caso, la respaldasen. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Junta General del Principado asumió esta iniciativa y la registró el 5 de diciembre de 2012, lo que hizo posible el 24 de mayo de 2013 se debatiera por vez primera en la historia constitucional española, una iniciativa de reforma constitucional

procedente de una petición ciudadana¹⁶. Tras el debate, la iniciativa fue tomada en consideración, iniciando así su tramitación para, en su caso, la remisión posterior al Congreso de los Diputados.

Otro ejemplo bien conocido de actuación llevada a cabo por las asambleas y grupos vinculados al movimiento *15-M*, aunque ahora tengan un perfil propio y merecen un estudio detallado, es la denuncia y rechazo de la precaria situación de miles de familias que han sido desahuciadas de sus viviendas o están pendientes de procesos que podrían desembocar en ese resultado. Stop Desahucios y la Plataforma de Afectados por la Hipoteca han paralizado decenas de desahucios y han incidido en que tanto el Gobierno como algunas entidades bancarias reconozcan la magnitud de este problema y esbozen algunas medidas, aunque hasta la fecha han sido manifiestamente inoperantes¹⁷.

¹⁶ <http://www.presspeople.com/pr/iu-lleva-junta-modificacion-constitucion-plantea>; <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1308875>; <http://anleo.jgpa.es:8080/documentos/Boletines/PDF/9A-1601.pdf> (consultadas el 28 de octubre de 2013).

¹⁷ Véanse <http://www.stopdesahucios.es/> y <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com/> (consultadas el 28 de octubre de 2013). También la iniciativa legislativa popular articulada en la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_008 (consultada el 28 de octubre de 2013).

El Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 10 de marzo), que, en palabras de esa misma disposición, incluye “diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real... La mayoría de las medidas serán de aplicación a quienes se encuentren situados en el denominado umbral de exclusión. En este sentido, se ha determinado que los beneficiarios sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia. Este umbral es sensible igualmente a la situación económica de los demás miembros de la unidad familiar, así como de los titulares de las garantías personales o reales que, en su caso, existiesen. Se adoptan también cautelas para impedir que pueda producirse un acogimiento fraudulento o abusivo a las medidas propuestas. El modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al que, voluntariamente, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento por aquellas será supervisado por una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Asociación Hipotecaria Española... El citado Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán

Por mencionar un tercer ejemplo, no parece exagerado atribuir a las reivindicaciones del movimiento *15-M* la aprobación de la Ley Orgánica nº 7/2011, de 15 de julio, de modificación del artículo 160 de la Ley Orgánica nº 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que dispuso el carácter público del Registro de Intereses de Diputados y Senadores. No en vano en la Exposición de Motivos se dice que se “pretende contribuir a liberar a los Diputados y Senadores de injustificables valoraciones negativas que muchas veces se predicán del colectivo de los políticos teniendo como única base los juicios previos. Prejuicios que sólo pueden arraigar en una opinión pública no suficientemente informada. En consecuencia, la Ley aspira a que los ciudadanos tengan información sobre el patrimonio y rentas de sus representantes políticos y que puedan acceder a ella fácilmente a través del «Boletín Oficial de las Cortes Generales» y de la página web de cada Cámara. Con el fin antedicho, procede, además, tramitarla con urgencia y que sean los parlamentarios actuales, los Diputados y Senadores que aprueban la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”.

Finalmente, tampoco parece ajeno a las demandas del *15-M* el compromiso asumido por la práctica totalidad de las formaciones políticas que concurrieron a las elecciones del 20 de noviembre de 2011 de aprobar una Ley de Transparencia. Aunque sobre esta cuestión, y de manera crítica, también volveremos más

solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible... Las medidas anteriores se complementan con otras modificaciones legales de índole procesal y fiscal. En materia procesal se procede a simplificar y aclarar el procedimiento de ejecución extrajudicial previendo una subasta única y un importe mínimo de adjudicación y remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario la regulación de la venta extrajudicial, posibilitando, entre otras medidas, la subasta *on line*. En materia fiscal, las escrituras públicas de formalización de las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de Buenas Prácticas quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados...”; puede consultarse el articulado en http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/rdl_006_2012.pdf (consulta de 28 de octubre de 2013).

Con antelación, en julio de 2011, tras meses de presión popular, se aprobó el Real Decreto 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Con esta norma se elevó del 50 al 60% del valor de tasación el precio mínimo por el que las entidades bancarias podían adjudicarse las viviendas que salían a subasta pública por impago de la hipoteca. Para sortear esta previsión, muchas entidades financieras incorporan a la puja a una sociedad filial, de manera que al haber más de una oferta pueden adjudicarse la vivienda por el 50% del valor de tasación, y no por el 60%. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-11641> (consulta de 28 de octubre de 2013).

adelante, es oportuno anticipar ahora que el 23 de marzo de 2012 se presentó dicho Anteproyecto de Ley de Transparencia¹⁸, que ha ido acompañado de un novedoso, aunque decepcionante en su articulación, proceso público de consulta electrónica¹⁹.

