

DUPLICIDADE VERSUS UNIDADE DE JURISDIÇÃO: AS QUESTÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO COMPARADO¹

*DUPLICITY VERSUS UNITY OF JURISDICTION: THE ADMINISTRATIVE
ISSUES IN COMPARATIVE LAW*

Alexandre Coutinho Pagliarini²

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (ULISBOA,
Cidade Universitária, Lisboa, Portugal)

Eduardo Ramos Caron Tesserolli³

Professor no Curso de Especialização (Unicuitiba, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito administrativo; direito comparado; direito processual; direitos fundamentais.

RESUMO: Caracterizando-se como estudo de Direito Comparado, este *paper* analisa e compara o contencioso administrativo da França com a jurisdição administrativa no Brasil, segundo as características de cada modelo,

concluindo-se pela inexistência de um contencioso administrativo brasileiro, nos moldes do francês, mas pela existência de uma jurisdição administrativa brasileira, especialmente caracterizada pela (i) unidade de jurisdição, (ii) pela especialização da Justiça Federal quando está envolvida a União e (iii) pelo exercício da função administrativa, pelo Poder Executivo, por intermédio de processos ad-

¹ Artigo finalizado no dia 11 de setembro de 2017 em Curitiba, Paraná, Brasil.

² Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da Uninter (Curitiba/PR). Editor-Chefe da Revista IUS Gentium (ISSN 2237-4965). Autor das Editoras Saraiva, Forense, Fórum, Lumen Juris, GZ e Juruá. Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Tradutor francês-português-francês e inglês-português-inglês. Advogado. *E-mail:* alexandrepagliarini@terra.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>>.

³ Mestrando em Direito pela Uninter. Professor no Curso de Especialização da Unibrasil. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Unicuitiba. Vice-Presidente da Associação Paranaense de Direito e Economia (Adepar). Advogado. *E-mail:* eduardo.tesserolli@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5050565027562363>>.

ministrativos legitimadores das decisões administrativas. *Par contre*, o modelo de jurisdição administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo, (ii) as decisões proferidas por tais órgãos são definitivas, e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas. A partir desses elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional (administrativo). Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos Poderes (Montesquieu, 1968), não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa (definitiva) no seio do Poder Executivo. Mas, em razão de as fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Essa decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico. Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas. O agir administrativo é processualizado em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Em face desse dispositivo, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A França possui uma jurisdição administrativa não togada que exclui a interferência do Poder Judiciário francês. No Brasil, toda e qualquer questão administrativa pode ser discutida perante o Poder Judiciário, com as ressalvas referentes ao não controle judicial de todo ato discricionário⁴. Os direitos fundamentais são garantidos em ambas as tradições, de formas distintas.

ABSTRACT: *Characterizing itself as a Comparative Law study, this paper analyzes and compares the administrative litigation of France with the administrative jurisdiction in Brazil, according to the characteristics of each model, concluded by the inexistence of a brazilian administrative justice, just as the french one, but by the existence of a brazilian administrative jurisdiction, especially characterized by (i) the jurisdiction’s unit, (ii) the specialization of the Federal Judiciary and (iii) the exercise of the administrative function by the*

⁴ “No caso da discricionariedade, faz-se sua limitação por meio de procedimentos interpretativos até chegar às alternativas ou opções válidas, ou seja, igualmente justas e idôneas em que a escolha, que poderá ou não ser feita pelo administrador, adotará somente critérios de política administrativa ou governmental considerados como apropriados pelo administrador. Não há, portanto, ingerência limitativa na discricionariedade efetiva”. É o que ensina sobre o alcance da discricionariedade administrativa o Professor Saddy (2016, p. 29).

Executive Branch, through administrative processes that legitimize administrative decisions. On the other hand, the french administrative jurisdiction model basically states that (i) there are bodies with jurisdictional powers within the structure of the Executive Branch, (ii) the decisions rendered by such bodies are final, and (iii) the powers of the administrative judges are restricted. From these elements, it is stated that there is an “administrative litigation” in France because of the existence of a body in the Executive Branch with jurisdictional (administrative) power. On the other hand, the system of brazilian jurisdictional unity, influenced by the purity of the principle of separation of powers (Montesquieu, 1968), did not allow the creation of organs with (definitive) powers of administrative jurisdiction within the Executive Branch. However, because the formal sources of administrative law allow for self-control (self-control, internal control in the broad sense), a system of control of administrative acts was built in an administrative process, through which is taken a new decision on the legality of the questioned act. This decision is a new administrative act, which may reject the contested act, extinguishing it and editing another in its place, or recognize the legality it, keeping it in the legal world. Therefore, it can be affirmed that there is process in the scope of the Public Administration, before the understanding of the “procedure” as a legitimate of administrative decisions. The administrative action is processed due to the fundamental guarantee of the due legal process established in art. 5th, inc. XXXV, CR/1988. In view of this mechanism, the law recognizes the need for dialogue to legitimize the State decision-making process. France has unfettered administrative jurisdiction which excludes interference by the French judiciary. In Brazil, any and all administrative matters can be discussed before the Judiciary, with the provisos regarding non-judicial control of any discretionary act. Fundamental rights are guaranteed in both traditions, in different ways.

PALAVRAS-CHAVE: direito comparado; direitos fundamentais; contencioso administrativo francês; jurisdição administrativa una (Brasil).

KEYWORDS: comparative law; fundamental rights; french administrative litigation; united administrative jurisdiction (Brazil).

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desenvolvimento; 3 Conclusões; Referências.

SUMMARY: 1 Introduction; 2 Development; 3 Conclusions; References.

1 INTRODUÇÃO

Desenvolver qualquer estudo de direito comparado requer, antes disso, que se aguça a percepção de que não se vive mais no Estado hegeliano ou naquele de Montesquieu. A internacionalização (boa ou ruim) dos espaços cosmopolitanos e a própria União Europeia são exemplos de novas ordens que não são necessariamente estatais. Fora esses

internacionalismos, não há que se duvidar que os Estados nacionais de Hegel e de Montesquieu foram ultrapassados, há muito. Por exemplo, do mesmo modo que, a partir de uma ideologia puramente liberal, afirma-se que “quanto menos Estado, melhor” (ao se pensar, por exemplo – em tempos de Donald Trump, em um ente estatal menos provedor, concluir-se-á que o “Obama Care” necessariamente deva ser abortado, e, então, reina o “quanto menos Estado, melhor!”, de Mr. Trump!). Por outro lado, se se guarda em mente que em países menos providos de riquezas o Estado ainda se faz maciçamente presente – e se torna um ente promotor de desenvolvimento (intervencionismo na ordem econômica) –, então pensar-se-á e visualizar-se-á um Estado provedor (interventor).

No Brasil, prevalece a ideia de que a jurisdição é exercida unicamente pelo Poder Judiciário, que age como agente pacificador da sociedade. Significa isso que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do preceito inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. Mais do que uma teoria, afirma-se que a jurisdição brasileira é una e indivisível, cabendo ao Judiciário proferir a última palavra sobre dado litígio, e sobre esta “última palavra” produzirá efeitos a coisa julgada (*res iudicata*). Diz-se, então, que a decisão judicial transitada em julgado não pode mais ser impugnável – em tese.

Sobre este dogma, parece de grande utilidade o estudo das competências conferidas aos membros do Poder Judiciário brasileiro para produzir atos judiciais aptos a, inclusive, resolver questões atinentes à boa Administração Pública, teleologicamente destinadas à concretização de direitos fundamentais (Pagliarini, 2014, p. 33), em comparação com aquelas estipuladas pelo regime do “contencioso administrativo”⁵ francês, o qual está estruturado fundamentalmente em uma dualidade jurisdicional em que (entre os gauleses!) há a figura do “juiz-judicial” e outra do “juiz-administrativo”. Ao juiz-administrativo francês cabe

⁵ O uso da expressão contencioso administrativo neste texto considera a importante advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60), escorado em Marcello Caetano (2003, p. 388), que se preocupa com a conotação absolutista do termo, carregada de conotação histórica: “Propositadamente evitamos, quanto possível, empregar a expressão *contencioso-administrativo*. É que, como em várias ocasiões temos frisado, pesa sobre ela uma carga emocional influenciada por factores históricos e preocupações políticas determinante de um preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos actos da Administração ao conhecimento dos juizes ordinários. Ora, é necessário desprender o conceito de contencioso administrativo das suas origens históricas em França e trata-lo à luz dos princípios gerais de Direito *sine ira ac studio*” (Caetano, 2003, p. 388).

a apreciação de litígios de administrados em face da Administração Pública. Por sua vez, ao juiz-judicial francês cabe, apenas, os litígios versados em matéria civil e criminal. Isso significa, mais ou menos, que um juiz-judicial francês faz – mais ou menos – o que um juiz-judicial brasileiro fazia no século XIX⁶.

1.1 PROLEGÔMENOS METODOLÓGICOS

Metodologicamente, este pretende ser um estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição administrativa brasileira, principalmente sob os aspectos da competência para atuação dos agentes destinatários da norma para resolver conflitos instaurados entre Administração Pública e particulares. Aqui, realizaram-se estudos de bibliografias especializadas de autoria de célebres juriconsultos franceses e brasileiros.

O tema é analisado no Brasil com certa parcimônia. Tem-se a impressão de que a unidade de jurisdição acachapou o estudo da jurisdição administrativa. Mas não. Há espaço e demanda para o estudo da temática.

Basta uma breve leitura do art. 109 da Constituição da República de 1988 para se perceber que foi criada uma jurisdição administrativa na Justiça Federal para processar e julgar causas em que a União, autarquia (federal), sociedade de economia mista (federal), empresa pública (federal) e fundação pública (federal) forem autoras, rés, assistentes ou oponentes; entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município; aquelas ações fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, e algumas outras previstas no referido dispositivo, apenas como exemplo. Há, ainda, a previsão constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa em processos administrativos (art. 5º, incisos LIV e LV, da CR/1988), principalmente naqueles de cunho disciplinar. Isso pode indicar a existência de uma jurisdição administrativa não togada no Brasil, que se deslinda no seio do próprio Poder Executivo, evidentemente sob o constante risco de anulação, pelo Judiciário, em caso de

⁶ Francisco Rezek ensina isso expressamente em suas palestras, quando relata uma conversa sua com o ex-Premiê espanhol Felipe Gonzales, que, amigo do insigne jurista brasileiro, indagou-lhe “como é que pode um juiz brasileiro se meter até na vida política de uma presidente da República eleita pelo povo (?)”, no que Rezek lhe respondeu que, no Brasil, toda questão é jurisdicionável perante o Judiciário togado, absolutamente toda questão! Esta palestra de Rezek ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no dia 12 de agosto de 2016 e foi testemunhada pelos autores deste artigo e por inúmeras autoridades e estudantes (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UcxEg3JNV04>>).

ação ou omissão antijurídica (quebra do princípio da legalidade majorado, ou seja, antijuridicidade).

Quer-se saber se o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição brasileira permite afirmar se o devido processo legal administrativo pode ser chamado de contencioso administrativo⁷ no Brasil, a exemplo do que ocorre na França; e a resposta é não! O modelo francês confere à dicotomia público-privado especial força distintiva, conduzindo ao apartamento entre direito público e privado em sentido subjetivo, considerando públicos aqueles litígios que envolvem o Estado.

Uma crítica deve ser desenvolvida a partir da concepção do Direito Privado Administrativo⁸, aquele que considera essencial ao Estado Pós-Moderno a intrínseca relação entre direito público e privado, superando-se a ideia de poder extroverso do Estado como marca primordial de um regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de outra concepção de derrogação do chamado direito comum. O objetivo é realizar os interesses do cidadão previstos na Constituição em sentido material, promovendo igualdade – na concepção da *Melhoria de Pareto* (Domingues, 2011, p. 39-47).

⁷ Entendido, aqui, em sentido formal, como “[...] órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (Moreira Neto, 1977, p. 70).

⁸ Segundo Maria João Estorninho, “[...] a especificidade deste Direito Privado Administrativo está no facto de a entidade administrativa não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas” (Estorninho, 2009, p. 122). A teoria de Estorninho cuida de analisar a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, pois “o risco de serem lesados os direitos fundamentais, por parte da Administração Pública, é especialmente grande e é, sem dúvida, maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência”. E explica o substrato desta afirmação: “A razão para este facto não estará no facto de a Administração ser ‘menos fiel’ à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo” (Estorninho, 2009, p. 224). Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em obra por si coordenada dedicada ao tema, ensina: “[...] o regime jurídico privado (ou direito privado administrativo), com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto do direito administrativo: na Administração Pública como *sujeito*, na Administração Pública como *atividade* (função administrativa do Estado), nas *relações jurídicas* de que é parte e nos *bens* que integram o seu património”. Em seguida, a autora estabelece o ciclo evolutivo da relação entre direito administrativo e direito civil, apontando o estágio atual: “Se quisermos resumir, *grosso modo*, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, pode-se partir de uma primeira fase, do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de *fuga para o direito privado*); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo” (Di Pietro, 2013, p. 7).

O estudo das obras referenciadas neste artigo permitiu concluir que a comparação da conformação estrutural dos dois modelos jurisdicionais (Brasil e França) é diferente, partindo-se de uma comparação de tais estruturas por meio de um panorama histórico, descritivo da evolução dos dois modelos de jurisdição. Por isso, considerando que na França (i) há dualidade de jurisdição, quer dizer, o ordenamento jurídico conferiu a órgãos vinculados ao Poder Executivo a competência para resolver conflitos instaurados entre Administração Pública e particulares e o Poder Judiciário recebeu a atribuição de julgar causas cíveis e criminais, percebe-se que (ii) no Brasil inexistente contencioso administrativo puro (*à la française*), pois a jurisdição brasileira é una e ao Judiciário cabe apreciar toda lesão ou ameaça de lesão a direito; vale dizer, o Poder Judiciário detém a atribuição de exercer a função jurisdicional com exclusividade na criação da *res iudicata* protegida constitucionalmente até contra a lei (inciso XXXVI do art. 5º da CR/1988). Ainda, ponderando-se as críticas trazidas por Jean Rivero ao contencioso administrativo francês, diante dos conflitos de competências que surgiram ao longo dos anos, conclui-se aqui que seria uma involução propor alterações à Constituição de 1988 e, conseqüentemente, no âmbito infraconstitucional, pois a comparação das características normativas dos dois modelos permite concluir que o modelo brasileiro está mais apto à eficácia em resolver conflitos do que aquele francês.

Entretanto, a garantia constitucional do devido processo legal administrativo permite afirmar que a Administração Pública brasileira tem o processo administrativo como meio de resolução de conflitos com os particulares apto a produzir decisões eficazes diante do dever de promover a participação do particular no procedimento de produção.

1.1.1 Problematizações

Ao se levar em consideração os prolegômenos metodológicos supradescritos, resta ao cientista do Direito apresentar questionamentos e apontar soluções às problemáticas introduzidas no texto. É nesse sentido que se propõem as seguintes perguntas, as quais serão respondidas pontualmente ao final deste texto, amparadas pela justificativa doutrinária constante no desenvolvimento do presente *paper*.

As perguntas são:

- a) Problema de pesquisa número 1: O contencioso administrativo francês é puro?

- b) Problema de pesquisa número 2: Até que ponto a jurisdição administrativa brasileira é, de fato, una?
- c) Problema de pesquisa número 3: O Brasil está certo ao adotar uma jurisdição togada una (inclusive em questões administrativas)?
- d) Problema de pesquisa número 4: No Brasil, os direitos fundamentais ao (i) devido processo legal e ao (ii) contraditório e à ampla defesa são observados nos procedimentos administrativos-administrativos⁹ e nos processos administrativos judicializados?

2 DESENVOLVIMENTO

O Direito Administrativo passou a ser estudado, contemporaneamente, sob o enfoque da transformação das finalidades da Administração Pública nos últimos vinte anos. Tradicionalmente, ensinava-se que o atendimento do *interesse público* pelo Estado era seu fim último; que *razões de Estado* poderiam ser motivação de qualquer decisão administrativa, ausente qualquer outro fundamento.

Com a *constitucionalização do Direito*, passou-se a estudar o Direito Administrativo à luz da Carta Magna e Política do Estado. Tornou-se fim do Estado (e da Administração Pública) a realização de direitos fundamentais, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (conforme arts. 3º e 5º da CR/1988).

A Constituição de 1988 eleva o cidadão à categoria de detentor do poder e partícipe das decisões estatais. Com isso, deve-se reconhecer que a *relação de administração* se tornou dialógica, exigindo a participação da população como diretriz para organização da atividade (saúde e assistência social são exemplos); surgiu o direito constitucional de participação popular. Ouvir e atender aos anseios da sociedade é dever do Estado e da Administração Pública e, ao mesmo tempo, marca de uma postura dialógica, oposta ao autoritarismo patrimonialista superado no Brasil.

Desse modo, a democratização da atuação administrativa estatal passou a ser analisada sob a luz do direito de o cidadão intervir nas decisões, antes mesmo de elas serem tomadas. Inaugurou-se a ideia de *processualidade* do agir administrativo. Essa ideia foi impulsionada por uma norma da Constituição

⁹ Levados a cabo exclusivamente pelo Poder Executivo.

de 1988 (art. 5º, incisos LIV e LV) e pelas leis que regulamentam o processo administrativo nas esferas federal e estadual (Sundfeld, 2012, p. 23)¹⁰.

O processo administrativo passou a ter valor substantivo na Constituição da República de 1988. Atualmente, poucas são as decisões tomadas sem o conhecimento prévio do cidadão, bem como sem oportunizar-se ao particular manifestar-se antecipadamente sobre o chamado “mérito administrativo” – sob o manto da legalidade (ou juridicidade, correspondente à análise da constitucionalidade do agir administrativo), legitimidade, impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa.

São *cases* naturais deste estudo as competências jurisdicionais de órgãos do Poder Judiciário para decidir questões de direito público, as quais envolvem o Estado como parte, dos Tribunais de Contas, do Conselho Administrativo de Defesa da Economia – Cade, o julgamento das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional, o julgamento de processos administrativos disciplinares pelos órgãos da Administração Pública; nessa esteira, pode-se – firmemente! – afirmar que há uma jurisdição administrativa brasileira. Mas a questão é mais profunda: há um contencioso administrativo no Brasil?

O estudo da jurisdição administrativa francesa e das suas contribuições ao estudo da jurisdição brasileira se torna relevante a partir da leitura dos livros *Direito administrativo* (1981) e *Curso de direito administrativo comparado* (2004), ambos da autoria de Jean Rivero, importante publicista francês. Ainda, as importantes contribuições de Carlos Ari Sundfeld (2012) e Romeu Felipe Bacellar Filho (2009) para o estudo comparado dos sistemas também serão abordadas neste artigo.

A partir dessas obras (Rivero, Sundfeld e Bacellar), percebe-se que a especialidade do sistema francês se insere na organização administrativo-jurisdicional propriamente dita, e não sobre as regras especiais de competência. Diferentemente da realidade da Constituição francesa, caso houvesse unicamente a distribuição de competências entre órgãos jurisdicionais centralizados na estrutura do Poder Judiciário francês, poderia se reconhecer uma proximidade maior com o modelo brasileiro. Desse modo, pode-se afirmar com certa margem

¹⁰ Carlos Ari Sundfeld ensina que a “ideia é que as decisões (atos administrativos) teriam sempre de ser tomadas por meio de *processos*, com direito à ampla participação dos interessados e com vários mecanismos para o controle do decidido (dever de justificar e de dar publicidade às decisões, direito de recorrer contra elas etc.)” (Sundfeld, 2012, p. 23).

de segurança que, sob a luz das regras de competência do juiz administrativo francês e do juiz brasileiro, há pouca diferença. E essa constatação é o primeiro passo para o vencimento da barreira dogmática – talvez um verdadeiro tabu – para enfrentamento do tema sob a perspectiva de direito comparado.

Serão identificados pontos de intersecção entre os modelos francês e brasileiro e, a partir deles, críticas serão tecidas com o intuito de aprimorar ou de elogiar o sistema brasileiro, propiciando-se a evolução do controle da Administração Pública.

2.1 FUNDAMENTOS DA CRIAÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

A lapidar frase que inaugura o Título IV (A Jurisdição Administrativa), do livro *Direito administrativo* (Rivero, 1981), merece ser transcrita: “A existência de uma organização jurisdicional especializada no julgamento dos litígios administrativos separada da jurisdição ordinária é um dos traços essenciais do sistema francês” (p. 155).

A criação da jurisdição administrativa francesa, por exemplo, deu-se na Revolução Francesa por retomada da experiência do Antigo Regime, raciocínio esse que, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60-61), “guardava um sentido histórico inequívoco: o sentimento generalizado de desconfiança em relação ao poder Judiciário, inspirado na lembrança dos parlamentos do Antigo Regime”. Nasceu a partir de um *princípio* interpretado sob o influxo de uma *tradição* (Rivero, 1981, p. 157). O substrato jurídico para a estruturação desse pensamento foi uma interpretação do princípio da separação dos poderes (Bacellar Filho, 2009, p. 61), pois havia desconfiança sobre eventual abuso de poder por parte dos membros do Poder Judiciário ao decidir sobre atos administrativos, sob o pretexto de limitar eventuais desvios de poder por parte dos membros do Executivo. Receava-se legitimar o caminho para um governo de juízes¹¹.

Com efeito, na França recém-despontada do *Ancien Régime*, havia uma desconfiança enorme da magistratura, de tal sorte que se se deferisse aos juízes a competência para a resolução de conflitos

¹¹ Sobre o assunto, ler “Não há governo dos juízes”, do catedrático da Sorbonne e sucessor de Kelsen (PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014).

envolvendo a Administração Pública e os particulares, estar-se-ia a submeter a atividade administrativa, criando-se o risco de degeneração em um instrumento de usurpação e despotismo. Essa concepção radical da separação orgânico-funcional do poder político conduziu à impossibilidade de submissão do Poder Executivo e seus conflitos ao Poder Judiciário e, assim, criou-se, no âmbito da própria Administração Pública, o órgão incumbido do julgamento dos conflitos que a envolvessem. (Maiolino, 2012)

Jean Rivero (1981, p. 157) ensina que a jurisdição administrativa é dispensável, pois há países, como os anglo-saxões (e o modelo jurisdicional brasileiro se aproxima do anglo-saxão nesse tocante), que vivem sem; na França, “nasceu por um concurso de circunstâncias históricas; sobreviveu por razões práticas”. E, segundo o pensado por Montesquieu, o princípio da separação dos poderes pode fundamentar tanto a criação de órgãos no Executivo para julgar litígios envolvendo atos administrativos quanto a delegação de tal dever para o juiz comum (membro do Judiciário togado) (Rivero, 1981, p. 157-158).

A análise do sistema de dualidade ou duplicidade de jurisdição parte, necessariamente, da compreensão diversa acerca do princípio da separação de poderes, encontrada no sistema anglo-saxão e francês, principalmente. Criaram-se, a partir daí, dois modos de controle da Administração Pública: um interno à própria organização administrativa, tipicamente francês, em que o poder jurisdicional é partilhado entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, dando origem ao sistema de dualidade de jurisdição, e outro, em que o monopólio da jurisdição é conservado nas mãos do Poder Judiciário, a quem compete dirimir os conflitos de direito comum, bem como aqueles decorrentes do Direito Administrativo.

[...]