Si los ejemplos anteriores encajan en la conceptualización de movimiento descrita por Bruce Ackerman, lo cierto es que en el *15-M* también están bien presentes los rasgos con los que caracteriza Jürgen Habermas a estos fenómenos: se advierte una vocación de continuidad; también cuenta con una articulación reticular, de la que son buena prueba los centenares de asambleas y su pretensión, no siempre lograda, de funcionamiento coordinado²⁰; asimismo, como ya se ha mencionado, se han venido elaborando propuestas políticas concretas, lo que desmiente su calificación como movimiento puramente de protesta y no de propuesta, y se pretende un control eficaz del cumplimiento, por parte de las instituciones, de la realización efectiva de los principios democráticos.

Debe insistirse en que la mayoría de las reclamaciones de *Democracia real ¡ya!*, ni son propuestas inéditas en espacios académicos, políticos y sociales, ni mucho menos propias de movimientos *anti-sistema*, si por tales se entienden los que rechazan las instituciones. De hecho, varias de sus propuestas ya habían sido reclamadas con antelación por varias formaciones políticas integradas *en el sistema* (reforma del Ministerio Fiscal para garantizar su independencia, modificación de la Ley Electoral para alcanzar un sistema auténticamente representativo y proporcional, reducción de los cargos de libre designación,...), por instituciones *del sistema* como el Consejo de Estado (modificación de la Ley Electoral²¹) o el Consejo General del Poder Judicial (cuestionamiento de la

¹⁸ <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm> (consultada el 28 de octubre de 2013)

¹⁹ <http://www.leydetransparencia.gob.es/index> (consultada el 28 de octubre de 2013)

²⁰ Ya se han celebrado dos encuentros estatales de portavocías de Asambleas del 15-M: el primero en Madrid los días 8 y 9 de octubre de 2011 y el segundo en Castellón los días 25 y 26 de febrero de 2012; puede verse información en <http://encuentro15m.tomalaplaza.net/> (consultada el 28 de octubre de 2013).

²¹ Véase el Informe en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2013); las aportaciones académicas están incluidas en el libro, ya mencionado, *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado/CEPC, Madrid, 2009. Es de sumo interés el trabajo de Enrique GUILLÉN LÓPEZ: "El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma (Lo que nunca pudo haber sido y no fue)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, págs. 195 y sigs.

propuesta de desarrollo de la *Ley Sinde*) e, incluso alguna ya ha sido aprobada, al menos en parte, por *el propio sistema* y ha entrado en vigor, quizá por casualidad o más bien por causalidad, en fechas bien próximas (publicación obligatoria del patrimonio de los cargos públicos)²².

En suma, el *15-M* ha aportado protestas y propuestas, con lo que incluye elementos *habermasianos* y *ackermansianos*. Pero también aspira a actuar como movimiento de “vigilancia”, lo que permite, en la terminología ya mencionada de Pierre Rosanvallon, aludir a su fuerte componente “contrademocrático”, entendido como forma de democracia de contrapeso, un contrapoder articulado a partir de los movimientos sociales, que sirva para mantener las exigencias de servicio al interés general por parte de las instituciones.

Y una de las concreciones de la *contrademocracia* es el “poder de vigilancia”, que hunde sus raíces, cuando menos, en la Revolución francesa y que, sin olvidar sus manifestaciones totalitarias bien descritas por Orwell y Foucault²³, puede aportar no un control antidemocrático del poder sobre la sociedad sino una forma de vigilancia del poder por parte de la sociedad²⁴. En este sentido, una entidad tan poco sospechosa de *anti-sistema* como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya anticipó en 1963 que la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos constituye un instrumento eficaz de control (asunto *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963).

El propio desarrollo tecnológico que hoy hace más creíble que nunca la existencia de un *gran hermano* orwelliano permite también, y desde la otra perspectiva, concebir una sociedad vigilante que, de forma descentralizada y difusa, pueda desnudar al poder y provocar acontecimientos de indudables consecuencias políticas. Porque otra forma en la que se puede concretar la vigilancia es la *denuncia*, y hoy tienen capacidad para ejercerla, como en décadas

²² La Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, de modificación del artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General dispuso que “el contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público. Las Mesas de las Cámaras, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, acordarán el procedimiento para asegurar la publicidad.”; http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG_A455.PDF; puede verse http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/registro_intereses y <http://www.senado.es/legis9/senadores/index.html> (consulta de 28 de octubre de 2013).