Antes da eclosão da Revolução Francesa e a derrocada do *Ancien Régime* todo o aparato administrativo prestava-se à consecução daquilo que era determinado pelo monarca, quem se beneficiava da atividade administrativa que então se desenvolvia. No entanto, a queda do antigo, e sua substituição pelo moderno,

tinham como uma de suas determinantes político-ideológicas o estabelecimento de uma sociedade e, em consequência, de um Estado, que não fosse governado pelos homens, mas pelas leis, produto da razão humana segundo a filosofia iluminista e capaz, por isso, de conduzir a sociedade ao “reino das leis” segundo o bem comum. (Maiolino, 2012)

Jean Rivero (1981, p. 158) afirma que a opção dos homens articuladores da Revolução Francesa foi a tradição. “O *Ancien Régime* conheceu tribunais especializados nas matérias administrativas (Corte dos Auxílios, Câmaras de Contas, Tribunais de Águas e Florestas)”. Preponderaram os conflitos entre os parlamentos e a administração monárquica, provocados pelo rei, preocupado em vencer as resistências impostas pelos parlamentares, julgando, *per se*, casos administrativos. Por isso, reforça-se, o fundamento para criação da jurisdição administrativa francesa e do contencioso administrativo, por sua vez, foi o princípio da separação dos poderes de Montesquieu. A Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, estipulou que “as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas”. E, assim, os “juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma e acção dos corpos administrativos, nem citar, para comparecer à sua presença, os administradores por motivos das respectivas funções” (Caetano, 2003, p. 385). Marcello Caetano (2003, p. 386) afirma:

Teoricamente continua a dizer-se que os tribunais administrativos e o Conselho de Estado (que, além das secções de contencioso, possui as secções consultivas) são órgãos da Administração, constituem a sua “consciência”, são “a Administração que se julga a si própria”. Na realidade eles formam uma hierarquia de tribunais de competência especializada, distinta e independente do Poder Judiciário, mas com as mesmas garantias.

Desse modo, observada a criação do sistema de controle da legalidade da atividade administrativa no seio do Poder Executivo, retirando-o do Poder Judiciário, útil analisar-se os dois aspectos da jurisdição administrativa destacados por Jean Rivero.

2.2 DUPLO ASPECTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA FRANCESA

Há dois aspectos, um negativo e outro positivo, destacados por Jean Rivero (1982, p. 158-159). O negativo diz respeito à impossibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; por outro lado, no aspecto positivo, os litígios serão apreciados por um juiz (administrativo). Antes da reforma da Constituição do ano VIII¹² vigia o sistema administrador-juiz, no qual é “o próprio administrador activo – rei e, após a queda da Monarquia, os ministros ou, para outras categorias de litígios, o directório de departamento” quem os soluciona (Rivero, 1981, p. 159). Após a reforma da Constituição do ano VIII, o *Conseil d'État*, antes meramente órgão consultivo, passa a realizar a justiça delegada. Além do Conselho de Estado, foram criados os conselhos de Prefeitura ligados aos municípios (Bacellar Filho, 2009, p. 63).

2.3 EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA FRANCESA

Destacam-se três etapas principais da evolução da jurisdição administrativa francesa: (i) a etapa que parte da *justiça reservada* à *justiça delegada*; (ii) segue para a etapa marcada com o “desaparecimento da jurisdição do ministro”; e (iii) culmina com a “organização da jurisdição administrativa” (Rivero, 1981, p. 160). Prosper Weil afirma que, a partir da Lei de 24 de maio de 1872, a qual conferiu a *justice déléguée*¹³ ao Conselho de Estado, “a administração fica submetida ao controlo de uma verdadeira jurisdição, que decide directamente ‘em nome do povo francês’”, e complementa, ao dizer que esta lei criou, “ao mesmo tempo, um Tribunal dos Conflitos, composto por um número igual ao de

¹² John Gilissen informa que a Constituição francesa do ano VIII (1799) passou a vigor em 1800 no regime napoleônico e trouxe algumas alterações à organização judiciária francesa, especificamente: (i) a separação dos poderes; (ii) os juízes passaram a ser profissionais, “nomeados vitaliciamente pelo Poder Executivo (ou seja, pelo Primeiro Cônsul, mais tarde, pelo Imperador)”; (iii) restabelecimento das “custas fiscais (custas, direitos de registro de sentenças, etc.) em matéria judiciária”; (iv) extinguiu a necessidade de representação processual por advogado, por receio de manutenção de benefícios do Antigo Regime (fato que mudou, posteriormente, com o restabelecimento da Ordem dos Advogados por Napoleão por meio da lei do Ventoso do ano XII - 1804); (v) audiências passaram a ser públicas e as sentenças motivadas; e (vi) extinção dos foros privilegiados, impondo igualdade formal a todos os homens, pois seriam julgados pelas mesmas cortes – mantidos os tribunais do comércio e os militares (Gilissen, 2008, p. 494-495).

¹³ Significa *justiça delegada* em português (tradução livre).

membros do *Conseil d'État*¹⁴ e de conselheiros da *Cour de Cassation*¹⁵ e encarregado de decidir sobre os conflitos de competência entre as duas ordens jurisdicionais, a administrativa e a judiciária” (Weil, 1977, p. 16).

Para o fim de explicar a primeira etapa, expõe-se que justiça reservada era aquela exercida pelo próprio soberano, quem reservou a si mesmo o poder de decidir sobre os litígios envolvendo a Administração Pública, ao invés de delegar aos Tribunais. Assim ocorria antes da reforma do ano VIII. Após a reforma da Lei de 28 do Pluvioso do ano VIII¹⁶, a justiça administrativa passa a ser delegada, com restrita competência, ao Conselho de Estado, órgão vinculado ao governo central, o qual emite pareceres ao soberano que poderia, ou não, acatá-los (Rivero, 1982, p. 160). Antes da Lei de 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado tinha recebido autoridade e seus pareceres passaram a ser vinculantes para quem os tivesse obrigação para homologar. Após, passou a decidir litígios sem necessidade de homologação (Caetano, 2003, p. 385). Prosper Weil (1977, p. 13) afirma que o *Conseil d'État* viu-se encarregado (primeiro, pelo Primeiro Consul, e depois por vários outros Chefes de Estado que o sucederam) de preparar um projeto de solução para os litígios envolvendo a Administração. Marcello Caetano (2003, p. 385) afirma que tal fato originou a migração da *justiça delegada* para a *jurisdição própria* do contencioso administrativo.

A segunda etapa analisa a mutação da figura do soberano de “juiz de apelação” para “juiz administrativo de direito comum” (Rivero, 1982, p. 160). Nessa etapa da evolução da jurisdição administrativa surge a distinção entre jurisdição administrativa e Administração ativa com a edição do aresto “*Cadot*” pelo Conselho de Estado, em 13 de janeiro de 1889 (Bacellar Filho, 2009, p. 64).

A terceira etapa exposta por Rivero (1981, p. 161) é aquela culminada com a reforma de 1953, levada a efeito para “acelerar o curso da justiça” (Rivero, 1981, p. 216), erigiu os tribunais de prefeitura em juízes administrativos de direito comum. Estes, segundo o autor, decidem “sempre sob reserva de apelação”, salvo algumas exceções, nas quais o Conselho de Estado atua como juiz de primeira instância nas causas enumeradas no Decreto de 30 de setembro de 1953 (Rivero, 1981, p. 216). Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 65) informa decisão

¹⁴ Significa *Conselho de Estado* em português (tradução livre).

¹⁵ Significa *Corte de Cassação* em português (tradução livre).

¹⁶ Veja-se a lição de John Gilissen, que afirmou que a referida reforma ocorreu em 1799, passando a vigor a partir de 1800 (Gilissen, 2008, p. 494-495).

contemporânea do Conselho Constitucional da França, a qual indica, com valor constitucional, a competência da jurisdição administrativa para anulação ou reforma das decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Não obstante sua manutenção na Constituição francesa de 1958, não subsistem mais as razões na época da criação da jurisdição administrativa francesa. A separação entre jurisdição administrativa e Administração ativa, no seio do Poder Executivo, nunca satisfizeram plenamente os críticos liberais, pois, no momento da sua criação, havia preocupação de tal formatação ofender o princípio da separação de poderes. Montesquieu elaborou, em sua tese, a ideia de que aquele órgão, ou agente, que executa não poderia julgar, sob pena de se propiciar condições para o abuso. Segundo os críticos, aquele que age segundo a lei, cumprindo seus misteres, não pode julgar os conflitos oriundos dos seus atos. Entretanto, nesse tocante, a jurisdição administrativa demonstrou que o Executivo francês se desincumbiu da missão constitucionalmente conferida a si com sucesso¹⁷. São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original que poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas (Rivero, 1981, p. 162). E arremata: a existência de um direito administrativo original e autônomo que constitui a “única justificação sólida da existência da jurisdição administrativa” (Rivero, 1981, p. 162). Para Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 26), o trabalho dos juízes administrativos, ao exercer a jurisdição administrativa, foi essencial para (i) a constatação de que o direito privado não servia para resolver os conflitos envolvendo a Administração Pública e, por isso, (ii) para a criação de “soluções originais para a Administração, em todos esses temas”.

Conclui Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 28) que

as exceções criadas pela jurisprudência administrativa
(conjunto reiterado de decisões dos juízes adminis-

¹⁷ Para além dos benefícios que justificaram sua criação, Jean Rivero aponta inconvenientes manifestos da dualidade de jurisdições. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários” (Rivero, 1981, p. 161).

trativos) ao regime do Código Civil geraram figuras jurídicas como a *responsabilidade extracontratual do Estado*, o *contrato administrativo*, os *bens públicos* e as *pessoas jurídicas de direito público*.

Estes fortes argumentos expostos anteriormente permitem afirmar que não se faz necessário a qualquer Estado do mundo adequar seu sistema jurisdicional àquele dualismo, pois, para se criar um direito administrativo autônomo e original, basta que o ordenamento jurídico atribua competências especiais a alguns órgãos da jurisdição una para permitir que, por meio da especialização da Justiça, atinja-se este objetivo.

2.4 NOTAS SOBRE A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

No início, destacou-se a advertência de Marcello Caetano (2003) sobre a conotação autoritária da expressão “contencioso administrativo”. Neste estudo, esta fórmula vernácula será observada por mera necessidade de adequação linguístico-histórica com os textos das Constituições brasileiras de outrora. O intuito é estimular o uso da expressão “jurisdição administrativa” como consenso conceitual, pois inegável reconhecer que não existe *contencioso administrativo* no Brasil atualmente – em sentido estrito, como ocorre na França.

Ademais, as dificuldades existentes lá em face da dualidade de jurisdição são muito maiores do que as existentes aqui no Brasil, as competências da jurisdição especial exercida por órgãos da Justiça Federal – por exemplo – são estipuladas em razão das pessoas submetidas ao conflito, ao invés de se utilizar critérios materiais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto traça três grandes períodos da história do Direito no Brasil (Moreira Neto, 1977, p. 16): o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano.

No Brasil Colônia, as autoridades consideradas como magistrados – o juiz ordinário, o juiz de fora, os corregedores e ouvidores do rei – detinham a chamada jurisdição administrativa (Perlingeiro; Greco, 2009, p. 61). O regime de gestão adotado era o das Ordenações municipalistas, em razão da aplicação da legislação portuguesa.

No Brasil Imperial existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa. Dilvanir José da Costa (1985, p. 149) aponta que,

prestando serviço ao Poder Moderador, o Conselho de Estado era um órgão consultivo supremo para pronunciamentos sobre as nomeações de Senadores [...]. Percebe-se, nessa primeira fase, o Conselho de Estado como órgão eminentemente consultivo, com intervenções para propiciar o equilíbrio nas relações entre os Poderes. Na definição determinada pela Lei de 1841 foram introduzidas, pela primeira vez, as atribuições próprias do contencioso administrativo. Ao lado das funções consultivas, passa a exercer as de índole jurisdicional.

A Constituição de 1824¹⁸, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março daquele ano, criou quatro poderes. Destaque para o Poder Moderador, com forte caráter político, exercido pelo Imperador e auxiliado por um Conselho de Estado (Paula, 1979, p. 274)¹⁹⁻²⁰.

¹⁸ Apenas como notícia interessante e correlata à história da Constituição de 1824, lembre-se que o Imperador D. Pedro I foi o mesmo Rei Pedro IV, de Portugal, que outorgou a Constituição portuguesa de 1826. As duas Constituições foram promulgadas pela mesma pessoa e são muito semelhantes, inclusive.

¹⁹ Ensina Dilvanir José da Costa (1985, p. 150) que “a dualidade de jurisdição (autoridades administrativas e judiciária) teve no Conselho de Estado do Império, um grande suporte”. Como instituição jurisdicional manifesta-se como órgão competente para as decisões entre a administração e os particulares: “Funcionava o Conselho como jurisdição de primeira instância em relação a determinadas matérias - conflitos de atribuição e questões de presas marítimas -, cabendo-lhe, ao mesmo tempo, como última instância, decidir sobre os recursos que lhe eram impostos contra decisões de outras autoridades administrativas - Ministros de Estado, Presidentes de Províncias, autoridades fiscais; contra decisões de jurisdições especiais, com as do Tribunal do Tesouro, dos Tribunais de Comércio, parte administrativa e das Tesourarias Provinciais. Exercia, ainda, o C.E. um controle jurisdicional sobre os atos das autoridades eclesiásticas, a origem legal da famosa questão religiosa de 1872/75 [...]”.

²⁰ Pela concisão eficiente de grande número de informações, cita-se trecho do estudo de Edylcéa Nogueira de Paula (1979, p. 274): “Este órgão foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, restabelecido em 1841, por D. Pedro II. No ano seguinte, fez-se a sua regulamentação através do Regimento nº 124, de 05.02.1842, concedendo-lhe a função jurisdicional em casos de conflitos negativos entre o juiz ordinário e os presidentes das Províncias, relativos a causas em que fossem apreciados atos administrativos, decidindo pela competência da jurisdição ordinária ou do autocontrole da Administração”.

A Constituição de 1891 alterou a realidade da Constituição anterior, de inspiração francesa, e inaugurou o sistema de jurisdição una²¹, estabelecendo competências especiais para uma Justiça Federal, que ficou incumbida de “julgar toas as ações intentadas pelos particulares contra a União e por esta contra os particulares”²², essencialmente. Opostamente, os Estados-membros receberam a jurisdição comum e geral, para julgar ações criminais e as de direito privado. O juiz federal absorvera, então, o “contencioso administrativo”, antes atribuição do Conselho de Estado brasileiro de 1824. Durante a segunda fase (republicana), com a edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894²³, surge a hipótese de controle dos atos administrativos por intermédio de ação judicial específica (Moreira Neto, 1977, p. 17). Interessante é perceber um resquício

²¹ Confira-se a lição de Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 647): “L’influence française qui a marqué l’adoption de l’idée d’un État administratif n’a pas été détruite par la Constitution de la République de 1891, d’inspiration nord-américaine. Il est vrai qu’à ce mont-là, le Brésil a connu un changement de cap en direction du modèle juridictionnel de justice commune à l’américaine, supprimant le Conseil d’État qui avait été emprunté au modèle français. Il a également intégré durant cette période le présidentialisme et le fédéralisme”.

²² Tal regramento estava previsto no art. 60, alínea b: “Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: [...] b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo; [...]” (Brasil, 1891).

²³ Vejam-se os dispositivos específicos da Lei nº 221/1894 pertinentes ao estudo: “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. [...] § 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstando-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma facultade ou poder discricionário sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder. § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição. § 11. As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão. § 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal. [...]” (Brasil, 1894). Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 644-646) leciona: “Um tel effort de création s’est produit à partir d’un acte fondateur, à savoir, la Constitution de 1824, instituant la séparation des pouvoirs, um Conseil d’Etat et une déclaration des droits fondamentaux. [...] La Loi nº 221 de 1894 a défini les compétences du juge au regard de l’administration publique en s’appuyant sur les notions d’acte administratif, d’autorités administratives, de lésion de droits individuels et d’annulation (art. 13): ‘Les juges et les cours fédérales examineront et jugeront les affaires fondées sur la lésion de droits individuels par des actes ou une décision des autorités administratives de l’Union’; ‘l’autorité judiciaire, em vérifiant que l’acte ou la résolution en question est illegal, l’annulera em totalité ou em partie, dans le but d’assuer le droit du justiciable’; ‘Sont réputés illegaux els actes ou décisions administratives en raison de la non-application ou del’application incorrecte du droit en vigueur’”.

autoritário do direito administrativo oitocentista, pois a lei limitava o controle do ato discricionário ao vício de legalidade e ao excesso de poder, claramente influenciado, ainda, pelo direito administrativo do Conselho de Estado francês.

Previu a Constituição, então, o *habeas corpus* como medida hábil a combater ilegalidade e abuso de poder, não se restringindo à mera defesa da liberdade de locomoção (Paula, 1979, p. 274; Moreira Neto, 1977, p. 18). No entanto, com o advento da reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* se restringiu à defesa da liberdade de locomoção, eclodindo o anseio por um novo remédio constitucional. Em 1934, outorgou-se nova Constituição, influenciada pela de Weimar, a qual criou o *mandado de segurança*. Após período do Estado Novo e do advento da Constituição de 1937, restabeleceu-se a democracia representativa por intermédio da Constituição de 1946, inserindo o mandado de segurança novamente no ordenamento jurídico, o qual passou a receber regulamentação do Código de Processo Civil de 1939 e pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (Moreira Neto, 1977, p. 18-20). Até o advento da Constituição de 1967, alterada pela EC 1/1969, nenhuma alteração legislativa relevante para o tema do “contencioso administrativo” foi realizada.

Foi com a promulgação da Emenda Constitucional nº 7/1977 que o “contencioso administrativo” tomou novo fôlego no cenário nacional. Sob o rótulo de reforma do Poder Judiciário, ela promoveu as alterações inseridas nos arts. 111; 153, § 4º; 203; 204 e 205, e autorizou a criação, por lei, do contencioso administrativo, garantindo-se a inafastabilidade de controle jurisdicional do ato administrativo impugnado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca limitações de três ordens acarretadas pelo texto da EC 1/1977: quanto às *pessoas*, quanto à *matéria* e quanto à *definitividade*. No tocante às *pessoas*, será plena a competência do contencioso administrativo somente se o litígio se travar entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, nos termos do art. 205 da Constituição de 1967, alterado pela EC supracitada. Quanto à *matéria*, o rol é restrito: questões de servidores, fiscais, previdenciárias e relativas a acidentes de trabalho (Moreira Neto, 1977, p. 71-72). Por fim, quanto à *definitividade*, a falha da EC 7/1977 se encontra na timidez da abordagem pelo constituinte. Percebe-se que não se adotou a vinculação *formal* do contencioso administrativo à teoria da jurisdição una, atribuindo-se ao Poder Judiciário as competências para a jurisdição administrativa *ou* criando-se órgãos vinculados ao Poder Executivo para, exclusivamente, julgarem os litígios entre a Administração

e os particulares. Há flagrante hibridismo: o contencioso administrativo era formalmente ligado ao Executivo, exercia materialmente jurisdição, pois julgava conflitos que envolvessem a Administração, mas poderia suprimir (ablação) um grau de jurisdição, substituindo uma instância judiciária (Moreira Neto, 1977, p. 80-82).

No entanto, “o contencioso administrativo criado pelo constitucionalismo anterior não deu o passo fundamental no sentido da cisão da jurisdição em comum e especializada e, conseqüentemente, manteve a unidade de jurisdição” (Maiolino, 2012). Assim, a Constituição da República de 1988 revogou o ordenamento jurídico anterior e, atualmente, não mais existe previsão que permita a criação de um contencioso administrativo no Brasil.

2.5 A COMPARAÇÃO ENTRE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS E A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

A principal contribuição do direito administrativo francês foi a sujeição do Estado às leis que cria e a atribuição da resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública ao órgão jurisdicional vinculado ao Poder Executivo denominado Conselho de Estado. O ordenamento jurídico francês submete à responsabilização o Estado e o agente por prática de ilegalidade e excesso de poder. Esta fórmula foi reproduzida parcialmente pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para além da autotutela – o dever de autocontrole –, a Administração Pública passou a ser controlada por órgãos titulares de jurisdição, responsáveis por realizar controle externo da sua atividade. Na França, em face da dualidade da jurisdição, criaram-se órgãos como o Conselho de Estado e figuras como o juiz administrativo, ambos vinculados ao Poder Executivo, mas dotados de deveres-poderes de resolução de litígios que envolvem o Estado, conforme se explicou antes. Por sua vez, no Brasil, vigê sistema de jurisdição una, no qual o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo da hierarquia do Judiciário, sendo esse o “guardião da Constituição”, função essa que, na França, cabe ao Conselho Constitucional²⁴.

²⁴ Segundo Louis Favoreu (2004), o Conselho Constitucional exerce influência sobre a ordem jurídica e política. Afirma o autor que a jurisprudência constitucional está desafiando a dicotomia tradicional entre direito público e direito privado, impondo o direito constitucional como embasamento comum a todos os ramos da ciência do Direito para o fim de recuperar “suas funções originais de direito fundamental”; ainda, o Conselho Constitucional posicionou-se para dizer que “não exercia o poder político e que a Constituição não lhe conferia ‘um poder geral de apreciação e de decisão, idêntico ao do Parlamento’” (Favoreu, 2004, p. 101). Otto Pfersmann (2014, p. 141-142) traz uma importante nota

No Brasil, desenvolveu-se a teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da juridicidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder. Considerando que nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXV, das CR/1988), todo e qualquer ato administrativo poderá ser impugnado por meio de mandado de segurança (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXIX, da CR/1988), ação popular (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXXII, da CR/1988), ou, mesmo, por meio do exercício do direito de petição (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXIV, *a*, da CR/1988) endereçada ao órgão do Poder Judiciário competente. Bem como, ainda, pelos demais remédios constitucionais previstos no sistema jurídico pátrio, como o *habeas corpus* (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXVIII, da CR/1988) e o mandado de injunção (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXXI, da CR/1988). Ou seja, cabe ao Poder Judiciário sobre a juridicidade da decisão administrativa.

O sistema constitucional brasileiro de unidade de jurisdição comporta a criação de tal estrutura, mantendo-se íntegra a separação de poderes operada pela Constituição de 1988. Entretanto, há criação de núcleos de especialização no âmbito do exercício do poder de julgar estatal. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição.

A Justiça Federal é especializada nas matérias previstas no art. 109, e incisos, da CR/1988. Essa disposição impede que os juízes comuns, vinculados aos Poderes Judiciários estaduais, conheçam de pedidos cujos objetos estão inseridos nesse rol. Essa especialização do Poder Judiciário se discute desde a Proposta de Emenda Constitucional nº 11/1984, segundo notícia Dilvanir José da

sobre a função de direito fundamental do direito constitucional francês ao afirmar que “os direitos garantidos pela Constituição são certamente direitos que deverá respeitar o legislador, mas não são direitos por meio dos quais as pessoas que se julgam lesadas poderão apelar ao juiz a fim de que controle a lei, estando o acesso dos indivíduos excluído”. E, em nota de rodapé, ao esclarecer o trecho supracitado, destaca: “Claro que os cidadãos podem recorrer ao Conselho Constitucional como juiz eleitoral e poderá se dizer que o direito de voto é um direito fundamental. Mas não é este Direito Constitucional garantido que pode ser invocado como tal neste processo. Na França, o juiz eleitoral é um juiz da legalidade, isto é: da concretização legislativa do Direito Constitucional de voto e de elegibilidade” (Pfersmann, 2014, p. 142).

Costa (1985), e se concretizou, em parte, com a estruturação do Poder Judiciário Federal segundo o referido art. 109 da Constituição de 1988.

Não obstante, há jurisdição administrativa conferida aos juízes comuns, vinculados aos poderes judiciais estaduais. Por exemplo, é plenamente possível impugnar-se edital de licitação promovida por um Estado-membro por meio de mandado de segurança endereçado a juiz de direito; ou pode servidor público municipal questionar ato de demissão, praticado pelo Prefeito, ao arrepio do devido processo legal (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LV, da CR/1988) ou ilegalmente, diante do seu regime jurídico funcional. O controle judicial, nesses casos, é exemplo de competência atinente à jurisdição administrativa exercida pelo Poder Judiciário estadual.

Considerando-se a exposição precedente, pode-se concluir que não há contencioso administrativo (sentido formal)²⁵, propriamente dito, no Brasil. Para viabilizar sua instituição seria necessário que o ordenamento jurídico fosse alterado e adequado, criando-se órgão na estrutura do Poder Executivo e atribuindo-se a tal órgão competências para o exercício de jurisdição, constituindo-o, então, do dever de resolver litígios sobre consequências da relação de administração a partir do texto constitucional, promovendo-se as mudanças infraconstitucionais necessárias. Não obstante, prudente adotar como melhor estrutura a unidade de jurisdição, pois, segundo alerta Jean Rivero (1981, p. 161), para além dos benefícios que justificaram sua criação, há inconvenientes manifestos na jurisdição dualista. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários”. A unidade de jurisdição é suficiente para evitar conflitos de competência como esses mencionados pelo autor francês.

Desse modo, ao se traçar um paralelo entre a jurisdição administrativa francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de terceiro interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês. Na França, o juiz administrativo só pode conhecer dos “litígios nascidos da atividade da Administração”, mas nem todos esses litígios competem à jurisdição administrativa (Rivero, 1981, p. 177). Estão excluídos da competência

²⁵ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (Moreira Neto, 1977, p. 70).

administrativa os litígios entre particulares, os oriundos de atividade comum de órgãos públicos e os que envolvem autoridades públicas estrangeiras, explica Rivero (1981, p. 178). No Brasil, os juízes deverão conhecer qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, por força constitucional (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988). Inegável afirmar que o juiz brasileiro tem uma gama muito maior de atribuições.

Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição administrativa brasileira, fruto da especialização da atividade jurisdicional, qual seja, a abrangência e a profundidade de exercício da função judicial sob o aspecto do controle do agir dos órgãos de poder em exercício da função administrativa. Entretanto, a unicidade de jurisdição brasileira não proibiu a Administração Pública de tomar decisões instrumentalizadas por processos administrativos. Ao contrário, criou o dever de garantir a participação popular em suas decisões por meio do devido processo legal administrativo, em razão de as fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo) no exercício da função administrativa. Construiu-se um sistema de controle da relação de administração por meio do processo administrativo, instrumento para se produzir decisão sobre a juridicidade da atividade administrativa. E isso não se aproxima ao contencioso administrativo francês. Segundo Anapaula Trindade Marinho e Samir Salemkour (2011, p. 547), o que chamamos de processo administrativo, no Brasil, é denominado como *“procédure administratif non contentieux”* no Direito francês.

Desse modo, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do *“procedimento”* como legitimador de decisões administrativas. Romeu Felipe Bacellar Filho (2014, p. 367-368) afirma que *“Candido Rangel Dinamarco, na esteira de Elio Fazzalari, anota que o procedimento é ‘um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder’”*. Adicione-se a cooperação de sujeitos segundo a lógica do contraditório e o procedimento passa a ser um processo. Nesse tocante, considerando que o *“final de consumação do exercício”* do Poder Executivo (função administrativa) é o ato administrativo, pode-se constatar que o processo administrativo é *“modalidade de exteriorização da função administrativa”* (Bacellar Filho, 2014, p. 369). O exercício dessa função administrativa qualifica o agir administrativo processualizado como produto da atividade administrativa exercida diretamente por órgãos e entidades

da Administração Pública. Essa é uma tendência. Ricardo Perlingeiro (2012, p. 14) reconhece que, em médio prazo, “o aperfeiçoamento das denominadas ‘autoridades administrativas independentes’ é o caminho natural”. O poder de autotutela, de controle interno, já existe e é realidade. Faz-se necessário apurar a qualidade do capital humano do Poder Executivo.

2.5.1 O agir administrativo processualizado no Brasil

No subtópico anterior, afirmou-se que o agir administrativo é *processualizado* em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Entretanto, nem sempre foi assim.

O direito administrativo, que se desenvolveu no período posterior à Revolução Francesa, preocupava-se com o agir imperativo e unilateral do Estado e, conseqüentemente, com o ato administrativo produto de sua atividade. Originariamente, tentou conciliar a necessidade de asseguramento da ordem pública, pelo Estado, por meio de prerrogativas e as sujeições às quais, por sua vez, está vinculado. Mas preponderou o caráter autoritário na relação de administração (Justen Filho, 2008, p. 66-67). No Brasil, Antonio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 26-27) afirma que é comum encontrar a citação de trecho consagrado da obra de Seabra Fagundes (2010, p. 3) na doutrina brasileira (“administrar é aplicar a lei de ofício”), destacando-se a ideia de que administrar é só o cumprir a lei de maneira automática. Entretanto, entender que essa definição de Seabra Fagundes encerra um dever irresistível de estrita legalidade é negar o efeito da *constitucionalização do direito sobre o direito administrativo*²⁶. A

²⁶ Marçal Justen Filho destaca o papel da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional”. Afirma que tal fato “conduz à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina. No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público. A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado à concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste

conformação clássica da dogmática do direito administrativo é autoritária por ignorar a importância do indivíduo (Justen Filho, 2008, p. 67).

Floriano de Azevedo Marques Neto tece crítica à conformação clássica ao mirar seu instituto mais importante: o ato administrativo. Segundo o autor, este, “tomado pelo ângulo interno ao sistema administrativo, tratado pelo vetor da estrutura da Administração Pública”²⁷, deve ser denominado por “ato administrativo autista”²⁸, considerando que é produzido à margem da esfera de direitos do “administrado” (Marques Neto, 2011, p. 96). O oposto do ato administrativo denominado autista é aquele produzido segundo a visão funcional do direito administrativo, levando em consideração seu impacto sobre a esfera de direitos individuais a partir da participação do particular em sua formação²⁹.

na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações” (Justen Filho, 2008, p. 66-67).

²⁷ Nesse ponto, importante citar a distinção entre a visão estrutural e a visão funcional do Direito Administrativo construída por Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 95-96): “De um lado, temos a visão estrutural do direito administrativo, que privilegia o ângulo *ex pars principii*; do outro a visão funcional, com relevo à mirada *ex pars populi*. Tomado pelo ângulo estruturalista, o ato administrativo é visto como um instrumento autônomo de manifestação do poder, que se forma, é editado e se executa a partir das premissas internas ao sistema jurídico administrativo, independentemente dos interesses, interferências e injunções do administrado que, em última instância, é causa e destino do próprio ato. Numa vertente funcionalista, o ato administrativo só teria razão de ser a partir da função que exerce em relação à esfera de direitos dos indivíduos; ou seja, como manifestação de poder extroverso, todo ato administrativo afeta a esfera de direitos individuais seja para restringi-los, seja para consagrá-los e, sendo assim, haveria necessariamente que ser tomado também a partir das condicionantes externas do sistema jurídico administrativo”.

²⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 97) conceitua o “ato administrativo autista” como a “manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade”.

²⁹ Nesse sentido, importantíssima e magistral a análise de André Saddy (2014, p. 396-397) sobre a distinção entre subjetividade e apreciatividade no âmbito da atuação discricionária: “[...] a chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos, que, por conseguinte, possui elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem que existem outras formas de liberdade ou margens distintas destas três. As mais mencionadas são poderes agraciáveis, facultativo, avaliativo e até uma liberdade prognóstica. Há, também, quem defenda que existe uma discricionariedade de desvio (*deviational discretion*), configurada como o poder para atuar de acordo com o melhor juízo do agente, inclusive, que não está autorizado ou até proibido por normas de competência. Segundo seus defensores, a conduta de desvio somente é aceitável como de contexto do sistema jurídico porque é consoante com a finalidade básica do sistema legal. Outros preferem o termo discricionariedade de

Nessa esteira de legitimação, surge a legitimação pelo procedimento, analisada por Niklas Luhmann (1985). Segundo o autor, os processos são:

[...] sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. [...]. Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunhas, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual – e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. [...] Ao longo do processo, os participantes são levados a especificar suas posições com respeito aos resultados em cada caso ainda em aberto, de tal forma que ao final seu objetivo não possa mais parecer com o objetivo de qualquer outro terceiro. [...] Os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, antes do desencadeamento da força física, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica. (p. 65-66)

dispensa como uma autorização de exceção em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância. E tem ainda quem preferir mencionar uma discricionariedade não autorizada ou assumida (*unauthorized or assumed discretion*), como aquelas em que os agentes públicos assumem, sem autorização expressa, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razão de justiça, por necessidade prática ou conveniência e oportunidade. Os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei. [...] A apreciabilidade administrativa é aquela margem de liberdade de que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja porque se está diante de um caso de ação não deontica, ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nesses supostos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. A apreciabilidade na realidade é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da prestação, isto é, da composição e de funcionamento dos órgãos competentes para determinar seu alcance”.

Pode-se extrair das lições citadas que Niklas Luhmann (1985), quando analisou a legitimação pelo procedimento, contribuiu epistemologicamente para a teoria do direito e definiu que as relações humanas são processualizadas, na qual cada participante é dotado de um papel obrigado a seguir as regras predispostas pelo sistema processual. Odete Medauar interpreta essa dinâmica e a insere no seio da relação de administração. Afirma que, para a imperatividade do poder não configurar opressão ao indivíduo, representar o posicionamento unilateral e parcial da Administração, necessária a manifestação paritária, em processo “pré-constituído”. “Desse modo, a imperatividade do ato apresenta-se como resultado de um processo que viu o confronto de muitos interesses, direitos e deveres e chegou a um ponto de convergência” (Medauar, 2008a, p. 70).

Assim, o controle dos atos administrativos segue, basicamente, essa fórmula no modelo burocrático, em que os interessados podem participar ativamente para atingimento de um melhor conteúdo das decisões administrativas. “Com isso, se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa” (Medauar, 2008a, p. 69). Essa dialogia pode conduzir a melhores resultados obtidos pelas decisões, favorecendo o uso do direito administrativo como “caixa de ferramentas”, ressaltando-se seu caráter prático para resolução de problemas da Administração Pública, e não trabalhar o Direito Administrativo por meio de um estilo expositivo-sistemático, científico, taxionômico e conceitualmente concatenado, pressupondo coerência e certeza (Sundfeld, 2012, p. 39).

O princípio democrático está visceralmente ligado à procedimentalização dos atos administrativos, pois permite a realização da pluralização das manifestações acerca do conteúdo das decisões a serem adotadas pela Administração Pública. Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho (2003, p. 130) ensina:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadão, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.

A Administração Pública enfrentou importantes mudanças de paradigmas. Jean Rivero (1981, p. 34) afirmou, em 1975, que “é evidente em todos os domínios de acção do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”. O binômio legalidade-legitimidade recebe luzes advindas de outros prismas, cuja orientação juspolítica se origina da vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36):

[...] é a presumida *concordância geral* de que um determinado *comportamento*, seja individual ou coletivo, uma vez considerado socialmente necessário ou simplesmente útil, *deve ser imitado e reiterado em escala social*, que a torna indutora da lenta sedimentação de *instituições*, um fato que, desde logo, aponta o relevante papel de coesão social desempenhado pelo *consenso*, tanto na *origem do poder* coletivamente considerado, como na *própria natureza da organização social*, que essa qualidade aglutinante propicia.

A *processualidade* da Administração Pública proporciona legitimidade, segundo Luhmann; mas, também, estabilidade em face da previsibilidade das decisões a serem tomadas, pois um comportamento necessário ou útil deve ser imitado e reiterado em escala social, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36), e o processo administrativo é instrumento garantidor desses elementos de segurança social. Por isso, diante do necessário posicionamento do cidadão diante do sistema processual, dinâmico por natureza, a Administração Pública deverá considerar a consensualidade como caracterizadora de sua atividade; por isso, *processualidade* e *consensualidade* são marcas do agir administrativo contemporâneo. Desse modo, a sociedade poderá se organizar em dois modelos consensuais: o contratual e o convencional. Analisando-se histórica e jusfilosoficamente, se pode remontar à Antiguidade (nos ensinamentos das religiões primeiras), passando-se ao Renascimento, pelas ideias de consenso social e legitimidade das instituições. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 38) leciona que

o conceito consensual *convencional*, distintamente do conceito consensual *contratual*, parte, assim, da ideia de que a *segurança* obtida convencionalmente resulta da *presunção* de que todos se comportarão de acordo

com a *expectativa* de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo *previsível comportamento*. É sob essa presunção que pode germinar no meio social a *confiança*, essa virtuosa situação que a doutrina contemporânea precisamente caracteriza como uma “*expectativa de reciprocidade*”.

A consensualidade presume o agir previsível, confiável. Assim:

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia). (Moreira Neto, 2007, p. 41)

A partir desses dados, pode-se definir uma caracterização da consensualidade subsumida às funções precípua do Estado: consensualidade na produção normativa (“regulática”); uso de meios alternativos consensuais “de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração”; e consensualidade na resolução de conflitos. Destaque para a consensualidade na resolução de conflitos através de meios para autocomposição, como a mediação ou o fomento, forma de atuação estatal claramente consensual. O fomento estatal é um exemplo de que a consensualidade permeia o agir administrativo (Moreira Neto, 2007, p. 41). Para Vasco Pereira da Silva (2003, p. 466),

inversão radical das funções normalmente atribuídas ao acto administrativo é a que se verifica quando este – de instrumento ‘autoritário’ de aplicação do direito ao caso concreto, que se dizia ser – se transforma num mecanismo de *concertação* com os particulares, destinado a obter a sua aceitação e colaboração para o desempenho das tarefas administrativas.

Segundo o mesmo autor, a concertação da Administração com os particulares “é consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infraestrutural” (Pereira da Silva, 2003, p. 466).

O agir administrativo dinâmico³⁰ – para nós, processualizado – é uma consequência do devido processo legal administrativo, verdadeira democratização da tomada de decisões, seja no âmbito do Poder Executivo, seja no do Poder Judiciário. Em face do previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A visão luhmanniana de processo como uma relação sistêmica contribui para que se afirme a necessidade de a relação de administração se caracterizar pelo diálogo público privado como a tônica da decisão administrativa, ou seja, para a consideração das consequências que poderão onerar o indivíduo, valorizando-o e tornando o agir administrativo legitimamente democrático, nos exatos termos exigidos pela cláusula constitucional do devido processo legal administrativo.

3 CONCLUSÕES

Este trabalho tratou de dois temas que envolvem a temática da justiça administrativa: (i) da inexistência de relação entre o contencioso administrativo francês e a jurisdição unitária brasileira e (ii) a diferença entre o contencioso administrativo francês e a processualidade do agir administrativo no Brasil.

O texto avaliou a estrutura histórico-normativa do contencioso administrativo francês, inserido no contexto constitucional de jurisdição dualista, e a comparou com a estrutura histórico-normativa da jurisdição administrativa brasileira, inclusive considerando a evolução histórica dos dois sistemas. Na França, percebeu-se que o ordenamento jurídico – no que tange à hipótese (i) – (a) criou órgãos vinculados ao Poder Executivo do Estado francês – o Conselho de Estado – e atribuiu a eles atribuições de julgar os litígios envolvendo a Administração Pública francesa; (b) conferiu a esses órgãos poder jurisdicional para decidir em última instância sobre a resolução dos conflitos, impedindo o Poder Judiciário de apreciar a decisão produzida no âmbito do contencioso administrativo. No Brasil, a (c) jurisdição monista (d) confere ao Poder Judiciário – consolidação da Constituição de 1988 – apreciar todo ato que produza lesão ou ameace lesionar direito, inclusive decisões da Administração Pública, fato que indica (e) inexistência de contencioso administrativo – no sentido criado pelo Direito francês – no Brasil.

³⁰ Destaque-se a posição de Marçal Justen Filho (2013, p. 335-336): “O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato isoladamente”.

Por sua vez, no caso da hipótese (ii), foi possível provar que, (f) por meio da análise da estrutura histórico-normativo do contencioso administrativo francês, não há qualquer ligação entre esse e o processo administrativo brasileiro, por sua vez, marcado pela processualidade administrativa característica do agir da Administração Pública brasileira. O (g) contencioso administrativo francês recebeu poderes jurisdicionais para decidir em última instância sobre a resolução de conflitos, realizando verdadeiro controle externo da Administração; enquanto (h) o processo administrativo é fundado na cláusula do devido processo legal administrativo, o qual conduz à ideia de *processualidade* e *consensualidade* nas decisões administrativas, necessária a participação popular para legitimação do agir administrativo; desse modo, o processo administrativo é instrumento de autotutela, ao tempo que coíbe a prática de *atos administrativos autistas* ao incluir o particular no processo decisório e ocupa a Administração de concretizar direitos fundamentais por meio da *processualidade* e da *consensualidade*, marcas do agir administrativo contemporâneo.

Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas, assim como se pode entender existente, com André Saddy (2016-b, p. 99), dimensões ou tipos de autorregulação privada portadores de desvantagens (tais como o atendimento a interesses corporativos) e de vantagens (tais como maiores eficiência e flexibilidade). O agir administrativo é *processualizado* em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Em face desse dispositivo, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado.

3.1 PROBLEMATIZAÇÕES SOLUCIONADAS

Seguindo o rigor metodológico que se impõe a um escrito científico, este *paper* foi precedido pelos prolegômenos metodológicos (item 1.1), e, em consequência deles, as problematizações foram apresentadas na forma de perguntas (item 1.1.2), que são as que constam a seguir, desta vez acompanhadas das rápidas respostas que, por sua vez, encontram farto respaldo justificativo no desenvolvimento do trabalho (item 2).

As perguntas foram:

- a) Problema de pesquisa número 1: O contencioso administrativo francês é puro?

- b) Problema de pesquisa número 2: Até que ponto a jurisdição administrativa brasileira é, de fato, uma?
- c) Problema de pesquisa número 3: O Brasil está certo ao adotar uma jurisdição togada una (inclusive em questões administrativas)?
- d) Problema de pesquisa número 4: No Brasil, os direitos fundamentais ao (i) devido processo legal e ao (ii) contraditório e à ampla defesa são observados nos procedimentos administrativos-administrativos³¹ e nos processos administrativos judicializados?

As respostas são:

- a) Sim, é puro o contencioso administrativo gaulês, posto que as questões que envolvem Administração e particular(es) se resolvem nos órgãos próprios do Poder Executivo.
- b) É una no sentido de que ao Judiciário não é vedado apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito, seja na área cível, na criminal, na administrativa ou em qualquer outra seara do direito público ou privado. Não obstante, há órgãos não judiciais brasileiros que têm o poder constitucional e legal de proferir decisões aptas a produzir efeitos, e entre eles se encontram os Tribunais de Contas, os Conselhos de Recursos Fiscais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e as Comissões Processantes em Processos Administrativos Disciplinares (PAD).
- c) Sim, age corretamente o Brasil, e exemplo disso é o fato de os próprios doutrinadores franceses denunciarem que, inúmeras vezes, os problemas oriundos da dualidade francesa imprimem dúvidas à própria Administração e muito mais aos administrados, que acabam por desconhecer quais seriam os caminhos corretos; a definição das competências é o que mais tem marcado o contencioso administrativo francês.
- d) Sim, tanto em um caso como em outro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³¹ Levados a cabo exclusivamente pelo Poder Executivo.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. In: _____. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-78.

_____. Procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.); _____. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, v. 5, 2014. p. 361-721.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. O contencioso administrativo e a nova meta da especialização da Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 88, p. 149, out./dez. 1985.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236731>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. _____ (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Unicidade e dualidade de jurisdição: o contencioso administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=83824>>. Acesso em: 19 maio 2016.

MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. Contencioso administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, v. 1, 2011. p. 547-581.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008a.

_____. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Hachette, 1968.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.

_____. *Quatro paradigmas de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun. 1979.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012.

_____; GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In: _____. BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. *Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)*. Rio de Janeiro, 2009. p. 61-72.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Trad. Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1981.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014-d.

_____. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2016-c.

_____. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016-a.

_____. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016-b.

SUNDEFELD, Carlos Ari. Conversando sobre direito administrativo. In: _____. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 19-48.

_____. Le droit administratif hors cadre: la perspective du Brésil. In: *Mélanges en l'honneur de Pierre Bom: Long cours*. 1. ed. Paris: Dalloz, v. 1, 2014. p. 635-660.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1977.

Submissão em: 29.05.2017

Avaliado em: 03.08.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 16.08.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 16.11.2017



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 81, 4º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9103

E-mail: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Gilberto Schäfer

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Rute dos Santos Rossato

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Rute dos Santos Rossato – Vice-Presidente Cultural*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet – Diretor da Revista*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto – Coordenador do Conselho Editorial*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski – Diretor da Escola Superior da Magistratura*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eladio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo (in memoriam).*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof.^a Dr.^a Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS; Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini – Uninter, PR.*

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; Prof.^a Dr.^a Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof.^a Dr.^a 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.*

Avaliadores que participaram desta edição: 31 – (RS – 08 – 25,81%) – (Outros Estados – 23 – 74,19%):

- ✓ *Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, PUC, RS; Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel, UFPE, PE; Prof. Dr. André Parmo Folloni, PUC, PR; Prof. Dr. André Studart Leitão, UNICHRISTUS, CE; Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães, PUC, PR; Prof.^a Dr.^a Érica Babini Lapa do Amaral Machado, UNICAP, PE; Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza, UNIBRASIL, PR; Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto, PUC, RS; Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan, UPF, RS; Prof.^a Dr.^a Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, UNIA, Alemanha; Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco, UFRGS, RS; Prof. Dr. Gilberto Schäfer, UNIRITTER, RS; Prof.^a Dr.^a Janáina Reckziegel, UNOESC, SC; Prof.^a Dr.^a Julia Maurmann Ximenes, IDP, DF; Prof. Dr. Luis Renato Vedovato, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, UFSC, SC; Prof.^a Dr.^a Maria Cristina Cereser Pezzella, UNOESC, SC; Prof.^a Dr.^a Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, UNIFOR, CE; Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez, UNOESC, SC; Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, PUC, RS; Prof. Dr. Patryck de Araujo Ayala, UFMT, MT; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier, UNIBRASIL, PR; Prof.^a Dr.^a Regina Vera Villas Boas, PUC, SP; Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz, UNOESC, SC; Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva, UNOESC, SC; Prof.^a Dr.^a Salete Oro Boff, UNISC, RS; Prof.^a Dr.^a Thais Novaes Cavalcanti, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Ydhan de Oliveira May, UNESC, SC; Prof. Dr. Yuri Schneider, UNOESC, SC.*

Seções de artigos aceitos na cota-convite:

- ✓ *Doutrina Estrangeira.*

Percentuais de endo e exogenia dos artigos (18) desta edição:

- ✓ *Endogenia (7) – 38,89%*
- ✓ *Exogenia (11) – 61,11%*

Editorial

É com satisfação que apresentamos aos leitores de nossa Revista da Ajuris mais um número – o de nº 143 –, que encerra o ano de 2017. Com ele completamos mais de quarenta e quatro anos de ininterrupta publicação da Revista, sendo já uma das mais longevas revistas jurídicas de nosso País.