²³ Véanse sus obras *Sécurité, territoire, population*, Gallimard-Seuil, París, 2004 y *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, París, 2004.

²⁴ ROSANVALLON: *ob. cit.*,..., págs. 35 y sigs.

pasadas, los medios de comunicación²⁵ – recuérdese, por citar un caso obvio, el escándalo del Watergate, que desembocó en la primera renuncia de un Presidente en la historia de Estados Unidos –, bien a título individual o con la colaboración de organizaciones más o menos complejas – una bien conocida es Wikileaks²⁶ –, pero también los propios ciudadanos – los documentos que ha divulgado Wikileaks procedían de personas anónimas – disponen cada vez de más capacidad de supervisión y denuncia.

Al principio de estas páginas se recordaba que en su comparecencia ante la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre el 11 de marzo de 2004, el sociólogo Manuel Castells declaró que “...lo que se demostró esos días es que los ciudadanos pueden construir a partir de Internet, a partir de los móviles, a partir de los SMS y a través del internet móvil, de los WAP, etcétera y de otro tipo de redes alternativas, como las *Wi Fi* que están desarrollándose en todo el mundo, redes de comunicación, de información que no dependen del control de los gobiernos, ni del control directo o indirecto de los grandes medios de comunicación y, por tanto, pueden circular informaciones distintas, incluso en algunos casos, como el del 13-M, informaciones políticas y de acción política en un día en que no se podía; pero una cosa es un partido, otra cosa es un medio de comunicación legal y otra cosa es la gente montando sus propias redes...”²⁷.

Y en materia de redes sociales ya se ha mencionado, al comentar el nacimiento del 15-M, la enorme incidencia de herramientas como los *blogs*, *facebook* y *twitter*²⁸, que no solo sirven como vía de comunicación global y de debate, no pocas veces encendido, dentro del *movimiento*, y de éste con la sociedad²⁹, sino

²⁵ Es bien conocida la frase de Louis BRANDEIS: “la publicidad es justamente elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. La luz del sol se dice que es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica es el policía más eficiente”; *Other People's Money – and How Bankers Use It*, 1913. Véase, al respecto, el libro de John B. THOMPSON *Political Scandal: Power and Visibility in the Media Age*, Polity Press, Londres, 2000.

²⁶ <http://wikileaks.org/> (consulta de 28 de octubre de 2013).

²⁷ http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CI/CI_005.PDF#page=106 (consulta de 28 de octubre de 2013).

²⁸ Sobre la incidencia de y en Twitter (y algo más): Eva María FERRERAS RODRÍGUEZ: *Redes sociales y cambio social. El movimiento 15-M y su evolución en Twitter*, *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, nº 89, 2011, disponible en http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/seccion=1266&idioma=es_ES&id=2011102410330001&activo=6.do (consulta de 28 de octubre de 2013).

²⁹ <http://www.facebook.com/Take.the.Square>; <http://takethesquare.net/>; <http://globalrevolution.tv/>; <http://www.facebook.com/SpanishRevolution> (consulta de 28 de octubre de 2013).

como un potente mecanismo de denuncia en el sentido al que ahora nos estamos refiriendo: las llevadas a cabo para frenar los procesos de desahucio de personas en situación de especial vulnerabilidad son un buen ejemplo³⁰.

Finalmente, además de la observación atenta y la eventual denuncia existe una tercera forma de vigilancia sobre las instituciones que sería la *certificación* o *evaluación* cualificada de los comportamientos públicos. A las bien conocidas instancias públicas encargadas de supervisar y certificar las actividades de las instituciones, se unen hoy personas y entidades no gubernamentales que, merced a su capacidad profesional e intelectual, pueden ejercer una intensa actividad de vigilancia e influir en la percepción social del funcionamiento de los poderes públicos y, por extensión, en los propios poderes. Un ejemplo bien conocido lo constituye en el ámbito político e institucional *Transparencia Internacional*³¹, organización no gubernamental de ámbito universal y dedicada a combatir la corrupción, tanto al interior de los países como en las relaciones económicas, comerciales y políticas internacionales. Para ello impulsa campañas de concienciación sobre los efectos de la corrupción, promueve la adopción de reformas políticas, el establecimiento de acuerdos internacionales sobre la materia,...

En cuanto a actuaciones de *evaluación*, próximas o vinculadas al movimiento 15-M, es bien conocida la que lleva a cabo ATTAC³² – mucho antes del propio 15-M – y, en general, por mencionar algunos ejemplos, las que han venido haciendo un estudio crítico y alternativo de las políticas económicas desarrolladas por la mayoría de los gobiernos de los países desarrollados para, supuestamente, salir de la crisis³³.