O presente volume, bastante eclético, espelhando o interesse de nossos múltiplos leitores, apresenta artigos versando temas de *direito administrativo, acesso à justiça, direito e jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, direito à saúde, bioética, direito econômico, direito empresarial, hermenêutica constitucional, direito tributário, justiça restaurativa e direito do consumidor*. Entre eles se destaca importante contribuição do catedrático de Direito espanhol, Juan María Bilbao Ubillos, sobre a consolidação dogmática e jurisprudencial da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no espaço ibero-americano.

Todos os artigos são inéditos, versando sobre aspectos atuais do Direito. Alguns suscitam reflexões críticas e filosóficas e outros são endereçados mais à resolução de questões práticas que exigem respostas dos operadores jurídicos.

Os artigos, assinados por renomados doutrinadores – muitos dos quais também magistrados –, observam as linhas editoriais e a tradição de nossa Revista, que incentiva o debate de ideias plurais. Temos certeza de que sua leitura trará grande proveito aos nossos leitores.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO A DIREITOS: O MANDADO DE INJUNÇÃO NA PERSPECTIVA DA LEI Nº 13.300/2016

ACCESS TO JUSTICE AND ACCESS TO RIGHTS: THE WRIT OF INJUNCTION UNDER THE PERSPECTIVE OF ACT 13.300/2016

Diógenes V. Hassan Ribeiro¹

Pós-Doutor em Direito pelo Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra
(CES/FEUC, Coimbra, Portugal)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito constitucional.

RESUMO: Nas últimas duas décadas e meia, a doutrina e a jurisprudência brasileira debruçaram-se sobre a complexa e difícil tarefa de dar concretude ao mandado de injunção, tal como constou no texto do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. Foram centenas de artigos acadêmicos publicados, algumas monografias e, ainda, incontáveis julgamentos nos Tribunais, muitos no Supremo Tribunal Federal. A doutrina não trouxe unanimidade na interpretação, e a jurisprudência oscilou, iniciando por uma compreensão até

estabelecer uma orientação que ainda não está firme e clara. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, nem chegou a ser analisada pelos Tribunais e, por incrível que possa parecer, chegou a ser desconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal em julgamentos posteriores, neste ano de 2017. O artigo apresenta parte de pesquisa no grande tema do acesso à justiça, especificamente sobre a importância do mandado de injunção. Sobretudo, procura mostrar a indispensabilidade de legislação nos países da tradição romano-germânica.

ABSTRACT: *Over the last two and a half decades, Brazilian doctrine and*

¹ Desembargador do TJRS. Mestre em Direito pela Unisinos, RS, Brasil (2001). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS, Brasil (2006). Professor do PPGD e da Graduação em Direito da Universidade La Salle, Canoas/RS, Brasil. E-mail: drdiogenes@uol.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7079599657359764>>.

jurisprudence have focused on the complex and difficult task of concretizing, or making effective, the writ of injunction, as stated in the text of art. 5º, LXXI, of the Federal Constitution of 1988. There were hundreds of academic articles published, some monographs, and countless trials in the Courts, many in the Federal Supreme Court. The doctrine did not bring unanimity in the interpretation, and the jurisprudence oscillated, beginning with an understanding until fixing an orientation that is not yet firm and clear. The Act 13.300, dated June 23, 2016, has not even been analyzed by the Courts and, as incredible as it may seem, was unknown, including by the Supreme Court in subsequent trials, in 2017. This scientific article presents part of research on the great subject of access to justice, specifically on the importance of the writ of injunction. Above all, it seeks to show the indispensability of legislation in the countries of the Roman-Germanic tradition.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; acesso a direitos; mandado de injunção; jurisprudência; sistemas sociais.

KEYWORDS: *access to justice; access to rights; writ of injunction; jurisprudence; social systems.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Acesso à justiça e acesso a direitos; 2 O mandado de injunção como instrumento de acesso à justiça; 3 A Lei nº 13.300/2016; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Access to justice and access to rights; 2 The writ of injunction as an instrument of access to justice; 3 Act 13.300/2016; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas e meia, a doutrina e a jurisprudência brasileira debruçaram-se sobre a complexa e difícil tarefa de dar concretude à ação de mandado de injunção, tal como constou no texto do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. Foram centenas de artigos acadêmicos publicados, algumas monografias e, ainda, incontáveis julgamentos nos Tribunais, muitos no Supremo Tribunal Federal. A doutrina não trouxe unanimidade na interpretação, e a jurisprudência oscilou, iniciando por uma compreensão até fixar uma orientação que ainda não está firme e clara. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, nem chegou a ser analisada pelos Tribunais e, por incrível que possa parecer, chegou a ser desconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal em julgamentos posteriores, neste ano de 2017.

A complexidade, ou hipercomplexidade da sociedade², impõe a redução dessa complexidade. Na sociedade moderna, essa redução da complexidade, em conformidade à teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, ocorre pela diferenciação funcional em sistemas parciais. Portanto, os sistemas parciais são sistemas que se diferenciam pelas funções que cumprem em relação ao sistema mais abrangente: a sociedade. Nessa teoria, que tem em vista a sociedade³, superando as demais teorias sociológicas anteriores, que tinham em conta os indivíduos, o sistema jurídico cumpre a função de aliviar expectativas, que ocorre pela existência de “expectativas comportamentais normativas generalizadas congruentemente”⁴.

Nesses termos, a conformação da norma constitucional possibilita a concretização do direito ou a sua efetivação. A norma constitucional, contudo, em muitos casos principiologicamente, dificulta a sua efetivação, enquanto não houver norma infraconstitucional que lhe dê concretude, que condense o seu sentido. Em outras palavras, em conformidade à função do sistema jurídico da teoria luhmanniana, o preceito constitucional do art. 5º, LXXI, que instituiu o mandado de injunção, permitia inúmeras possibilidades de interpretação, tanto que a doutrina era controversa, quanto a jurisprudência oscilou entre várias interpretações. Assim, quando o art. 5º, LXXI, permite a concessão de “mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, vários questionamentos se impunham. Não é demais lembrar de uma situação paradoxal, uma vez que o próprio instituto do mandado de injunção, para alguns, exigia lei infraconstitucional. Todavia, o mandado de injunção existe justamente quando não haja norma regulamentadora do direito. Assim, poderia ser proposto mandado de injunção para regulamentar o próprio direito ao mandado de injunção. A ausência de

² *Complexidade* entendida como a existência sempre de mais possibilidades do que se pode realizar. Do conceito, há a noção de *elemento* e de *relação*, isto é, complexidade como aumento quantitativo dos elementos, sendo não mais possível relacionar todos os elementos entre si. Assim, implica uma seleção forçada (pressão seletiva), a qual implica, por sua vez, a contingência, quer dizer, as possibilidades apontadas para as demais expectativas poderiam ser diferentes das esperadas, possuindo a possibilidade de desapontamento: Luhmann, 1983; Luhmann, 1991.

³ Em Luhmann, a sociedade é um sistema de comunicações, por isso não é um sistema de indivíduos. Isso pode ser melhor visto, entre outras diversas obras, em LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, Universidad Iberoamericana, 2007. p. 57.

⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Brasília: Tempo Brasileiro, 1983. p. 226.

regulamentação mostrava a dificuldade de interpretação e, daí, o sistema jurídico não cumpria adequadamente a sua função, “de aliviar expectativas”, diante da inexistência de legislação infraconstitucional conformadora.

São esses questionamentos que este artigo, que decorreu da pesquisa realizada, pretende mostrar, além de outros que ainda podem estar presentes, a despeito da edição da Lei nº 13.300/2016.

O artigo distingue, inicialmente, entre acesso à justiça e acesso a direitos e, na sequência, entre esse acesso nos países periféricos. Prossegue, então, distinguindo o mandado de injunção como acesso à justiça e como acesso a direitos. Na parte final, trata da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, e, ainda, sobre algumas dúvidas e objeções que podem remanescer, a despeito da edição dessa lei. As referências teóricas fundam-se, especialmente, na teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann.

1 ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO A DIREITOS

É importante, para a compreensão adequada, distinguir acesso à justiça, acesso à jurisdição e acesso a direitos. No início da obra que tornou esse tema objeto de pesquisas incontáveis no mundo inteiro, Cappelletti e Garth já inserem a ideia de que “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante...”⁵. Também já se reproduziu incansavelmente a célebre afirmação, ou conceito, dos autores nessa obra: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o 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”⁶. Efetivamente, trata-se de uma afirmação audaciosa e, talvez, exagerada, pois por ela se compreende que o “acesso à justiça” superaria até o direito à vida ou o direito à integridade física.

Nessa linha, bom dizer que o “acesso à justiça”, tal como exposto naquela obra, é eminentemente um direito procedimental e, por isso, não pode ser comparado com direitos de natureza material, como, por exemplo, o direito à vida ou o direito à integridade física. O acesso à justiça, portanto, é um direito-meio de proteger o direito-fim se, e quando, esse direito-fim estiver em risco/perigo/disputa/conflicto. Todavia, enquanto direitos abstratamente previstos,

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9.

⁶ *Ibidem*, p. 12.

não se pode concluir, com os autores, que o “acesso à justiça” seja, efetivamente, “o mais básico dos direitos humanos”. Seja como for, não constitui pretensão desse texto aprofundar comparações de cunho quantitativo ou qualitativo que sejam pouco relevantes, especialmente porque são, guardadas as diferenças de natureza desses direitos, indubitavelmente, direitos fundamentais e, também, direitos humanos⁷.

Portanto, na compreensão dessa célebre e inigualável obra de Cappelletti e Garth, acesso à justiça é considerado com esse viés de acesso à solução de um conflito jurídico, por isso, nas suas conhecidas ondas que solucionam o problema do acesso, a primeira tratou dos custos do acesso e, portanto, possibilitou o instituto da assistência judiciária aos pobres, a segunda tratou dos direitos difusos e coletivos, superando a insuficiência do individualismo diante de novos direitos (“litígios de direito público”) e, por fim, no que os autores resolveram chamar de “enfoque de acesso à justiça”, que pertine aos modelos então adotados de representação ao Judiciário, com a possibilidade de criar novos tribunais e envolver, inclusive, leigos para a análise de casos de conflitos.

Nesses termos, nessa magistral obra que resultou de intensas pesquisas realizadas na década de 1970, os autores apresentam o problema do acesso à justiça como um problema de solução de conflitos jurídicos, daí a necessidade de assistência jurídica ou judiciária aos pobres, por igual a necessidade de defesa de novos direitos ditos coletivos ou difusos, como, por exemplo, de proteção do meio ambiente e dos consumidores em geral e, por fim, na última onda, vai além dos tribunais e dos modelos então existentes, com alternativas de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos, seja para solucionar o conflito, seja para evitá-lo.

Sem dúvida alguma, as duas primeiras ondas reduzem “acesso à justiça” a um problema de acesso à jurisdição estatal, enquanto que, na terceira, o problema é tratado com uma alteração de enfoque, pois constata alternativas à jurisdição estatal de solução e de prevenção.

Assim, fica clara a necessidade de distinguir essa concepção de “acesso à justiça” do “acesso à jurisdição”, pois o acesso à jurisdição é mais limitado, já que a jurisdição somente pode ser a estatal, formal, oficial, enquanto que “acesso à justiça”, na ideia concebida por Cappelletti e Garth, é mais amplo.

⁷ Aqui também se faz distinção entre direitos fundamentais, próprios de um determinado ordenamento jurídico, e direitos humanos, que se tornaram internacionalmente respeitados.

E as distinções não ficam por aí, cabendo distinguir acesso à justiça de acesso a direitos.

Aliás, a expressão adotada pelos autores e amplamente consagrada, “acesso à justiça”, é, sem sombra de qualquer dúvida, uma expressão ambígua, bastando refletir sobre o que, exatamente, pode significar a expressão “justiça”. Justiça, como tratada por John Rawls, por exemplo, interessa desde que concebida como “justiça social”, ou seja, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”⁸. Amartya Sen, a seu turno, enuncia que “as teorias da justiça moderna se concentram na ‘sociedade justa’”. Por isso, diz que a investigação posta no seu livro é fazer “comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou o retrocesso da justiça”¹⁰.

Bastam essas referências para mostrar a ambiguidade da expressão “acesso à justiça” que, na expressão da histórica obra de Cappelletti e Garth, há de significar, reitera-se, mais restritamente, “acesso à solução de conflitos jurídicos”.

Evidentemente que, na idade contemporânea, na fase posterior ao *welfare state*, inclusive naqueles países ditos periféricos, ou seja, que nem sequer passaram por esse modelo de estado, como é o caso do Brasil, há direitos sociais, previstos nas Constituições, que são constantemente objeto de litígios em ações constitucionais. Impõe-se observar, entretanto, que, mesmo nesse caso, a noção de “acesso à justiça” não escapa da compreensão de “acesso à solução de conflitos jurídicos”.

Compreensão mais abrangente pode ser a de “acesso a direitos”. Com efeito, essa expressão abrange, ou seja, inclui a noção de “acesso à justiça” e, inclusive, corresponde, pode-se dizer assim, à ideia de justiça tal como posta por John Rawls e, ainda, de certo modo, embora baseado noutra pesquisa, por Amartya Sen. Ora, acesso a direitos pode significar, por exemplo, acesso a políticas públicas estatais que tendam a proporcionar melhorias na saúde pública, na segurança pública, no acesso à informação de direitos, etc. E isso

⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 7-8.

⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 39.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

inclui, então, a possibilidade de acessar direitos pela via da jurisdição, nesse caso considerando a expressão “acesso à justiça” da obra de Cappelletti e Garth.

Considerou-se que fazer essas distinções era extremamente importante para evitar confusões. Adiante, serão feitas outras abordagens nessa linha investigativa.

1.1 ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO A DIREITOS EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Outras distinções são necessárias, especialmente uma trazida e baseada na doutrina de Niklas Luhmann – A teoria dos sistemas sociais: a distinção entre países periféricos e países centrais¹¹.

Necessário dizer, desde logo, que o Brasil é visto como um País periférico, enquanto os países da Europa Central, como Alemanha, Inglaterra e outros, são vistos como países centrais e, ainda, constaria que Portugal seria classificado como país semiperiférico¹², o que implica outra distinção. Entre muitas coisas, pode-se dizer que os países centrais passaram pelo *welfare state*, enquanto os países periféricos saltaram por cima dessa fase político-histórico e os países semiperiféricos não teriam passado, completamente, por esse estágio político-econômico-jurídico-histórico. Também pode-se dizer que os países centrais são culturalmente maduros e apresentam uma democracia estável, especialmente no âmbito das instituições, enquanto os países periféricos são exatamente o contrário: não são culturalmente maduros¹³ e sua democracia, assim como

¹¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, op. cit. p. 525 e ss. Essa distinção foi desenvolvida magnificamente por NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 (entre outros) e por MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y Contingencia en América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2013.

¹² SANTOS, Boaventura de Souza. *Estado e sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português*. *Revista Análise Social*, Lisboa, p. 869 e ss., 1985. Também GUIBENTIF, Pierre. O direito na semi-periferia. Uma teoria ambiciosa revisitada à luz da investigação jurissociológica recentemente realizada em Portugal. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre: Abrasod, p. 50 e ss., jan./jun. 2015.

¹³ Sabemos as dificuldades de conceituar “cultura”. Veja-se, entre muitos: BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Esse autor distingue, inicialmente, cultura como construção humana e natureza à qual o homem obedece, e depois discorre sobre o conceito de cultura como sistema ou como matriz; como identidade e aqui como multiculturalismo e pluralidade cultural; e trata da cultura como estrutura e cultura como práxis. Em Luhmann (La cultura como un concepto histórico. *Historia y Grafía*, n. 8, p. 11-33, 1997), está desenvolvida a ideia de historicidade, de memória social. Já Rocha (*A verdade sobre a autopeiose do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39), ao tratar da distinção centro e periferia, questiona se o Brasil seria centro ou periferia, e responde dizendo que, quanto à produção cultural, o Brasil é um importante centro, mas, na economia, é

suas instituições, revelam instabilidades e, por isso mesmo, nesses pontos, são incipientes.

Fundamentalmente e sobretudo, Luhmann expõe a compreensão de que, nos países centrais, há complexidade estruturada, enquanto, nos países periféricos, essa complexidade ainda não está bem estruturada, ou, simplesmente, não está estruturada¹⁴. No âmbito da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a diferenciação funcional, portanto, ainda não está estruturalmente organizada nos países periféricos, ou seja, os subsistemas sociais não têm a clausura operativa adequada.

Luhmann também distingue, nos sistemas sociais, o centro da periferia. No centro, a operação sistêmica ocorre, apresentando clausura sistêmica, enquanto que, na periferia, a clausura sistêmica é deficiente, ou, quem sabe, mais sujeita a influências externas do ambiente, ou, no que se chama de corrupção sistêmica, quando o sistema funcional deixa de operar com o seu código próprio.

O exemplo do sistema jurídico, nesse caso, é bem posto. O centro do sistema jurídico, conforme Niklas Luhmann, é ocupado pelo Poder Judiciário, responsável pelas decisões, próprio de uma organização que integra o sistema de organizações. No centro do sistema, a clausura operacional está bem estruturada, pois a operação é baseada no código lícito – ilícito. Por isso, é estranho ao Poder Judiciário adotar decisões com base no sistema da moral (código: bem – mal), no sistema da religião (código: imanência – transcendência), no sistema do esporte (código: vencer – perder) ou no sistema da política (código: governo – oposição). Que litiga no Judiciário não espera, ou pelo menos quase nunca espera, decisões com base no sistema da moral ou no sistema da política, que operam, como se viu, por outros códigos.

Assim, nos mesmos termos, os países centrais possuem uma complexidade estruturada, enquanto os países periféricos nem sempre, às vezes quase nunca, possuem complexidade bem estruturada. Esse tema voltará na sequência, por isso convém deixá-lo em *stand by*.

periferia. Aqui, Rocha vê cultura como produção de arte e identidades. Nesse artigo, preferimos identificar cultura como um conceito histórico humano, de crescimento do ser humano e das suas instituições, por isso “amadurecimento cultural”.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. México: Alianza Editorial e Universidad Iberoamericana, 1991. p. 284; (ou) LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007. p. 107. Também, NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, 2005.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Longe de qualquer dúvida, o mandado de injunção é caracterizado como um remédio jurídico de natureza constitucional que visa à regulamentação de direitos. Importa dizer que cumpre, ao menos, dupla função: é instrumento constitucional de acesso à justiça e, ainda, instrumento constitucional de acesso a direitos. No sentido de remédio jurídico para o acesso à justiça, pode-se dizer que o mandado de injunção situa-se inserido na segunda onda na célebre classificação de Cappelletti e Garth, pois tem o viés de “litígio de direito público”, superando o individualismo e passando a ser considerado como forma de acesso à justiça ao menos coletiva, certamente plural, talvez, até, com viés de direito difuso, em algumas circunstâncias.

Pontes de Miranda foi quem trouxe essa noção de remédio jurídico processual¹⁵, distinguindo-o da ação, em sentido material, e da pretensão. Explica Pontes de Miranda que pretensão é pré-processual, no sentido de “pretensão à tutela jurídica”, uma vez que o Estado prometeu prestar jurisdição e assumiu, assim, o seu monopólio. Já a ação pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental. No caso do mandado de injunção, resulta claro que se trata de ação de eficácia mandamental. E remédio jurídico pertine ao direito processual, no caso do mandado de injunção, remédio jurídico de natureza constitucional, porque previsto na Constituição. Portanto, o mandado de injunção, na sua característica de acesso à justiça, é a forma de exercício da pretensão à tutela jurisdicional do Estado, uma vez que a pretensão é pré-processual, mas que, sendo exercida, passou para a “ação” em sentido processual.

2.1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A DIREITOS

E, como se adiantou, também tem o sentido de remédio jurídico para o acesso a direitos, como decorre, claramente, da letra do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Nesses termos, na compreensão posta por Pontes de Miranda, aqui se trata, propriamente, da ação em sentido material, que visa à regulamentação do direito. Assim, da pretensão, de natureza pré-processual,

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2016. p. 131 e ss.

foi usada a “ação” em sentido processual, visando à tutela, propriamente, do direito constitucional à regulamentação de direitos.

Nessa linha de raciocínio, convém descrever quais os direitos que podem ser tutelados pelo exercício do mandado de injunção. Ora, a doutrina esclarece que podem ser quaisquer direitos previstos na Constituição Federal:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que qualquer direito constitucional é passível de ser tutelado por mandado de injunção desde que se cuide de disposição normativa não autoaplicável. Na doutrina, podem ser encontradas tanto posições mais restritivas como até mesmo mais abrangentes. Assim, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que segue posição mais restritiva, sustenta que o mandado de injunção somente pode ser impetrado para tutelar os direitos fundamentais reconhecidos no Título II da Constituição, assim como para assegurar as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o que, por sua vez, a depender da exegese dessas categorias, poderá resultar em significativa ampliação das hipóteses de cabimento. Já para José Carlos Barbosa Moreira, o mandado de injunção pode tutelar, inclusive, lacunas na esfera das normas infraconstitucionais, posicionamento seguido também, entre outros, por Nelson Nery Junior. Independentemente de outras alternativas que poderiam ser mencionadas, em harmonia com a posição mais generosa do STF, ainda mais considerando o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, o entendimento mais adequado é o de que toda e qualquer norma definidora de direito e garantia constitucional, mesmo não situada no Título II, da CF, poderá ensejar a propositura de mandado de injunção. Também aqui viável uma “interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito”.¹⁶

¹⁶ STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. Comentários ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 483.

Convém adotar essa interpretação atualizada, de que quaisquer direitos, constantes da Constituição Federal, que dependam de conformação infraconstitucional, podem ser objeto do mandado de injunção. E, ainda, seria possível compreender, com Barbosa Moreira e Nelson Nery Junior, conforme adiantou a obra com excerto transcrito antes, o cabimento de mandado de injunção para a regulamentação de direitos infraconstitucionais que, eventualmente, estejam dependendo de alguma regulamentação para ser pleno exercício, mesmo que esse direito fosse meramente decorrente dos direitos e das garantias constitucionais expressamente positivados na Constituição.

Com efeito, a redação do art. 5º, LXXI, está assim: “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Todavia, a redação do art. 2º da Lei nº 13.300 amplia o sentido do preceito constitucional e o torna coerente com essa posição doutrinária:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta *total ou parcial de norma regulamentadora* torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. *Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.* (grifos do autor)

Não deveriam restar, nesses termos, muitas dúvidas quanto ao objeto do mandado de injunção. Contudo, há ainda margem para discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como se verá na sequência.

3 A LEI Nº 13.300/2016

Para além dessa questão, sobre a qual ainda pendia alguma dúvida doutrinária e, principalmente, dúvida jurisprudencial, atinente ao objeto do mandado de injunção, a Lei nº 13.300/2016 veio a solucionar inúmeras outras questões e problemas com relação aos quais havia polêmicas.

Isso mostra, por um lado, a necessidade de legislação para o país que baseia o seu sistema jurídico no sistema romano-germânico, o da tradição da *civil law*. Sem dúvida que o sistema jurídico depende muito da legislação para

ser bem aplicado o direito posto. Existem incontáveis exemplos da experiência que mostram o quão necessária é a lei. Ora, se mesmo quando existe lei, muitas vezes a sua aplicação demora para ser implementada, quando não há lei que dê conformação a determinado direito, aí haverá dificuldades por vezes intransponíveis para a sua efetivação.

O mandado de injunção serve de exemplo claro desse problema. Basta lembrar, como já de certo modo constou anteriormente, que o mandado de injunção foi incluído na Constituição Federal em 1988, mas que sofreu avanços e, às vezes, retrocessos, na sua aplicação a casos concretos. A primeira objeção que se pôs é aquela paradoxal, da necessidade de lei para regulamentá-lo, quando, expressamente, o mandado de injunção foi positivado para que fosse editada regulamentação a direito que não recebeu a devida regulamentação. Se a doutrina e a jurisprudência tivessem se curvado a esse entendimento, o mandado de injunção passaria de situação paradoxal para situação de verdadeira aporia. Felizmente, a despeito dessa objeção inicial, a jurisprudência e a doutrina não insistiram nesse intento.

De qualquer modo, contudo, a jurisprudência e a doutrina, ressalvadas algumas exceções, foram muito tímidas. E, agora, embora a edição da Lei nº 13.300/2016, a jurisprudência tem se mostrado, neste início, excessivamente conservadora de alguns entendimentos superados. Basta ver que, neste ano de 2017, já foram julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal alguns mandados de injunção, e não houve referência à existência da novel lei de junho de 2016. Necessário transcrever algumas ementas:

Agravo regimental em mandado de injunção. Aposentadoria especial de servidores portadores de deficiência (CF/1988, art. 40, § 4º, I). Parcial procedência para que o pedido de aposentadoria especial seja analisado pela autoridade administrativa mediante a aplicação, no que couber, da Lei Complementar nº 142/2013. Agravo regimental não provido. 1. O provimento normativo-concretizador do direito de aposentação em regime especial por servidor público alcançado na via injuncional na Suprema Corte firmou-se no sentido de se viabilizar o gozo do direito em isonomia de condições com trabalhadores da

iniciativa privada (Precedente: MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 30.11.2007). 2. Impossibilidade de o STF, em sede de mandado de injunção, substituir-se ao Parlamento na conformação dos parâmetros de aferição das condições especiais (Precedente: MI 844/DF, Rel^a Min. Cármen Lúcia, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 30.09.2015). 3. Ordem concedida para viabilizar ao servidor que tenha seu pedido de aposentadoria apreciado pela autoridade administrativa competente, nos termos da Lei Complementar nº 142/2013. 4. Agravo regimental não provido. (MI 6475-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 17.03.2017, Processo Eletrônico, DJe-066 Divulg. 31.03.2017, Publ. 03.04.2017)

Agravo regimental em mandado de injunção. Art. 37, X, da Constituição. Revisão geral anual da remuneração de servidores públicos. Leis nºs 10.331/2001 e 10.697/2003. Ausência de mora legislativa. Agravo regimental não provido. 1. Improriedade da via injuncional para questionar a efetividade da norma regulamentadora, estando ausente o pressuposto de admissibilidade do mandado de injunção com fundamento no art. 37, X, da CF/1988, tendo em vista a edição das Lei nºs 10.331/2001 e 10.697/2003. 2. Agravo regimental não provido. (MI 5899-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 17.03.2017, Processo Eletrônico, DJe-066 Divulg. 31.03.2017, Publ. 03.04.2017)

Agravo regimental em mandado de injunção. 2. Direito de participação popular em procedimento de sabatina de candidato a ministro do Supremo Tribunal Federal. Ausência de dever constitucional de legislar sobre a matéria. 3. Natureza mandamental do remédio constitucional. Pressuposta omissão legislativa que inviabilize a fruição de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados e de

prerrogativas relativas à nacionalidade, soberania e cidadania. Inocorrência. 4. Existência de ato normativo infraconstitucional regulamentador da pretensão. Inadequação do instrumento à veiculação de insatisfação com o conteúdo da norma. 5. Descabimento do mandado de injunção. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (MI 6681-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 07.04.2017, Processo Eletrônico, DJe-091 Divulg. 03.05.2017, Publ. 04.05.2017)

Direito constitucional e previdenciário. Agravo interno em mandado de injunção. Desaposentação. 1. Não há preceito constitucional que proclame categoricamente um direito à desaposentação, que se alega pendente de regulamentação (REs 381.367, 661.256 e 827.833), o que impossibilita o conhecimento do *writ*, nos termos da jurisprudência desta Corte. 2. Agravo a que se nega provimento por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor, em caso de decisão unânime (CPC, art. 1.021, §§ 4º e 5º). (MI 6648-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.02.2017, Processo Eletrônico, DJe-077 Divulg. 17.04.2017, Publ. 18.04.2017)

Esses seriam apenas alguns exemplos, pois haveria outros julgamentos. Em um dos casos transcritos, MI 6681, constava nas alegações, o que se vê no relatório do mandado de injunção, que estava sendo invocada a aplicação da Lei nº 13.300/2016. Todavia, na fundamentação da decisão nenhuma alusão à novel lei foi realizada. E, certamente, fosse analisada a jurisprudência de outros Tribunais, seriam encontrados inúmeros outros julgamentos de mandados de injunção, no corrente ano, sem qualquer alusão à Lei nº 13.300.

Das quatro decisões do Supremo Tribunal Federal que servem de exemplo, supratranscritas, se tivesse sido lembrada a Lei nº 13.300 quando do julgamento do MI 5.899 (o segundo citado), com absoluta certeza esse novo diploma legal importaria alguma influência, não fosse, talvez, na alteração da própria decisão,

no mínimo quanto à fundamentação que se limitou a reproduzir entendimento anterior à vigência daquela lei. Com relação aos demais julgamentos citados, mesmo assim haveria a necessidade de menção ao novo diploma legal, mesmo que não houvesse alteração da decisão. E essa menção serviria para complementar a fundamentação da decisão, assim como para prestigiar o ordenamento jurídico.

Superadas essas decisões, atualmente já surgem alguns julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal que examinam a novel legislação. Cabe transcrever a ementa de um desses julgamentos:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE INJUNÇÃO - SEGURADO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - DESAPOSENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR SOBRE O TEMA - PRECEDENTES - 1. À minguia de direito subjetivo constitucionalmente assegurado à “desaposentação”, consoante assentado em precedentes desta Suprema Corte, não há falar em inércia legislativa na sua regulamentação e, portanto, não há campo para a concessão da ordem injuncional pretendida. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, por se tratar de recurso interposto em mandado de injunção (arts. 14 da Lei nº 13.300/2016 e 25 da Lei nº 12.016/2009). 3. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa. (MI 6658-AgRg, Tribunal Pleno, Relª Min. Rosa Weber, J. 02.06.2017, Processo Eletrônico, DJe-125 Divulg. 12.06.2017, Publ. 13.06.2017)

Todavia, não há *vacatio legis* na mencionada lei, que foi editada depois de 28 anos da Constituição Federal. Por isso não é compreensível que o Supremo Tribunal Federal tenha deixado de aplicar a Lei nº 13.300 em diversos julgamentos posteriores, embora decorridos, em alguns casos, cerca de 8 meses da edição daquela lei, 23 de junho de 2016. Com efeito, o direito já estava positivado na Constituição Federal e a Lei nº 13.300 somente veio a regulamentar o acesso e a solucionar inúmeras dúvidas, cabendo, logicamente, a sua aplicação mesmo

aos casos pendentes de julgamento, que haviam sido ajuizados antes da edição daquela lei.

3.1 O EXEMPLO DO ARTIGO 37, X, DA CONSTITUIÇÃO - A REVISÃO GERAL ANUAL DAS REMUNERAÇÕES DO SERVIÇO PÚBLICO

É bom reiterar o que constou antes, pois, em conformidade ao art. 2º da Lei nº 13.300, é possível mandado de injunção quando a regulamentação constante da lei seja parcial ou incompleta. Aí está a solução à polêmica que ensejava parte da doutrina (Barbosa Moreira e Nelson Neri Junior) que entendia possível ajuizamento de mandado de injunção diante de lacunas na legislação infraconstitucional. *Nesse caso, pode ser citado o art. 37, X, da Constituição Federal*, que trata da revisão anual da remuneração dos servidores públicos e dos subsídios previstos no art. 39, § 4º, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal tem repetido, constantemente, o entendimento de que as Leis Federais nºs 10.331/2001 e 10.797/2003 já trataram desse tema constitucional e, então, não cabe mandado de injunção para a regulamentação do art. 37, X, da Constituição.

Ora, o art. 2º da Lei nº 10.331/2001 fixa os critérios que possibilitam a aplicação da revisão anual constitucional, enquanto o art. 5º estabelece que, para o ano de 2002, o índice geral de revisão anual seria, como foi, de 3,5%. Para os demais anos, contudo, não foi editada nenhuma lei estabelecendo o índice geral de revisão anual. Já a Lei nº 10.697/2003 estabeleceu, para o ano de 2003, o índice geral de 1%, o que, certamente, representa índice que de modo incompleto e parcial aplica uma revisão anual às remunerações dos servidores públicos.

Aliás, o Tema nº 19 do STF contém Repercussão Geral no RE 565089-RG/SP, que trata da possibilidade de indenização pela ausência de revisão anual das remunerações e dos subsídios. A última decisão proferida nesse recurso, no âmbito do STF, indeferiu o pedido de suspensão de todas as ações em trâmite no território nacional, requerido pela Advocacia-Geral da União. Em sessão de julgamento em abril de 2014, a Ministra Cármen Lúcia votou acompanhando o Relator, Ministro Marco Aurélio, dando provimento ao recurso extraordinário, garantindo o direito de indenização pela falta de revisão anual. Houve divergência, apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, para quem não há direito a aumento anual da remuneração, mas apenas direito à revisão, que seria uma manifestação do Chefe do Executivo, sobre a remuneração geral dos servidores. Posteriormente, houve o voto do Ministro Teori Zavascki, também

negando provimento ao recurso, seguindo-se pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, sendo essa a fase atual do julgamento¹⁷.

Nesse caso em julgamento, enquanto alguns Ministros entenderam, claramente, que havia necessidade de lei anual de revisão das remunerações, por isso se impunha indenização pela ausência dessa lei, casos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, e Cármen Lúcia, os Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki entenderam em sentido contrário, sobrevivendo o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. De certo modo já anunciaram seus votos possíveis os Ministros Gilmar Mendes, contrário à procedência da ação, e Luiz Fux, favorável. Quanto a estes – e igualmente quanto aos demais – é possível que tenham outro entendimento quando ocorrer a ultimação do julgamento.

Transparece desse caso em julgamento a possibilidade de alteração essencial dos votos se houver a aplicação da Lei nº 13.300. Aliás, o único voto, pelo que se percebe, que enfrenta o tema com entendimento verdadeiramente peculiar e diferente é o do Ministro Luís Roberto Barroso, pois entendeu que não haveria direito a aumentos, já que “revisão” não teria esse sentido. Olvidou-se, contudo, da expressão final do inciso X do art. 37, em que consta “assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

Ora, essa interpretação não guarda a melhor hermenêutica, pois a última parte, que impossibilita a “distinção de índices”, significa, exatamente, que se pretende atualizar a remuneração dos servidores públicos, o que, aliás, ocorre em geral com os trabalhadores da iniciativa privada, considerando a atualização anual do salário-mínimo e a necessidade de dissídios coletivos das categorias profissionais, também anual. Portanto, nem a interpretação está adequada, nem, muito menos, as consequências que antevê, “indexação da economia”, que seriam deletérias.

A vontade constitucional, tudo indica, é a de “assegurar” aos servidores públicos situação idêntica aos trabalhadores da iniciativa privada, impedindo que sofram os prejuízos da inflação por vários anos, sem qualquer proteção. A limitação posta pela Constituição a esse direito é a de que deve haver a revisão geral anual na mesma data e com base nos mesmos índices. Em outras palavras, algumas categorias profissionais podem conquistar aumentos, individualmente por categoria, mas, nesse caso, devem postular esses aumentos nas vias

¹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264096>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

adequadas, não por meio da revisão geral anual, que tem outras finalidades constitucionais – especialmente proteger os servidores públicos dos efeitos nefastos da inflação, mas, convém observar, nem os índices inflacionários estão garantidos. Pode a revisão geral anual ser inferior a índices inflacionários, a depender da fundamentação exposta pelo titular do Poder Executivo, competente para a iniciativa dessa legislação.

3.2 DÚVIDAS QUE AINDA REMANESCEM SOBRE A EFETIVAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Relativamente ao objeto do mandado de injunção, ou seja, quais direitos e liberdades são judicializáveis, certamente há necessidade de maior digressão doutrinária e jurisprudencial, basta ver o problema dos direitos sociais positivados no art. 6º da Constituição¹⁸. Já não é assim, parece, com relação às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pois, quanto a essas possivelmente haja facilidade de atribuição de sentido.

Quanto aos direitos e às liberdades, efetivamente há dificuldade de restrição, bastando que estejam previstos na Constituição ou que sejam decorrentes das normas constitucionais. Portanto, observando o exemplo citado do art. 37, X, tenho expressão constitucional, não é válido o argumento de que “esse direito” não seria judicializável, uma vez que, para usar um argumento muito usado, viola o princípio da separação dos poderes, considerando que o Judiciário passa a função de legislador.

Esse argumento, a toda evidência, é extremamente frágil. Convém perceber que, em conformidade ao art. 8º da Lei nº 13.300, a primeira parte do julgamento do mandado de injunção, a do *caput*, se circunscreve a constatar, ou não, o estado de mora legislativa. E, superada essa fase, será caso de passar a segunda fase, expressa no inciso I, que claramente contém a eficácia mandamental própria dessa natureza de ação, quando a sentença/acórdão deve “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora”. A última fase da análise que deve conter a decisão é, justamente, a do inciso II: “Estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o

¹⁸ Efetivamente, quanto aos direitos sociais, compreende-se a impossibilidade de efetivação, ausente conformação infraconstitucional, não sendo possível ao Judiciário passar a legislador positivo naquelas circunstâncias (mas esse tema importaria outro artigo).

interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

Nesses termos, a sabedoria da lei está em que a decisão reconhece a mora legislativa, fixa prazo razoável para suprir a mora e, não sendo suprida, estabelece, desde logo, como será exercido o direito, a liberdade ou a prerrogativa objeto da ação constitucional, ou, ainda, se for o caso, as condições em que poderá promover ação própria visando exercer tal direito, liberdade ou prerrogativa. Fundamental dizer que esse esclarecimento não pode ficar para uma segunda ou terceira decisão, ou mesmo para eventual execução, até porque se trata de ação de eficácia mandamental, que deve ser desde logo expresso na própria decisão.

Há decisões, contudo, atuais, que simplesmente declaram a mora legislativa, sem conter como será exercido o direito, o que revela que a decisão é passível de embargos de declaração, pois claramente omissa, não observando o que diz a Lei nº 13.300.

Esse diploma legal claramente possibilitou ação coletiva (art. 12), a despeito de não haver previsão constitucional, como ocorre com o mandado de segurança. Mas nisso, certamente, não há nem a mínima possibilidade de inconstitucionalidade. A lei mostrou a sabedoria dos legisladores no ponto, considerando, inclusive, a questão do acesso à justiça, já mencionada antes neste artigo. Com efeito, não seria possível imaginar a inadmissibilidade de mandado de injunção coletivo nos tempos atuais.

O art. 9º, contudo, poderá resultar em dificuldade de interpretação, que pode ser superada se houver boa vontade interpretativa. Diz esse texto legal que poderá ser atribuída, na decisão, eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”. Aqui é possível buscar, novamente, o exemplo do art. 37, X, da Constituição Federal. Nesse propósito, convém ver que o direito à revisão geral anual, como diz a parte final, deve observar a mesma data e sem distinção de índices. Portanto, é inerente, nesse caso, que o direito é de todos os servidores públicos, por exemplo, da União, ou, se for o caso, de determinado Estado. Assim, se houver o ajuizamento de mandado de injunção por uma determinada categoria profissional de servidores, a decisão, sendo favorável, pode atribuir eficácia *ultra partes* a todos os servidores públicos da União. Nesse sentido, está claro que esse direito é inerente a todos os servidores públicos da União, como expressa o texto constitucional. Aliás, a confirmação

dessa interpretação vem exposta no § 2º do art. 9º: “Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”. Portanto, a decisão pode, desde logo, atribuir eficácia *ultra partes*, ou, em caso diverso, pode, posteriormente, ser estendidos os efeitos da decisão a situações análogas.

É, por outro lado, cabível ação revisional da decisão que concedeu o mandado de injunção, nos termos do art. 10 da Lei, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”.

E, ainda, a eficácia da decisão é sempre condicional, desde o que se contém na segunda fase da análise da ação constitucional. Em primeiro lugar, a despeito de constar como será exercido o direito, a liberdade ou a prerrogativa, se houver o suprimento da mora legislativa, prevalece o que consta na lei, não o que consta na decisão. Assim, usando o exemplo do art. 37, X, da Constituição, se a decisão contiver o direito à revisão geral anual em 7%, a lei poderá ser tanto superior a esse percentual quanto inferior. Aplica-se o percentual previsto na lei que supriu a mora legislativa.

Supondo-se, então, que o legislador edite a norma em momento anterior à decisão, segundo o parágrafo único do art. 11, o mandado de injunção não terá examinado o seu mérito e será extinto. Todavia, se houver a edição da lei em momento posterior ao tempo razoável para o suprimento da mora legislativa, quando já se operam os efeitos da segunda fase da decisão do mandado de injunção, em que se consta claramente como deveria ser exercido o direito, que inclusive já pode estar cumprido, nessa circunstância, prevalece o que consta no *caput* do art. 11 da Lei nº 13.300: “A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”.

Assim, a lei não produzirá efeitos *ex tunc*, pois produzirá efeitos apenas para o futuro; mas, se a aplicação da lei for mais favorável do que a decisão judicial, então terá eficácia *ex tunc* e será caso de os favorecidos pela decisão obterem as eventuais diferenças, por exemplo, remuneratórias. Contudo, se, no exemplo do art. 37, X, da Constituição, a lei estabelecer percentual inferior ao percentual da decisão, a partir da publicação da lei deverá prevalecer o índice previsto na lei, não mais aquele previsto na decisão judicial. Nesse caso, poderá haver argumentação de violação da coisa julgada, mas tal argumento é fadado ao fracasso, pois a natureza do mandado de injunção é limitada a buscar que

o legislador supra a sua mora em editar lei e, tanto que a supra, a lei deve ser observada. Essa interpretação é perfeita e adequada aos ditames constitucionais.

CONCLUSÕES

A base doutrinária pesquisada e revisada, ultrapassadas algumas décadas, mostra a necessidade de produzir distinções para que o tema acesso à justiça não sofra confusões com outros temas, consignando que a expressão “acesso à justiça” é ambígua e tanto pode favorecer interpretações que tratem de acesso a políticas públicas estatais, como acesso a direitos, com a de acesso à jurisdição estatal e, ainda, acesso à solução de conflitos jurídicos.

A referencial teórica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de Niklas Luhmann, é válida à medida que produz distinções e observa o direito – e a sociedade – pela análise sociológica, sem pretensões filosóficas, essas tendentes a apresentar soluções, enquanto a análise sociológica somente descreve, o que já constitui tarefa de extrema dificuldade. No caso do mandado de injunção, a ausência de conformação legislativa infraconstitucional, embora constituísse, a edição de lei regulamentadora, verdadeiro paradoxo, contribuiu para os avanços e os retrocessos da aplicação do instituto eminentemente brasileiro – e, aliás, mesmo com a edição da Lei nº 13.300, continua havendo dificuldades de efetivação. Significa dizer, em outras palavras, que o preceito do art. 5º, LXXI, da Constituição, a despeito de ser importante inovação para o acesso à justiça da cidadania, considerando os resultados obtidos no decorrer de 28 anos entre a promulgação da Constituição e a edição da Lei nº 13.300, ainda assim, pela ausência de densidade normativa, não trouxe o alívio para expectativas, devido à ausência de “expectativas normativas generalizadas congruentemente” que estão, propriamente, na norma infraconstitucional.

Esse artigo constitui, na verdade, a continuidade de pesquisas que se iniciaram em 1991, com a publicação de artigo¹⁹, atualmente sendo escolhido, para além do mandado de injunção, o tema do art. 37, X, da Constituição Federal, que enuncia o direito à revisão geral anual das remunerações e dos subsídios no serviço público, o que ainda continua sendo tema polêmico na jurisprudência.

Resta a expectativa de que, com a edição da Lei nº 13.300, paulatinamente, o mandado de injunção, remédio constitucional, passe a ser, agora sim, melhor

¹⁹ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Perplexidades e soluções para a aplicação do mandado de injunção brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, 1992.

aplicado no Direito brasileiro, não significando que o Poder Judiciário possa ser transformado em legislador positivo, exceto nas ressalvas expressas constitucionalmente permitidas.

Nesses termos, se o preceito constitucional do art. 5º, LXXI, por não possuir a necessária densidade normativa decorrente da sua conformação, enfrentou interpretações que, por vezes, sofreram retrocessos. Contudo, a lei editada 28 anos depois da promulgação da Constituição possibilitou, finalmente, essa densidade normativa, possibilitando, em melhores condições, o acesso à justiça e, sobretudo, o acesso a direitos. Atualmente, do intérprete da norma constitucional não se exige o esforço anterior – interpretar e aplicar uma norma com baixa densidade normativa –, pois agora se exige a interpretação e a aplicação da lei infraconstitucional. Portanto, de um instante em que as decisões judiciais podiam ficar maculadas por considerações de natureza política, próprias do sistema político, com a edição da lei infraconstitucional a exigência é de que seja interpretada e aplicada.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GUIBENTIF, Pierre. O direito na semi-periferia. Uma teoria ambiciosa revisitada à luz da investigação jurissociológica recentemente realizada em Portugal. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre: Abrasd, jan./jun. 2015.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007.
- _____. *Sistemas sociales*. México: Alianza Editorial e Universidad Iberoamericana, 1991.
- _____. La cultura como un concepto histórico. *Historia y Grafia*, n. 8, 1997.
- _____. *Sociologia do direito I*. Brasília: Tempo Brasileiro, 1983.
- MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y Contingencia en América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Estado e sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português. *Revista Análise Social*, Lisboa, 1985.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. Comentários ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Submissão em: 12.07.2017

Avaliado em: 05.10.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.10.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 12.12.2017

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONTRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA FORTALECIMENTO DE DEMOCRACIAS EM PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: CONTRIBUTION OF THE JUDICIARY TO STRENGTHENING DEMOCRACIES IN PROCESS OF CONSOLIDATION

Fabiola Utzig Haselof¹

Juíza Federal do TRF da 2ª Região (Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito administrativo; direito constitucional.