³⁰ <http://www.stopdesahucios.es/> (consulta de 28 de octubre de 2013).

³¹ <http://www.transparency.org> y <http://www.transparencia.org.es/> (consulta de 28 de octubre de 2013).

³² <http://www.attac.org/> y <http://www.attac.es/> (consulta de 28 de octubre de 2013).

³³ Ya se han mencionado publicaciones como las Philippe ASKENAZY/Thomas COUTROT/André ORLÉAN/Henri STERDYNIK: *Manifiesto de economistas aterrados*, Editorial Pasos Perdidos, Barataria, 2011; Manuel FERNÁNDEZ VILCHEZ: *EL 15M, algunos conceptos de política económica*, Bubok, 2012, también en <http://www.bubok.es/libros/205222/EL-15M-algunos-conceptos-de-politica-economica> (consultado el 28 de octubre de 2013), y Vicenç NAVARRO/Juan TORRES LÓPEZ/Alberto GARZÓN ESPINOSA: *Hay alternativas: propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, (8ª edición), Sequitur, 2011; <http://www.vnavarro.org/wp-content/uploads/2011/10/hayalternativas.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2013).

En las páginas anteriores se ha analizado el fundamento político y constitucional del movimiento *15-M*, su carácter deliberativo, sus críticas a la organización y funcionamiento de las instituciones llamadas a expresar la representatividad política de la sociedad, y algunas de sus propuestas para que el anhelo de establecer una sociedad democrática avanzada sea una realidad. A modo de recapitulación final se podrían enumerar las siguientes conclusiones:

Primera. El *15-M* ha evidenciado que la ciudadanía no está idiotizada, en el sentido de la Grecia clásica, ni puede ser considerada, en palabras de Tucídades, como “inútil”.

Segunda. Para valorar el grado de participación política de la sociedad no se puede reparar solo en el número de personas que votan en los procesos electorales, sino que debe tenerse en cuenta también la asistencia a las concentraciones y manifestaciones, el respaldo a iniciativas legislativas populares, la demanda de consultas ciudadanas, el activismo electrónico,...

Tercera. El *15-M*, con toda su heterogeneidad, sus contradicciones y problemas internos, es expresión del afán de miles de personas por independizarse del corsé en el que se sienten constreñidas por unas instituciones de gobierno y unas organizaciones políticas anquilosadas y con discursos caducos, y el deseo de libertad para interactuar por medio del discurso con otras personas, experimentando así también la dificultad inherente a la toma de decisiones que nos afectan a todos.

Cuarta. Siguiendo la terminología de Pierre Rosanvallon, cuando hablamos del *15-M* hablamos de un movimiento que pretende una interacción intensa entre la ciudadanía y la esfera política, ejerciendo una democracia de expresión, mediante la que formula críticas a las actuaciones de los poderes públicos y expresa sus reivindicaciones; una democracia de implicación, a través de conjunto de actuaciones mediante las que sus integrantes se relacionan entre ellos para conseguir un entorno común, y una democracia de intervención, relativa al conjunto de actuaciones colectivas que ha venido desarrollando para obtener resultados como un sistema político más transparente y participativo, un control efectivo de los principales actores económicos, un sistema tributario equitativo,...

Quinta. En una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un lugar adecuado para la participación política.

Sexta. Está plenamente justificad la afirmación “no nos representan” entendida como reproche para demandar una modificación de la Ley Electoral que garantice un sistema auténticamente representativo y proporcional que no discrimine a ninguna fuerza política ni voluntad social.

Séptima. Hace falta una profunda reforma que repare la ausencia de instrumentos eficaces de control del Gobierno, que ha devenido en la institución más poderosa de los sistemas constitucionales, en detrimento de un Parlamento cada vez más irrelevante.

Octava. La toma de las decisiones más relevantes para la comunidad debe llevarse a cabo a través de procedimientos que garanticen la publicidad y el debate.

Novena. Es imprescindible promover la participación directa de la ciudadanía en el procedimiento legislativo tanto en la fase de iniciativa del mismo – eliminando los límites a la iniciativa legislativa popular –; en la fase deliberativa – permitiendo que pueda opinar en sede parlamentaria para mejorar la información que reciben las Cámaras, intensificar la transparencia y publicidad de la actividad legislativa, y potenciar la legitimidad de las leyes y su eficacia –, y en la fase final, regulando la figura del referéndum derogatorio.

Décima. Recordando las palabras de Hanna Arendt, se trata de alcanzar el hermanamiento del poder comunicativo con la generación de derecho legítimo, recuperando así *la promesa de la política*.