RESUMO: O fenômeno da expansão do poder judicial pode ser observado a nível global. O *fato social* da judicialização da política, como fenômeno que surge no contexto do Estado Constitucional, compele o Poder Judiciário a assumir um papel de protagonismo inclusive no campo político, cujo desempenho responsável e independente, especialmente nos países em desenvolvimento, constitui etapa fundamental do que pode ser considerado um processo em direção ao fortalecimento da democracia, e que tem como objetivo final a consolidação democrática, ainda não

alcançada entre nós. Por outro lado, em países cuja democracia encontra-se plenamente consolidada, observa-se uma autocontenção do Poder Judiciário.

ABSTRACT: *The expansion of the judicial power phenomenon can be noticed at a global level. The social fact of the judicialization of politics as phenomenon arising in the Constitutional State scenario compel the Judiciary to take on the role (including political) on a responsible and independent matter (specially in developing countries). It constitutes a fundamental step in a process towards democracy strengthening and it has the final objective of the still not attained democratic consolidation. On the other hand, we have seen a self-restraint of Judiciary Branch in countries that already achieved democratic consolidation.*

¹ Doutoranda em Processo pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa, Rio de Janeiro/RJ, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: fabiola_haselof@icloud.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6584739562554308>>.

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição constitucional; estado constitucional; separação dos poderes; judicialização; democracia.

KEYWORDS: *constitutional jurisdiction; constitutional state; separation of powers; judicialization; democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contribuição do Judiciário para fortalecimento de democracias em processo de consolidação; 2 O arranjo da separação dos poderes no Estado Constitucional; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Contribution of the Judiciary to strengthening democracies in process of consolidation; 2 The separation of powers in the Constitutional State; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O enfoque desenvolvido no presente trabalho é o estudo do *fato social* da judicialização da política² e o protagonismo judicial dela decorrente, implicando modificação no arranjo da separação dos Poderes, deslocando para o Poder Judiciário uma posição de destaque. Tal fenômeno surge como consequência de eventos que marcaram o pós-positivismo, como resultado da superação do formalismo jurídico, do surgimento de uma cultura pós-positivista que incorpora técnicas abertas de formulação do raciocínio jurídico, bem como da ascensão do direito público e do consequente deslocamento do epicentro do debate jurídico, que era o Código Civil e passa a ser a Constituição³. Tais acontecimentos dão origem a um novo Estado, o Estado Constitucional, que, por sua vez, compele o Poder Judiciário a assumir um papel de protagonismo, inclusive no campo político, cujo desempenho responsável e independente constitui etapa fundamental do que pode ser considerado um processo em direção ao fortalecimento da democracia e que tem como objetivo final a consolidação democrática.

² É importante estabelecer diferença entre as expressões judicialização e ativismo. Para Luís Roberto Barroso, a judicialização é um fato, ou seja, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. O ativismo, por sua vez, é uma atitude, caracterizada pela deliberada expansão do papel do Judiciário mediante uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes (*O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39/40).

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345-346.

Na mesma medida em que o Poder Judiciário necessita assumir uma postura mais ativa nos países nos quais o desenvolvimento democrático está mais atrasado, da mesma forma, nos países em que, diferentemente, o desenvolvimento democrático encontra-se em estágio mais avançado, existe uma tendência à autocontenção judicial⁴. Peter H. Russel⁵ considera que essa tendência de autocontenção pode ser observada no Canadá, onde os Ministros da Suprema Corte, após alguma experiência com as possíveis consequências da expansão do seu próprio poder e preocupação com sua efetividade e legitimidade em longo prazo, aparentemente vem adotando uma estratégia de autocontenção que deve reduzir o ritmo da judicialização.

Portanto, aparentemente, existe relação entre o estágio de desenvolvimento democrático e a atuação mais ativa ou mais autocontida do Poder Judiciário, sendo bastante provável que naqueles países em que o Judiciário é chamado a adotar uma postura de protagonismo, sua atuação contribua de forma essencial para impulsionar o desenvolvimento democrático em direção à sua consolidação.

1 CONTRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA FORTALECIMENTO DE DEMOCRACIAS EM PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO

Desde o final da II Guerra Mundial observa-se um incremento da importância do Poder Judiciário em temas do campo da política majoritária, que é a propriamente desenvolvida pelos Poderes Legislativos e Executivo. Tal fenômeno, observado em muitas democracias no mundo, também ocorre

⁴ Richard Posner, na sua obra *Reflections on Judging*, no tópico *The Decline of Self-Restraint*, apresenta um gráfico no qual se vê um declínio da autocontenção judicial, que inicia no final da década de 80, e um aumento no ativismo, que inicia na década de 60, e somente começa a cair no ano 2000. Mas, de qualquer forma, números praticamente inexpressivos, pois o auge do ativismo atinge 0.00002% (POSNER, Richard. *Reflections on Judging*. US: Harvard University Press, 2013. p. 163).

⁵ Peter H. Russel é professor emérito de Ciência Política na University of Toronto, Canadá. Neal Tate e Vallinder registram que “Russel seeks in his analysis of the Canadian case to make another point: that the justices of the Supreme Court, after some experience with the possible consequences of the expansion of their own power and with a concern for their long-run effectiveness and legitimacy, appear to be adopting a self-limiting strategy that should slow the pace of judicialization. If Russel is right, the pace of expansion of judicial power in Canadá may slow”. Em tradução livre: “Russel procura em sua análise do caso Canadense fazer outro ponto: que os Ministros da Suprema Corte, após alguma experiência com as possíveis consequências da expansão do seu próprio poder e preocupação com sua efetividade e legitimidade no longo prazo, aparentam estar adotando uma estratégia de autocontenção que deve reduzir o ritmo da judicialização. Se Russel estiver certo, a velocidade do processo de judicialização no Canadá deve diminuir” (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995. p. 515).

no Brasil, havendo o Supremo Tribunal Federal assumido uma posição de protagonismo na arena política.

A judicialização, como é intuitivo, pode ser definida como a transferência da arena de decisões sobre questões políticas, sociais ou morais, para o Poder Judiciário, em contraposição aos Poderes Legislativo e Executivo, que seriam teoricamente o ambiente no qual tais questões deveriam ser debatidas, definidas e implementadas.

Entre as causas que contribuem para justificar o fenômeno da expansão do poder judicial pode ser destacado o fato de que o reconhecimento social de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais, a desilusão dos eleitores com a política majoritária e o fato de que os atores políticos, para evitar o desgaste nas questões contramajoritárias, optam por deixar que o Judiciário as enfrente⁶. Tais situações, que se manifestam de forma espontânea, convergem para um contexto que incentiva o protagonismo que o Poder Judiciário é compelido a assumir.

O fenômeno da expansão do poder judicial pode ser observado a nível global, tanto em países de tradição do *common law* (*western common law democracies*), como Inglaterra, Estados Unidos, Austrália e Canadá, quanto de tradição do *civil law* (*european romano-germanic democracies*), como Itália, França e Alemanha e países da América Latina.

Na América Latina, segundo Rodolfo Vázquez⁷, o que se observa em países como Venezuela, Bolívia, Ecuador, Nicaragua, Colômbia e Argentina é uma *epidemia de poderes especiais*, atribuídos a esses governos, citando como exemplo o caso da Argentina no ano 2006, no qual o governo Kirchner obteve superpoderes. Tais episódios atuam como gatilhos deflagradores de um protagonismo judicial, que surgiria como reação ao que pode ser considerado um abuso ou mau uso do poder pelos demais Poderes, eventualmente mais comprometidos com questões que não foram definidas como prioritárias pelos cidadãos representados.

No México, em particular, existem condições objetivas que explicam a expansão do poder dos juízes. A partir de 1988, quando são implementadas

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39.

⁷ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Juticia Constitucional y Democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado, 2010.

reformas no Poder Judiciário no México, mesmo ano em que ocorre suspeita de fraude eleitoral, surge um contexto favorável ao papel mais ativo do Poder Judiciário, em boa parte também motivado pela crescente desconfiança dos cidadãos nos partidos políticos, de modo que o Poder Judiciário se apresentou como fator de equilíbrio e governabilidade democrática⁸. Houve necessidade de encontrar alternativas para remediar o déficit democrático, depositando confiança nos Ministros do Tribunal Constitucional. E esse papel de promover o equilíbrio da governabilidade democrática foi bem desempenhado pelo Tribunal.

A América Latina, entretanto, necessita ser contrastada com alguma democracia que esteja em processo mais avançado de evolução. Quando pensamos em democracia, o primeiro país que nos assalta como exemplo são os Estados Unidos. Portanto, possivelmente os Estados Unidos sejam um bom parâmetro, inclusive em razão do seu sistema presidencialista, o que é um fator que aproxima o Brasil e outros países da América Latina.

Portanto, no intuito de estreitar o foco do nosso estudo, temos que o sistema de governo presidencialista é um bom ponto de partida, seja porque é o sistema adotado no Brasil e nos países de interesse do estudo na América Latina, seja porque o sistema presidencialista, pela forma como se dá a interação entre o Executivo e o Legislativo, pode dificultar a tradução da vontade democrática compreendida como a realização do interesse público. Isso ocorre especialmente nos países nos quais as eleições diretas do chefe do Executivo e de parlamentares permitem que partidos antagônicos ocupem posições-chave no cenário nacional, combinado com a intenção de renovação no poder nas próximas eleições, o que frequentemente faz com que reformas estruturais importantes e impopulares deixem de ser propostas ou aprovadas em razão do seu custo político.

Por outro lado, medidas demagógicas e populistas, estas entendidas como de planejamento irresponsável em longo prazo, mas que possam ter repercussões em curto prazo, ou seja, possam render a aprovação do eleitorado necessário para assegurar novo mandato na próxima eleição, sejam priorizadas, tudo isso em detrimento da criação das bases necessárias ao desenvolvimento do país. Em tais contextos o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental ao redirecionar os parlamentares e o chefe do Executivo ao eixo traçado na

⁸ Vázquez, ob. cit., p. 383.

Constituição sempre que dele se afastem, sendo essencial uma Suprema Corte forte para desempenho dessa competência⁹.

Vê-se que nos países que adotam o sistema presidencialista o protagonismo pode assumir maior relevância, pela própria natureza do sistema de governo presidencialista, pois, além de permitir que rivais diretamente eleitos sejam conduzidos ao Poder, ainda concentra em uma única pessoa, o Presidente eleito, todas as esperanças de realizações sociais dos eleitores, alimentando o culto à personalidade. Sobre o ponto, é muito oportuna a colocação de Bruce Ackerman relativamente ao culto à personalidade no sistema presidencialista, apontando que o seu resultado certamente ofende aos que são mais voltados para eficiência e diz mais: que “o culto da personalidade vai contra a semente do governo autônomo republicano”. Considera ainda que “uma presidência personalista mina a base de ideais democráticos”, haja vista que

o governo de gabinete pode degenerar na política de um grupo fechado, interessado somente na partilha de ministérios e no atendimento de interesses de apoiadores partidários. As infinitas discussões sobre as plataformas partidárias podem ser um disfarce cínico para a busca do interesse fracionário e da vantagem pessoal.¹⁰

Tal realidade não ocorre com a mesma intensidade no sistema parlamentarista, no qual deve existir uma relação de confiança e apoio entre Legislativo e Executivo, ou entre o Parlamento e o 1º Ministro. Como exemplo podemos mencionar o sistema britânico clássico de democracia de Westminster, no qual os eleitores votam em cédula única, ou seja, a única maneira de o eleitor votar no partido do 1º Ministro é votar, nas eleições para o Parlamento, no partido ao qual o 1º Ministro seja filiado. Tal mecanismo impede que o eleitor

⁹ Bruce Ackerman afirma que “necessitamos que uma corte constitucional torne os princípios ordenados pelas pessoas em realidades operacionais. Sem a instituição do *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente. Este resultado somente gerará cinismo sobre a possibilidade de as pessoas poderem dar ordens aos seus representantes governamentais e esperar que estes representantes lhes obedçam. Só uma corte constitucional forte pode servir a esta função” (*A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41).

¹⁰ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34/35.

escolha, por exemplo, para 1º Ministro um candidato do Partido Conservador e vote em um membro do Partido Trabalhista, opositor, para o Parlamento.

Em atenção a tais características, aparentemente, o sistema legislativo encontra menos flancos de resistência no sistema parlamentarista do que no presidencialista. A justificativa para a menor resistência à realização democrática no sistema parlamentarista, embora seja uma conclusão reducionista da complexidade que envolve esses sistemas de governo, está no fato de que é da própria natureza do sistema parlamentarista¹¹ a interação harmoniosa, de apoio, entre os poderes Executivo e Legislativo. Por outro lado, isso não significa que o sistema parlamentarista possa ser considerado uma boa opção para o sistema brasileiro. A experiência estrangeira mostra que o sistema parlamentar funciona bem em monarquias, como Reino Unido ou Suécia, ou em sistemas que adotam sistema de eleição indireta para os chefes do Executivo, como Alemanha e Itália. No caso brasileiro, as eleições diretas foram o anseio social e a conquista de uma reivindicação democrática. Além disso, outro aspecto que ganha uma dimensão de relevância é a baixa qualidade ética e moral do nosso Parlamento¹² e que por isso não seria recomendável que o chefe do Poder Executivo tivesse seu mandato constantemente ameaçado por perda de apoio político e sustentação do governo.

O protagonismo judicial, aparentemente e em determinado contexto, como o brasileiro, desempenha importante etapa nessa trajetória em direção ao fortalecimento democrático, na qual o protagonismo do Poder Judiciário surge como *fato social imprescindível para consolidação do processo democrático*, ao atuar com independência e tomar decisões que, em razão do nosso contexto brasileiro e de alguns países da América Latina, o legislador não quer, não pode ou não

¹¹ Adotando tal linha de raciocínio, no sentido de que o modelo parlamentar britânico, ao concentrar a função legislativa no Parlamento, diferente do nosso modelo presidencialista brasileiro, que distribui a autoridade legislativa entre rivais democraticamente eleitos (Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidência da República), assim como ocorre no presidencialismo estadunidense e o francês, tal dispersão entre rivais eleitos torna mais complexo o sistema de produção legislativa, o que vai deflagrar mais situações que provocam a atuação do Poder Judiciário, que acaba *compelido* a assumir posição de protagonismo.

¹² Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/veja-a-lista-dos-parlamentares-que-sao-reus-no-stf/>>; <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/o-tamanho-da-bancada-dos-parlamentares-reus-no-stf.html>>; <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2016/04/18/the-independ-ent-60-de-parlamentares-brasileiros-sao-reus-em-processos-incluindo-homicidio/>>; <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/cerca-de-150-deputados-investigados-participam-da-votacao-do-impeachment/>>. Acesso em: 9 set. 2017.

consegue tomar¹³, bem como ao estabelecer limites à atuação de governos que possam pretender, sob as mais variadas roupagens, especialmente a populista na América Latina, estancar o processo de fortalecimento democrático, que pressupõe o fortalecimento das instituições.

Em regra a contribuição é menos relevante, e por vezes criticada e indesejada, em países que se encontram num nível mais avançado de plenitude democrática. Se, por um lado, o protagonismo judicial indica algum nível de maturidade democrática, por outro, indica também que a democracia ainda não se encontra plenamente consolidada. Isso porque, especialmente nas questões que envolvem judicialização da política, a necessidade de provocar do Poder Judiciário é um indicativo importante da obstrução do canal democrático. Portanto, embora a expansão do poder judicial e seu protagonismo se apresente positivo e útil no atual contexto do Brasil e de outros países em desenvolvimento, ao longo da trajetória em direção à consolidação democrática, em algum momento, deverá haver retração (autocontenção) do Poder Judiciário.

Tal movimento de autocontenção pode ser observado em países que se encontram em estágio mais avançado de consolidação democrática. Utilizando o exemplo dos Estados Unidos, país que elegemos como parâmetro de comparação, é intenso o movimento denominado constitucionalismo popular, que possui várias vertentes, a partir das quais defende-se desde a realização do controle da constitucionalidade pelo Poder Legislativo (não aceita o *judicial review*¹⁴, como Jeremy Waldron), passando pela interpretação da Constituição pelos três Poderes como parceiros¹⁵, como defende Lawrence Sager, e a defesa de que a constituição deve ser interpretada fora das Cortes Supremas¹⁶, como Mark Tushnet. Uma distinção bastante perspicaz foi elaborada por James Fleming, distinguindo 5 versões de constitucionalismo popular¹⁷.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41/42.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 2006.

¹⁵ SAGER, Lawrence G. *Justice in the Plainclothes: a Theory of American Constitutional Practice*, 2004.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press Publication, 1999; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 2000.

¹⁷ James Fleming, no trabalho *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, distingue 5 versões de constitucionalismo popular: 1) Anticonstitucionalismo populista, que no fundo opõe limites constitucionais ao autogoverno popular e rejeita o *judicial review* para fazer cumprir tais limites. É provável que hoje ninguém sustente tal versão, mas Richard D. Parker (Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto, 1994) se aproxima dela. Também menciona o anticonstitucionalismo progressivo de Ran Hirschl (*Towards Juristocracy: The Origins*

O que é fundamental é observar que mesmo os maiores críticos da expansão do poder judicial admitem que em determinados contextos a atuação do Judiciário é essencial para enfrentar o que Jeremy Waldron definiu como *patologias específicas*. Em primeiro lugar, registre-se que Waldron é um dos maiores críticos do *judicial review*, ou seja, não concorda com a possibilidade de o Judiciário pronunciar a inconstitucionalidade das leis. Mas, mesmo assim, ressalva que as reservas que guarda contra o *judicial review* são condicionadas, e, caso alguma das condições não esteja presente, então possivelmente a sua posição contra o *judicial review* não se sustente. Pois bem, uma das condições que indica como essenciais é justamente o bom funcionamento das instituições democráticas, incluindo um Poder Legislativo representativo dos seus eleitores. As outras condições – são quatro apontadas no total – incluem o comprometimento da maioria dos membros da sociedade e da maioria dos agentes públicos com os direitos individuais e das minorias¹⁸. Observe-se que a presença de tais condições

and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007); 2) Constitucionalismo popular, que aceita os limites constitucionais no autogoverno, mas rejeita o *judicial review* para fazer cumprir tais limites (Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*; e Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*); 3) Constitucionalismo popular, que aceita os limites constitucionais no autogoverno e no *judicial review*, mas rejeita a supremacia judicial. Esta versão é defendida por Larry Kramer. Ele rejeita a supremacia judicial tanto a favor do *departmentalism* quanto do populismo. *Departmentalism*: consiste na ideia que *legislatures and executives* dividem com os tribunais autoridade para interpretar a Constituição e, de fato, são os últimos intérpretes em certas questões. *Populism*: consiste na ideia de que o povo (*people themselves*) é o último intérprete da Constituição, acima e contra os departamentos judicial, legislativo e executivo que dividem autoridade de sua interpretação. Kramer propõe “*judicial review without judicial supremacy*”. Ao passo que Waldron e Tushnet propõem: “*Taking the Constitution away from the courts*”; 4) *Departmentalists* que não são populistas. Larry Sager entra nesta categoria porque a sua teoria do *underenforcement* compromete ele com a ideia de que certas normas constitucionais são *judicially underenforced* (não autoaplicáveis), de modo que a sua completa aplicabilidade (*fuller enforcement*) é deixada para o legislativo e executivo (*legislatures and executives*), que dividem com os tribunais a autoridade para interpretar a Constituição. Fleming afirma que Cass Sunstein e ele próprio também podem ser incluídos nesta categoria; 5) Movimento social constitucionalismo popular, que não desafia a supremacia judicial mas enfatiza como os movimentos sociais fora das cortes transformam as normas que são aceitas pelas cortes (Reva Siegel, Robert Post e William Forbath) (Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>).

¹⁸ “[...] the argument against judicial review is conditional; if any of the conditions fail, the argument may not hold. [...] We are to imagine a society with: (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights among the members of the society who are committed to the idea of rights.” (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115:1346, p. 1360, 2006)

indica que essa sociedade hipotética reúne características que revelam um nível de desenvolvimento que não foi ainda alcançado por países mais atrasados.

A ausência de tais características, como é o caso brasileiro¹⁹, no qual não é possível afirmar que o Legislativo efetivamente representa a vontade dos eleitores e tampouco que exista um comprometimento da maioria da sociedade e seus agentes públicos com direitos individuais e das minorias, faz com que o próprio Waldron considere que sua crítica ao *judicial review* perca o que considera sua base de sustentação. Vê-se, portanto, que a crítica à interferência do Poder Judiciário está inserida em um contexto no qual as instituições democráticas são capazes, por si, de adotarem soluções legítimas, representativas e justas, consideradas as expectativas dos eleitores, os direitos individuais e das minorias. De fato, em um contexto que reúna tais características não se justifica a interferência judicial. Portanto, parece que há de se ter cautela ao endossar críticas à atuação do Poder Judiciário que esteja inserido em um contexto totalmente diverso, de crise de representatividade democrática, como é o caso brasileiro, que pode ser melhor enquadrado como portador de patologia especial (*special pathologies*), na expressão de Waldron²⁰.

Mesmo em um contexto como o nosso, que reúne fatores que efetivamente demandam atuação judicial, é certo que deve ficar restrita a determinados campos considerados mais sensíveis, como o dos direitos fundamentais e do que pode ser chamado o arbitramento do procedimento democrático, pois consistem no que seriam os dois grandes papéis desempenhados por uma Constituição contemporânea, ou seja, expressar os valores nucleares de uma sociedade, consensos mínimos sobre suas instituições e direitos fundamentais, bem como

¹⁹ Embora o Brasil cumpra, na sua estrutura, boa parte dos requisitos mencionados por Waldron ao abordar as instituições democráticas, como eleição de representantes mediante sufrágio universal, sistema bicameral, audiências públicas, não obstante, é evidente que não são suficientes para neutralizar nossa crise de representatividade, a exemplo do que ocorreu com o projeto de lei de iniciativa popular PL 4.850/2016, conhecido como 10 medidas contra corrupção, que foi totalmente desfigurado no Parlamento brasileiro. Nossos representantes eleitos incluíram no projeto de lei de combate à corrupção regras que justamente dificultavam este combate pela intimidação de juízes e promotores, um verdadeiro acinte aos 2.028.263 de pessoas que subscreveram o projeto. Foi necessária a interferência do Supremo Tribunal Federal, que, no MS 34.530, em decisão da lavra do Relator Ministro Luiz Fux, tornou sem efeito a desfiguração promovida pelos parlamentares e determinou a restauração do projeto de iniciativa popular e o retorno do processo à sua fase inicial, haja vista que o procedimento previsto para os processos de iniciativa popular não havia sido observado.

²⁰ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115:1346, p. 1359, 2006.

disciplinar o processo democrático, assim entendido o governo da maioria, com participação da minoria e alternância de poder²¹.

Vê-se que a tensão entre protagonismo judicial e dificuldade contra-majoritária, quando relacionada à evolução democrática, pode ser inserida em um processo que parte da noção de protagonismo judicial como um fim em si mesmo para assegurar a governabilidade democrática, desvinculada da reflexão sobre o poder judicial, que conduz à compreensão do protagonismo judicial como um meio que se revela necessário, mas não suficiente, para consolidação e qualidade democrática, até alcançar, em um estágio mais avançado, a ideia de protagonismo como uma situação não desejável para o pleno desenvolvimento democracia, situação que ocorre quando o sentimento popular é efetivamente perseguido e expressado pelos representantes eleitos.

2 O ARRANJO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O arranjo da separação dos Poderes tem implicação direta sobre a realização democrática, no sentido de traduzir o que é mais importante para uma sociedade de determinada época e contexto. A ideia de separação dos Poderes não se justifica por si, mas pelo ideal de assegurar a melhor tradução da vontade democrática entendida como realização do interesse público. Partindo dessa premissa, o conceito de separação dos Poderes pode encontrar diferentes arranjos conforme a época, o país, o sistema, o regime e a forma de governo, sendo um conceito em permanente transformação.

Relativamente à expansão do poder judicial, entendemos que decorre de acontecimentos (fatos) relacionados à evolução do pensamento e superação do positivismo jurídico que surgem a partir do confronto com situações nas quais a mera previsão do direito na lei não se mostrou apta a realizar a justiça²².

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 447.

²² O modelo legislativo, que ressurgiu com força com o advento do Estado Moderno e suas codificações, não resolve questões ainda em conflito como segurança e justiça, pois, com o domínio do parlamento, o direito pode ser igualmente dominado. Tal percepção surge no bojo do nazismo e do fascismo, quando se percebe que o direito identificado exclusivamente com o Parlamento que o produz pode ser usurpado e manejado com fins que não encontram justificativa na realização da justiça. O modelo constitucional, por sua vez, submete a produção legislativa a um filtro de subordinação da produção legislativa às normas constitucionais, protegidas por regras de rigidez e controle de constitucionalidade. Com a ascensão do constitucionalismo, observa-se um enfraquecimento do positivismo jurídico, especialmente em razão de uma teoria dos direitos fundamentais que condiciona

O protagonismo judicial, por sua vez, é um desdobramento da expansão do poder judicial e que se manifesta em contextos sociais e políticos de crise de governabilidade e/ou representatividade. Partindo a suposição de que tal distinção seja pertinente e correta, é possível reconhecer autonomia a um e outro fenômeno, que não necessariamente vão caminhar juntos, pois a retração do protagonismo judicial pode ocorrer sem a correspondente retração do poder judicial. Portanto, o poder judicial expandido (relativamente ao período que precedeu o constitucionalismo), existe, apenas pode não ser exercido, o que não significa retração. Diferente é a questão do protagonismo, que admite retração por uma postura de autocontenção.

O constitucionalismo contemporâneo e as técnicas de interpretação que surgem com a superação do positivismo jurídico provocaram a expansão do poder judicial. De tais fenômenos resultou a dissociação entre o que se continha no texto legal e a norma jurídica que resulta da interpretação mediante filtragem constitucional e incorporação de valores das normas de direitos fundamentais ao raciocínio decisório ou interpretativo. A partir desse marco, surge a noção do que foi denominado *legalidade substancial*, ou seja, a diferenciação entre a lei e o direito, ao submeter a validade da lei, mediante sua interpretação, à Constituição e os valores nela insculpidos. A nossa realidade passa a ser então que a legalidade não possui mais aquela noção positivista, mas foi agregada de valores sem os quais não se pode realizar a justiça objetivada pelo Direito.

A mutação ocorrida no princípio da legalidade, que passa de legalidade formal para substancial, constituiu uma quebra de paradigma que foi interpretada por Luigi Ferrajoli como uma segunda revolução²³, que seria um desdobramento evolutivo da primeira revolução, que deu origem ao Estado

a produção e aplicação da lei. Portanto, o neoconstitucionalismo, cujo marco histórico, entre nós, pode ser fixado a partir do advento da Constituição de 1988, pode ser considerado o fenômeno no qual os direitos previstos na Lei Maior passaram a ter importância verdadeira e alimentaram o sentimento de conquistas e avanços, o que é muito positivo, pois superou-se a indiferença que anteriormente havia em relação aos direitos previstos em uma Constituição. Esse movimento de resgate da força da Constituição iniciou na Europa Continental pós-guerra, pois, ao fim da 2ª Guerra, valores fundamentais como a ética foram resgatados pelo Direito. Luís Roberto Barroso afirma que essa mudança de comportamento permitiu que fosse superado o “modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição” (*O novo direito constitucional brasileiro*, p. 193).

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 53.

legislativo, marcado por uma sobreposição do legislador ao julgador, no qual a lei deveria ser cumprida devendo ser aplicada simplesmente pelo fato de ser oriunda de um órgão legislativo competente para sua elaboração, o que lhe conferia legitimidade formal e era o que bastava, ainda que seu conteúdo estivesse dissociado da ideia de direito como justiça. Portanto, a primeira revolução está relacionada à legalidade formal e a segunda, à legalidade substancial.

No contexto em que vigorava a exigência de legalidade meramente formal, os direitos previstos fundamentais na Constituição estavam circunscritos ao que estava previsto pela lei. Com a nova leitura do princípio da legalidade substancial, à luz do constitucionalismo, ocorre uma mudança de paradigma, pois a lei passa a ser o ponto de partida para o que pode ser chamado de processo de filtragem constitucional e necessita estar em conformidade com os direitos fundamentais.

Entre nós, a tarefa de conformação constitucional da lei sempre coube ao Poder Judiciário. Com a evolução do constitucionalismo e o fortalecimento da efetividade das normas constitucionais²⁴, a tarefa do juiz na aplicação do direito ganha nova dimensão de muito maior amplitude interpretativa, possibilitando que a mesma lei obtivesse variadas interpretações ao ser submetida ao contraste constitucional de valores e direitos fundamentais. A tarefa meramente declaratória do direito com base no texto legal evoluiu para a interpretação do direito que origina a norma aplicável ao caso.

Essa evolução da teoria da interpretação, a partir da qual, nas palavras de Marinoni:

(a) norma não está implícita no texto e não antecede sua interpretação, mas dela resulta, coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito. A decisão deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação.²⁵

²⁴ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 61/84. No Brasil: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Revista dos Tribunais, p. 64.

Esse, portanto, o contexto histórico que promoveu o deslocamento do centro do debate jurídico, antes fixado no Código Civil, e transformou o conhecimento relativamente à aplicação do direito constitucional, em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição, da ampliação da jurisdição constitucional e da incorporação de técnicas mais abertas de interpretação constitucional. Juntos, deram origem ao fenômeno da expansão do poder judicial.

A *expansão global do poder judicial* foi identificada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder²⁶ na obra que leva o mesmo nome. Embora a maioria dos estudiosos convidados para o trabalho tenha criticado o desenvolvimento do protagonismo judicial nos países sobre os quais escreveram, entendendo que a expansão do poder judicial atuaria enfraquecendo as instituições democráticas majoritárias e alimentando privilégios de elites, ou seja, considerando a expansão do Poder Judiciário como algo negativo, do nosso ponto de vista, estamos alinhados aos autores Tate e Vallinder ao discordar de tal conclusão e fazer a mesma indagação por eles feita, qual seja, se a expansão do poder judicial não é positiva, o que podemos fazer com relação a isso²⁷?

²⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.

²⁷ *Ibidem*, p. 527: “The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. Their assessments of the wisdom of further expansion of judicial power are affected not (only) by their assessment of appropriateness of the policies the courts make or would make. They are much more concerned about the implications of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes or to effective, responsive administrative. If it is the majority view of our expert contributors that the global expansion of judicial power is not a good thing, and we argue that it clearly is, what, if anything, can one do about it?” Em tradução livre: “Os colaboradores para este livro são, de modo geral, mais sofisticados que os anônimos defensores da judicialização descrita anteriormente. A avaliação deles da inteligência de uma nova maior expansão do poder judicial é afetada não somente pela sua própria avaliação da adequação das políticas que as Cortes fazem ou fariam. Eles estão muito mais preocupados com as implicações da expansão do poder judicial para a viabilização da democracia e para o fortalecimento das regras majoritárias. Eles são, em geral, céticos quanto à inteligência da judicialização. Eles veem a expansão do poder judicial como um possível enfraquecimento na maioria das instituições democráticas e preservando regras de privilégios e elites não representativas, deixando de fora aqueles que deveriam ser representados em um estado democrático pelo efetivo acesso à criação de políticas ou sua efetiva administração. Se a visão da maioria dos nossos colaboradores especialistas é que a expansão global do poder judicial não é algo bom, e nos argumentamos que claramente é, o que, se é que é possível, pode ser feito a respeito disso?”

É importante destacar que partimos da premissa do protagonismo e expansão do poder judicial como *fato social*, vale dizer, acontecimento não provocado, mas que se manifesta de forma espontânea como desdobramento de um contexto social que não encontrou no canal democrático a via para atendimento de demandas que acabaram sendo direcionadas para o Poder Judiciário. No nosso ponto de vista, tal contexto social, ao menos no caso brasileiro, é de crise de representatividade nas instâncias democráticas²⁸.

O que parece que ainda não temos elementos para avaliar é se o Estado Constitucional admite a expansão do poder judicial como mera etapa do processo de transição democrática ou de forma definitiva. O que não se sabe é se junto com a possibilidade de futura necessidade de retração do Poder Judiciário, considerada essa como hipótese salutar no estágio seguinte de progresso e conquista da consolidação democrática, a noção de separação de Poderes irá acompanhar essa mudança.

Com o objetivo de demonstrar a mutabilidade do conceito de separação dos Poderes que acabamos de referir, mencionem-se dois fatos históricos, as Revoluções americana e francesa, que transformaram as respectivas sociedades, com importantes reflexos na separação dos Poderes. A disposição da separação dos Poderes, aliás, surge como princípio do ideário da revolução e racionalização do direito, especialmente o direito de tradição romano-germânica ou *civil law*.

Nos Estados Unidos, prevaleceu a ideia de *checks and balances*, ou seja, mecanismo de controle recíproco entre Poderes, e a maior preocupação era limitar o Poder Legislativo. Na França, a grande preocupação estava em limitar o Poder Judiciário e, com o objetivo de alcançar esse que era um dos desideratos revolucionários, houve emprego demasiado de mecanismos de limitação da atuação deste Poder mediante a criação de sistema separado de Cortes administrativas²⁹ e restringindo a atuação do magistrado, o que se traduziu

²⁸ Luís Roberto Barroso constata que “aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política. Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o país precisa é restaurar a dignidade política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo. É hora de diminuir o peso do dinheiro, dar autenticidade aos partidos e atrair vocações. Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais” (ob. cit., p. 42).

²⁹ Conseil Constitutionnel, corte administrativa, é a mais alta corte constitucional francesa.

em uma descompensação do sistema de controle recíproco entre os Poderes (*checks and balances*). A *rule of law* na França se tornou equivalente ao conceito de supremacia do Parlamento e seu corolário princípio da legalidade.

Enquanto na Inglaterra o *common law* foi sendo aprimorado, na Europa Continental a revolução representou o rompimento com a antiga ordem jurídica, e fontes do direito como o *ius commune* e o Direito canônico perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito, mediante a elaboração de Códigos que tinham como pretensão a plenitude de previsão das regras de comportamento, bastando ao magistrado descobrir a regra prevista. Tal arranjo prevaleceu durante muito tempo, mas ficou desconcertado a partir da segunda metade do século XX, com a superação do positivismo e o advento do constitucionalismo contemporâneo.

Observe-se que no Estado Liberal havia supremacia do Poder Legislativo; no Estado Social, observa-se a preponderância do Poder Executivo. No Estado Constitucional, vê-se a expansão do Poder Judiciário. No ponto, concordamos com Tate e Vallinder quando afirmam que “boa ou má, a expansão do poder judicial parece ser um fenômeno que é real e que está moldando e vai moldar a política global e a implementação dessas políticas no futuro que pode ser vislumbrado”³⁰.

CONCLUSÃO

O ideal que justifica a elaboração de uma teoria da separação de Poderes é encontrar a melhor forma de exprimir o sentimento democrático, identificado como o interesse público, o interesse da coletividade em favor da qual se justifica a existência do Estado. Seguindo esse raciocínio, o interesse público objetivado no Estado Liberal era criar mecanismos para evitar abusos dos governantes, daí decorrendo a supremacia do Legislativo naquele contexto histórico e político. Do mesmo modo, o Estado Social encontra no Poder Executivo o caminho para reagir ao individualismo exacerbado. No atual Estado Constitucional, a complexidade das relações sociais, a facilitação do acesso ao Poder Judiciário, as regras que asseguram a independência dos magistrados e as crises políticas que marcam os países do globo desde o período pós-Segunda Guerra até os dias de hoje, especialmente em países mais atrasados, *compelem* o Poder Judiciário a decidir questões políticas fundamentais que não foram decididas a tempo ou a

³⁰ “For better or worse, the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future.” (ob. cit., p. 515)

conteúdo pelas instâncias democráticas³¹, e, sem dúvida, existe uma base jurídica que confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário. Tal constatação nos remete à mesma indagação feita por Tate e Vallinder, ou seja, quais seriam as alternativas viáveis à judicialização da política³², especialmente considerando o contexto político atual do Brasil?

A expansão do poder judicial e o protagonismo do Judiciário são fenômenos que podem ser observados a nível global e que ainda encontram espaço (vácuo de representatividade nas arenas democráticas) e condições para continuar se expandindo. Embora exista considerável resistência ao protagonismo judicial, o fato é que as críticas não vêm acompanhadas de alternativas, especialmente quando se trata de países com baixa qualidade de representação nas arenas democrática. Mais do que isso, a complexidade das mudanças que devem ocorrer para modificar o contexto que compele o Poder Judiciário a atuar faz com que esse protagonismo seja visto por nós como uma etapa fundamental no processo de superação da crise de representatividade e amadurecimento da nossa democracia, ainda em processo de consolidação³³.

³¹ Luis Roberto Barroso destaca que “a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha” (ob. cit., p. 41)

³² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Ob. cit., p. 526: “*If it is not a good thing, what can one do about it? What are the viable alternatives to the judicialization of politics?*”

³³ “*However, in discussing the expression of judicial power around the world, it should be fairly safe to predict further advance in many countries. If our analyses are on target, this is because the conditions that appear to favor the development of that expansion continue to be on rise. Perhaps the most importante of these conditions is the presence of liberal democracy. The world has not yet been made safe for democracy, but it seems to be moving in that direction. However, democratization is not the only condition that is relevant. The others we have identified – separation of powers, a politics of rights, interests – and opposition – group use courts, ineffective majoritarian institutions, positive perceptions of the courts, willful delegation of troublesome issues by the majoritarian institutions – also are on the rise. With these facilitating conditions present, activist judges are likely to turn up with significant frequency to insure that the courts will continue to go marching in*”. Em tradução livre: “Entretanto, em se discutindo a expansão do poder judicial ao redor do mundo, seria razoável prever seu avanço em vários países. Se nossas análises estiverem certas, isso ocorre por causa das condições que favorecem o desenvolvimento dessa expansão continuam ascendentes. Talvez a mais importante dessas condições seja a democracia liberal. O mundo ainda não se tornou seguro para a democracia, mas parece estar se movendo nesta direção. Entretanto, democratização não é a única condição relevante. As outras que identificamos – separação de poderes, uso das cortes por partes interessadas e oponentes, instituições majoritárias ineficientes, percepção positiva relativamente às cortes, delegação intencional de aspectos problemáticos pelas instituições majoritárias – também estão em alta. Com essas condições facilitadoras, juízes proativos ficam propensos com significativa frequência a assegurar que as cortes continuem a caminhar nessa direção” (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Ob. cit., p. 526).

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Vail-Ballou Press, 1986.

BRASIL. Mandado de Segurança nº 34.530, Relator Ministro Luiz Fux.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1993 (reimpressão 1999).

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6, 1957. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6042&context=journal_articles>. Acesso em: 7 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

ELY, John H. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FLEMING, James. Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking Constitution Seriously Outside the Courts. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional II: cidadania e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRABER, Mark. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. 1993. Disponível em: <https://works.bepress.com/mark_graber/21/>. Acesso em: 15 jul. 2016.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2002.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement: Why moral conflict cannot be avoided in politics and what should be done about it*. Cambridge: Harvard Press University, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

MANDEL, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1994.

POSNER, Richard. *Reflections on Judging*. US: Harvard University Press, 2013.

PRILLAMAN, Willian C. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*. Westport: Praeger, 2000.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democracy Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SIEDER, Rachel; LINE, Schjolden; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

SALZBERGER, Eli; VOIGT, Mark. Choosing Not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers, 2002. Disponível em: <http://www.academia.edu/1878508/Choosing_not_to_choose_When_politicians_choose_to_delegate_powers>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. NY/London: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princenton University Press, 2000.

VÁZQUES, Rodolfo. Justicia Constitucional y Democracia: La Independencia Judicial y El Argumento Contramayoritario. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Universidad Externado, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441/464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 2006.

———. *Law and Disagreement*. Clarendon Press Publication, 1999.

Submissão em: 10.07.2017

Avaliado em: 03.08.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.07.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 06.12.2017

PLANIFICAÇÃO ECONÔMICA E CATALAXIA: UMA ANÁLISE DE JOHN MAYNARD KEYNES E FRIEDRICH HAYEK

ECONOMIC PLANNING AND CATALAXY: AN ANALYSIS OF JOHN MAYNARD KEYNES AND FRIEDRICH HAYEK

Flávio Pansieri¹

Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito econômico; direito constitucional.

RESUMO: O presente artigo pretende esboçar o pensamento de John Maynard Keynes e Friedrich Hayek a partir de uma visão geral de suas noções político-econômicas. Valendo-se da revisão bibliográfica desses autores, discorre-se sobre o papel do Estado na dinâmica dos mercados, demonstrando a influência desses pensadores em momentos distintos do século XX, quais sejam, o pós-quebra da Bolsa de 1929 e o pós-segunda guerra. O artigo conclui pela conjugação desses ideais em prol de um verdadeiro Estado Democrático, que

postula o desenvolvimento econômico e permita a liberdade dos cidadãos.

ABSTRACT: *The current text aims to sketch the thought of John Maynard Keynes and Friedrich Hayek from an overview of his political-economic review. Based on the literature review of these authors, the role of the State in the dynamics of the markets is discussed, demonstrating their influence in different moments of the twentieth century, namely, the post-break of the 1929 and the post-second world war. The conclusion points to the combination of these ideals to a true democratic State, which postulates the economic development and allows the liberty of everyone.*

¹ Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente do Conselho Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Advogado. E-mail: pansieri@pansierikozikoski.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/0746109917958819>>.

PALAVRAS-CHAVE: keynesianismo; liberalismo; neoliberalismo; catalaxia.

KEYWORDS: *keynesianism; liberalism; neo-liberalism; catalaxia.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O *crash* de *Wall Street* como paradigma da política keynesianista; 2 A teoria de Keynes como resposta ao *Wall Street crash* e a formação do *welfare state*; 3 A retomada da teoria liberal com Friedrich Hayek; 4 As benesses da ordem cataláctica; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The crash of Wall Street as a paradigm of the keynesianism policy; 2 The theory of Keynes as a response to the Wall Street crash and the shape of the welfare state; 3 The retaking of liberal theory with Friedrich Hayek; 4 The benefits of the order of the catallaxy; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A crise econômica que abalou o mercado financeiro dos Estados Unidos em 1929 trouxe à tona a premente questão de se repensar o papel do Estado em sua relação com a economia. Deixada a seu curso, a bolsa de valores de Nova York viveu meses de galopante confiança no mercado e especulação que resultaram em um caos financeiro até hoje lembrado pelos norte-americanos.

Em meio a essa crise sem precedentes, John Maynard Keynes enunciou seus princípios econômicos que guiaram os Estados Unidos para um novo ciclo de prosperidade, potencializado pela Segunda Guerra Mundial que já se avizinhava. Isso ocorreu, especialmente, pela adoção do *New Deal* no governo do Presidente Franklin Roosevelt (32º Presidente), uma política de intervenção estatal nos setores financeiro, de infraestrutura e trabalho, plano que forjou o Estado de Bem-Estar que se consolidaria alguns anos depois.

Superada a crise econômica e finda a guerra, a extrema planificação era o novo inimigo que surgia no horizonte dos países ocidentais; o limite insuperável dessa forma de organização do Estado era o totalitarismo, sistema de governo adotado na URSS e que fora muito bem delineado por Hannah Arendt em *Origens do totalitarismo*. O receio, naquele período, era de que o Estado, que socorrera a todos na década de 1930, pudesse estender seus tentáculos para além do razoável e colonizar a vida de seus cidadãos. Assim, Friedrich Hayek desenvolvera suas ideias nos planos político e econômico, alertando a todos

que o totalitarismo estava à espreita dos países ocidentais, além de pontuar a necessidade de se delimitar a atuação pública.

Esse é o *locus* dialógico sobre o qual o presente artigo se desenvolve. Seu objetivo basilar é tratar desses dois modos distintos de pensar a intervenção do Estado na economia. A primeira parte é dedicada ao estudo do *Stock Market Crash of 1929*, a famosa crise de 1929, apontando seus pressupostos para demonstrar que a especulação foi a grande causa da quebra da Bolsa de Nova Iorque. Esse é o solo sobre o qual se desenvolvem as principais influências de Keynes na recuperação econômica dos Estados Unidos. Desse modo, no segundo momento, pretende-se delinear parte de suas ideias. Por fim, o texto investiga as críticas de Friedrich Hayek tanto ao caminho da servidão quanto à ampla planificação econômica e política, ideias que fortaleceram o neoliberalismo econômico levado adiante especialmente nos governos Reagan e Thatcher.

1 O CRASH DE WALL STREET COMO PARADIGMA DA POLÍTICA KEYNESIANISTA

No início da década de 1920, a Europa saía da primeira guerra despojada e em declínio econômico, enquanto os Estados Unidos viviam seu apogeu. De 1920 a 1929, esse país viveu o renascimento do liberalismo econômico, quando as amarras estatais foram sendo eliminadas em favor do grande otimismo econômico da *New Era* ou *Golden Twenties*, como ficou conhecida a década de 1920, sinônimo da notável prosperidade norte-americana.

A economia dos Estados Unidos passou por uma transformação profunda. Três foram os principais fatores: i) taxa de acumulação de capital e investimentos bastante elevada – da ordem de 20% do Produto Nacional Bruto no período de 1919 a 1929; ii) crescimento demográfico acima da média, graças à política de imigração; iii) e expansão do crédito. Cyro Rezende², em sua obra *História econômica geral*, apresenta números que demonstram tal posição hegemônica da indústria norte-americana na primeira metade do século XX: o país respondia por 42,4% da produção mundial de produtos industrializados, sendo os maiores produtores das principais *commodities* – carvão, eletricidade, petróleo, aço, ferro fundido, metais não ferrosos e fibras têxteis artificiais. Toda essa produção e comercialização no mercado interno e externo renderam superávits consecutivos na bolsa de valores.

² REZENDE, Cyro. *História econômica geral*. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2005. p. 206-209.

Esse é o ambiente que propiciou a crise econômica de 1929, basicamente retratada como um problema de superprodução e subconsumo. Rezende lembra que, nos meses de setembro e outubro daquele ano, a Bolsa de Valores de Nova York foi de seu máximo apogeu ao declínio sem precedentes. Tal escalada no ritmo dos negócios teve como início o dia 3 de setembro de 1929. Mas para compreender a quebra da Bolsa é preciso perceber o processo como um todo, cujo ritmo de expansão econômica gerou uma onda de otimismo e confiança que ia muito além do arrazoado para o mundo dos negócios. O autor aduz que, até fevereiro de 1928, a alta do preço dos papéis era justificada pelas declarações constantes de lucro das empresas: a partir de então, todavia, os preços se mantiveram em constante elevação sustentada tão somente pela gigantesca e crescente onda especulativa.

A especulação fez com que a Bolsa subisse, em um período de quatro anos (de 1923 a 1927), de 236 para 577 milhões de títulos negociados. Em apenas três anos, de 1926 a 1929, o preço médio das ações comuns teve um aumento médio de 300%. Tudo isso impulsionado por uma elevação de 240% nos empréstimos em curto prazo à pessoa física. O clima de otimismo era tamanho que mesmo os empréstimos em curtíssimo prazo, com juros de 12% ao mês estavam em alta, tudo isso para impulsionar a onda especulativa criada em torno da economia que retroalimentava o próprio sistema. Naquele momento, pouco importava qual o valor do título: bastava a sensação de se estar adquirindo ações para compartilhar dos lucros prometidos, em uma expectativa de infinita multiplicação econômica.

O problema é que essa dinâmica artificializou o real crescimento da economia, pois as ações das empresas apresentavam um preço que em muito superava o valor patrimonial da entidade. O mês de outubro de 1929 marca o grande colapso econômico de *Wall Street*. No dia 19 deste mês, 3.488.100 de ações foram negociadas na Bolsa. Tal volume de negócios gerou desconfiança no mercado como um todo, o que fez com as ações comesçassem a perder valor. Esse foi o início do *tsunami* que varreu a economia norte-americana. Dois dias depois, o volume de ações negociadas na Bolsa foi muito maior: 6.091.870. Na quinta-feira daquela semana, conhecida como *black thursday* (quinta-feira negra), 12.894.650 ações foram vendidas na Bolsa. Os grandes bancos dos Estados Unidos tentaram conter o estouro daquela semana, compondo um fundo para comprar lotes de ações. Mas, àquela altura, seria como usar uma bacia para salvar um transatlântico em submersão: na segunda-feira seguinte, dia 28, foram

9.250.000 ações vendidas e, na terça-feira, 16.410.030 ações, o dia mais crítico de *Wall Street*.

Na análise de Rezende, o ponto fundamental do *crack* da Bolsa se deveu a um crescente distanciamento entre as curvas de oferta e demanda, artificialmente equilibradas pela política de financiamento ao consumo. As perdas na indústria automobilística abriram a fenda na fuselagem que conduziram ao colapso de 1929, a mesma indústria que, curiosamente, teve que ser socorrida na mais recente crise de 2008.

A retração da indústria de automóveis, um dos setores industriais líderes, desnudou o frágil equilíbrio da economia americana. Os especuladores começaram a se retirar do mercado acionário, fundamental para a captação de recursos e para a manutenção da imagem de prosperidade da economia como um todo. Causaram um prejuízo somente na Bolsa de Nova York, de 25 bilhões de dólares entre setembro e novembro, contra um PIB de 100 bilhões em 1929. E demonstraram que uma economia que baseava seu desempenho na produção de bens de consumo de massa, necessitava da existência do pleno emprego para garantir uma taxa razoável de retorno do investimento e de uma melhor redistribuição de renda interna. Não podia, indefinidamente, ser subsidiada tanto pelo financiamento indiscriminado ao consumo como por uma crescente captação de recursos via participação acionária, que desde 1926 deixara de levar em conta o valor patrimonial das empresas, ou mesmo sua projeção de lucros futuros, para se basear simplesmente na crença irracional de que “o valor das ações deveria necessariamente subir, pois a economia estava em expansão”.³

O efeito e a saída encontrada para minorar as consequências dessa crise apontam para um economista em especial: John Maynard Keynes e a visão do Estado intervencionista. Compreender esse período complexo da história

³ Ibidem, p. 204-205.

econômica dos Estados Unidos é mote fundamental para localizar temporalmente o pensamento keynesiano e sua importância histórica.

2 A TEORIA DE KEYNES COMO RESPOSTA AO WALL STREET CRASH E A FORMAÇÃO DO WELFARE STATE

Keynes, após a conferência intitulada *The End of Laissez-Faire*, promovida em 1924, anunciava a necessidade de algum tipo de controle coordenativo do Estado sobre a economia. Duas razões fundamentavam sua visão: (i) a economia nacional não deve ser deixada a mercê do juízo privado; (ii) é temerário resignar os grandes investimentos somente às vias da iniciativa privada. O economista aduz que a filosofia do *laissez-faire* surgiu para acomodar ideais individuais e sociais, retirando os filósofos contratuais da arena política para dar espaço aos *business man*. Em suas palavras: “*The principle of laissez-faire had arrived to harmonise individualism and socialism, and to make a tone Hume’s egoism with the greatest number. The political philosopher could retire in favour of business man*”⁴. A respeito do investidor privado, que busca o lucro como ponto principal de suas expectativas, ele aduz: “*This is a fine picture of the great captain of industry*⁵, *the master-individualist, who serves us in serving himself, just, as any other artist does. Yet this one, in his turn, is becoming a tarnished idol. We grow more doubtful whether it is he who will lead us into paradise by the hand*”⁶.

⁴ KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. Disponível em: <<http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁵ Keynes está se referindo à seguinte descrição do industrial como uma figura heróica, atribuída a Marshall, em *The Social Possibilities of Economic Chivalry*: “*Men of this class (Marshall wrote in The Social Possibilities of Economic Chivalry, Economic Journal, XVII, 1907 - 9) live in constantly shifting visions, fashioned in their own brains, of various routes to their desired end; of the difficulties which Nature will oppose to them on each route, and of the contrivances by which they hope to get the better of her opposition. This imagination gains little credit with the people, because it is not allowed to run riot; its strength is disciplined by a stronger will; and its highest glory is to have attained great ends by means so simple that no one will know, and none but experts will even guess, how a dozen other expedients, each suggesting as much brilliancy to the hasty observer, were set aside in favour of it. The imagination of such a man is employed, like that of the master chess-player, in forecasting the obstacles which may be opposed to the successful issue of his far-reaching projects, and constantly rejecting brilliant suggestions because he has pictured to himself the counter-strokes to them. His strong nervous force is at the opposite extreme of human nature from that nervous irresponsibility which conceives hasty Utopian schemes, and which is rather to be compared to the bold facility of a weak player, who will speedily solve the most difficult chess problem by taking on himself to move the black men as well as the white*” (Idem).

⁶ Idem.

As justificativas que legitimaram a adoção da política do *laissez-faire* são, sobretudo, a corrupção e a incompetência dos governos herdados do século XVIII. Keynes faz dura crítica aos governos nesse período, argumentando que “*almost everything which the State did in the eighteenth century in excess of its minimum function was, or seemed, injurious or unsuccessful*”⁷. Para ele, a incapacidade dos governos teve como consequência natural o estabelecimento de uma visão compartilhada por pensadores da política de que o Estado não estava preparado para intervir na economia de modo prospectivo.

Além desse argumento, o economista lembrou ainda que todos os progressos materiais daquele tempo acabaram por vir dos entes privados, mantendo o Estado e a economia como dois domínios distintos, guiados por lógicas que não se complementavam e, sobretudo, movidos por forças completamente diferentes: “*State action should be narrowly confined and economic life left, unregulated so far as may be, to the skill and good sense individual citizens actuated by the admirable motive of trying to get on in the world*”⁸.

Assim, o Estado era visto como uma instituição que deveria se distanciar da economia. No entanto, Keynes pensava de modo distinto. Sua teoria serviu como guia em diversos países entre as décadas de 1930 e 1970. O palco para a análise de seus postulados são os Estados Unidos, principal economia já naquele momento do século XX (década de 1930). Suas ideias foram usadas pelo presidente Roosevelt no *New Deal* como forma de socorrer a economia norte-americana após o *Wall Street Crash* da *New York Stock Exchange* – NYSE em 1929. Nesse período, houve crescimento econômico com baixas taxas de desemprego e inflação controlada em patamares adequados. Isso não significa que a teoria keynesiana seja infalível, mas foi importante para aquele momento histórico naquele contexto geográfico, econômico e social.

Consoante apontado anteriormente, a relação entre superprodução e subconsumo levou a economia norte-americana à bancarrota. O período conhecido como “a grande depressão” consumiu parcela significativa da economia ocidental, já que os Estados Unidos atuavam em duas grandes frentes: (i) produção da maior parte dos produtos primários que movimentavam a economia da região; (ii) financiamento de governos e instituições financeiras.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

Cyro Rezende⁹ lembra que os americanos emprestaram a diversos países quase um bilhão de dólares entre 1927 e 1929, enquanto em 1932 deixaram de emprestar e ainda retomaram um quarto de bilhão de dólares para salvar sua economia. No Brasil, os efeitos da retração econômica foram sentidos na exportação do café. Sem compradores, o valor da saca de café caiu 90%, forçando a queima de milhões de sacas na tentativa de segurar os preços. Mais de oito mil bancos norte-americanos declararam falência entre 1931 e 1933. O Produto Nacional Bruto sofreu retração de 46% de 1929 a 1933, enquanto a produção industrial caiu pela metade, pois não havia mercado consumidor. Com a economia em frangalhos, a taxa de desemprego subiu de um milhão e meio para treze milhões, e os salários tiveram redução de 60%.

Diante da crise, as mudanças ocorrem. Esse cenário caótico possibilitou a adoção de alternativas, e Keynes procurou remodelar o papel do Estado nessa dinâmica. O economista acreditava que as crises estão na essência do capitalismo, sendo necessário algum tipo de controle (*fiscal policy*) para diminuir as suas consequências. Segundo Avelãs Nunes¹⁰, “estas economias precisam ser equilibradas e podem ser equilibradas, o que implica que o Estado assuma funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento econômico, do combate ao desemprego e da promoção do pleno emprego, da redistribuição do rendimento e da segurança social”.

Uma questão que ainda é fundamental para os economistas, ao menos desde que Adam Smith estabeleceu uma nova forma de estudo desta ciência, é até que ponto deve o Estado assumir funções no domínio econômico. Esse mesmo problema se repete em nível filosófico, político e jurídico, ao se indagar se seria útil e viável um total controle pelo Estado? Ou, ao contrário, poderia se pensar em sua total ausência? Tal questionamento dividiu historicamente os autores do keynesianismo e os economistas liberais que ganharam reforço com Friedrich Hayek¹¹ nos anos 1970 após o enfraquecimento do Estado-providência. Certo, para Keynes, é que “as implicações de política econômica da aplicação do caso clássico aos problemas econômicos do mundo real são enganosas e calamitosas”,

⁹ REZENDE, Cyro. *História econômica geral*. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2005. p. 208.

¹⁰ NUNES, Antonio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007a. p. 588.

¹¹ O pensamento de Hayek será delineado adiante.

consoante assevera Paul Davidson¹². Em outras palavras, as observações de Smith de que o mercado se autorregularia por leis de preço, demanda e oferta encontram escopo na obra de Keynes como ponto de considerações profundas, tanto por suas benesses – desenvolvimento da indústria e do comércio, por exemplo – quanto por seus resquícios indesejáveis, como o alargamento da desigualdade social entre ricos e pobres.

Para Keynes, o Estado não deveria ter o absoluto controle da economia. Sua importância, no entanto, está na geração de estímulos. Diferente dos investidores privados que visam somente seus interesses pessoais, principalmente o retorno de seu investimento na forma do lucro, o ente público goza de vitaliciedade, devendo estruturar a sociedade de modo intertemporal e atendendo a demandas que não são produtivas do ponto de vista do comércio – ou seja, que não surtem o interesse da iniciativa privada. Avelãs Nunes¹³, a esse respeito, comenta que, a partir do reconhecimento do Estado como um balizador da economia, Keynes percebeu que o colapso de 1929 se deveu em grande medida pelo excessivo número de desempregados sem poder de compra. Avelãs lembra ainda ser fundamental a existência de algum subsídio para os doentes e inválidos e um sistema de aposentadoria destinada aos idosos, para que possam se manter após deixarem o mercado de trabalho.

Inexistindo poder de compra, a economia não se moveria com a força mínima necessária para sair do vermelho. Assim, Keynes pugnava pela criação de meios para gerar uma demanda maior, estabelecendo instrumentos para que as pessoas pudessem gastar mais. A função do governo seria encorajar a iniciativa privada a investir mais e ele próprio estabelecer maciços investimentos para aquecer a economia e gerar confiança.

Encontrando-se o Estado em situação de poder calcular a eficiência marginal dos bens de capital a longo prazo e com base nos interesses gerais da comunidade, espero vê-lo assumir uma responsabilidade cada vez maior na organização direta dos investimentos, ainda mais considerando-se que, provavelmente, as flutuações

¹² DAVIDSON, Paul. Colocando as evidências em ordem: macroeconomia de Keynes *versus* velho e novo keynesianismo. In: LIMA, Gilberto Tadeu; SICSÚ, João; DE PAULA, Luiz Fernando. *Macroeconomia moderna: Keynes e a economia contemporânea*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 37.

¹³ NUNES, Antonio José Avelãs. *Introdução à história da ciência econômica e do pensamento econômico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 588-589.

na estimativa do mercado da eficiência marginal dos diversos tipos de capital, calculada na forma descrita antes, serão demasiado grandes para que se possa compensá-las por meio de mudanças viáveis na taxa de juros.¹⁴

A teoria de Keynes buscava conciliar progresso social e eficácia econômica. Subjaz a esse objetivo duas lacunas que os economistas precisavam preencher: a compreensão do desemprego involuntário e a arbitrária repartição da riqueza que aprofundava ainda mais a ampla desigualdade social. A questão do desemprego é fulcral para o autor. Nos tempos de Keynes, o desemprego era tido como doença, ociosidade convicta ou até mesmo falta de caráter por parte dos trabalhadores¹⁵. Não se tratava de um problema do Estado, sobretudo porque se acreditava que a economia seria capaz de naturalmente gerar o pleno emprego.

Segundo Fabrício Jose Missio e José Luis Oreiro¹⁶, Keynes nega a automaticidade da geração do pleno-emprego pelas teorias da Lei de Say e pela Teoria Quantitativa da Moeda¹⁷. Essas teorias clássicas enunciavam que “a

¹⁴ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 171.

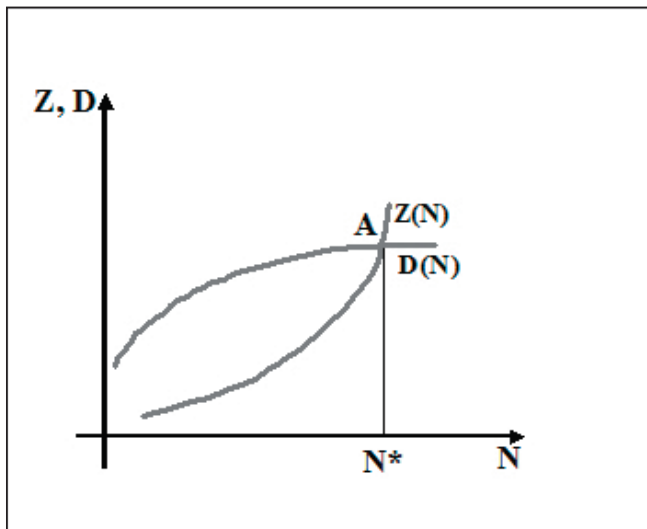
¹⁵ Neste caso se está tratando do desemprego involuntário. Existe também a modalidade do desemprego voluntário, na qual o trabalhador acredita que o salário oferecido está aquém de seu interesse.

¹⁶ MISSIO, Fabrício Jose; OREIRO, Jose Luis. Equilíbrio com desemprego involuntário em um modelo de ciclo-limite. *Economia*, Brasília/DF, v. 9, n. 3, p. 545-575, set./dez. 2008, p. 546.

¹⁷ Missio e Oreiro lembram que nem todos aceitaram a hipótese de Keynes: “O pensamento convencional, no entanto, não aceitou as conclusões da macroeconomia Keynesiana. Como tentaram mostrar uma série de autores (Hicks (1937); Modigliani (1944); Patinkin (1948, 1956); Tobin (1969); entre outros), no que mais tarde seria chamado de síntese neoclássica, as proposições da economia – no que tange à determinação do nível da capacidade produtiva a ser empregada – ainda poderiam ser descritas pelo pensamento econômico clássico, em que, segundo estes, garantidas as condições normais (leia-se, a flexibilidade de preços e salários) a economia tenderia a sua posição de equilíbrio com pleno-emprego. Mais especificamente, estes autores buscam mostrar que, havendo uma relação linear e inversa entre o nível geral de preços e o produto real, o modelo proposto pela macroeconomia keynesiana seria válido somente a curto prazo, onde as flutuações econômicas eram o resultado da rigidez de preços e de salários. No longo prazo continuavam válidas as proposições da economia clássica, de que mercado se ajusta a possíveis falhas e de que a economia segue a sua trajetória natural” (Ibidem). No prefácio de sua *Teoria geral*, Keynes deixa claro que orienta sua pesquisa aos economistas, e que já havia defendido a economia clássica que se tornara objeto de sua crítica: “Se a economia ortodoxa está em desgraça, o erro não se encontra na superestrutura, que foi elaborada com grande cuidado, levando em conta a consistência lógica, mas na falta de clareza e de generalidade das premissas. Assim, só posso conseguir meu objetivo de persuadir os economistas a reexaminarem criticamente certos de seus postulados

economia tende a convergir no longo prazo para um ponto de equilíbrio em que prevalece a ocupação plena dos recursos disponíveis". Pela firme convicção nas teorias clássicas de que o pleno emprego seria atingido naturalmente, o estímulo ao consumo desenfreado somado a uma significativa alta na produção e muita especulação no mercado financeiro, que haviam gerado *crash* da bolsa em 1929.

Keynes, no entanto, mostra que há um limite para o lucro das empresas, não havendo relação entre aumento de rendimento e ampliação do número de empregados. Missio e Oreiro¹⁸ demonstram esta conclusão de Keynes por meio do seguinte gráfico:



básicos através de uma argumentação altamente abstrata e também de muita controvérsia. Gostaria que tivesse podido haver menos desta última, mas julguei-a importante, não apenas para explicar meu próprio ponto de vista como também para demonstrar em que aspectos ele diverge da teoria predominante. Suponho que os que estão fortemente apegados àquilo que chamarei 'a teoria clássica' flutuarão entre a crença de que estou completamente errado e a crença de que não estou dizendo nada de novo. Cabe a outros determinar se uma dessas duas ou ainda uma terceira alternativa está correta. Os trechos de controvérsia objetivam fornecer algum material para uma resposta, e devo pedir perdão se, na busca de distinções claras, meus argumentos são demasiado duros. Eu mesmo defendi com convicção, durante anos, as teorias que agora ataco, e não ignoro, acho, seus pontos fortes" (KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 27).

¹⁸ MISSIO, Fabrício Jose; OREIRO, Jose Luis. Equilíbrio com desemprego involuntário em um modelo de ciclo-limite. *Economia*, Brasília/DF, v. 9, n. 3, p. 545-575, set./dez. 2008, p. 549.

No gráfico, N representa o nível de emprego, cruzado por duas funções: $Z(N)$ corresponde à oferta agregada, ou seja, o que os empresários esperam receber para cobrir todos os seus custos de produção, incluindo os salários nominais. Representa o mínimo que o empresário aceita receber pelo seu produto para bancar sua produção. Já a reta $D(N)$ corresponde às estimativas de demanda agregada das empresas, isto é, as estimativas de quanto se auferirá com a venda de sua produção. Haverá maior oferta de postos de trabalho quando a expectativa de lucro dos empresários for razoável. O nível de emprego efetivo ocorre quando as duas funções se interceptam (ponto de demanda efetiva). N^* corresponde ao número de postos de trabalho que as indústrias estão dispostas a oferecer, considerando o valor do salário nominal e a expectativa pelo valor que se auferirá com a venda dos produtos.

Analisando o gráfico, os autores estabeleceram um corte em N^* . O quadrante da esquerda mostra que a expectativa de obtenção de receita pela venda de sua produção (D) é maior do que os empresários exigem (minimamente) para produzir os produtos (Z) e, logo, oferecer emprego. Isso leva os autores a considerarem que “daqui se segue que as empresas podem aumentar o seu lucro se aumentarem o nível de emprego até N^* ”. Do lado direito, por sua vez, observa-se que a receita que se espera obter é menor do que a receita mínima que o produto exige para a sua produção, o que não se sustentaria em curto prazo pelo ônus financeiro engendrado. Nessa hipótese, “as empresas podem aumentar o seu lucro se reduzirem o nível de emprego até N^* ”. A conclusão é de que o ponto de demanda efetiva, representado pela letra A , mostra o lucro máximo que o empresário pode auferir considerando custo de produção e preço de venda.

A razão dessa explicação de Keynes é simples: desmistificar a crença que o pleno-emprego é algo atingível pelas próprias forças naturais, derrubando o caráter natural que permeava as teses econômicas clássicas (liberais). Nos precisos termos de Missio e Oreiro:

Assim, ao estabelecer o princípio da demanda efetiva, Keynes demonstrou que existe um limite à expansão lucrativa da produção independentemente da existência ou não de desemprego no mercado de trabalho. Conforme se demonstrou, o par produção e emprego é definido pelo princípio da demanda efetiva. Este, por sua vez, depende das expectativas

quanto à rentabilidade esperada por parte das firmas no início do processo de produção. Logo, a existência de desemprego involuntário não depende da hipótese de que existe algum tipo de rigidez no mercado de trabalho e, também, não pode ser eliminado por uma redução no salário nominal, pois nada garante que essa redução ampliará o nível de emprego oferecido pelas firmas.¹⁹

Retornando ao tema antecedente, a questão do desemprego, somada a geração de riqueza de forma desigual, legitimava, na visão de Keynes, a atuação do Estado na economia. Avelãs Nunes lembra que por trás do keynesianismo está a criação do Estado Social (também chamado de Estado providência ou *Welfare State*), cuja noção mais fundamental é da responsabilidade social coletiva baseada na intervenção no domínio econômico, redistribuição da riqueza e do rendimento, regulamentação das relações sociais, reconhecimento em favor dos trabalhadores dos direitos econômicos e sociais, e, ainda, implementação de sistemas públicos de segurança social²⁰.

Acerca do *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, Norberto Bobbio²¹ comenta que foi adotado como uma atenuação do liberalismo clássico para conter o avanço do socialismo. Sua primeira forma ocorreu no século XIX, com a intervenção estatal no financiamento e administração de programas de seguro social (na Alemanha, isso ocorreu já no ano de 1889). A grande intervenção do Estado, segundo Bobbio, foi registrada apenas nos anos 20 e 30 do século XX em virtude da Primeira Guerra Mundial, quando foi necessária a expansão da indústria bélica e a distribuição de alimentos. E, no caso dos Estados Unidos, como falado, o *New Deal*, resultado da crise de 1929, detinha forte apelo interventor para a reconstrução da economia.

Entre o *Welfare State* – gestado na política econômica de Keynes – e o marxismo há uma semelhança e diversas diferenças. A semelhança é a busca por justiça social sem exceção de uma atuação do Estado (é claro que a atuação

¹⁹ Ibidem, p. 551-552.

²⁰ NUNES, Antonio José Avelãs. *Introdução à história da ciência econômica e do pensamento econômico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 589-590.

²¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. p. 403-404 e 417.

do Estado na revolução proletária se dá no primeiro momento, pois o escopo do marxismo era o rompimento com a superestrutura). Fora isso, as diferenças são palpáveis e a mais evidente é a de que o ideal do Estado providência se consolidou a partir das estruturas do capitalismo, sem jamais transcendê-lo. Muito pelo contrário. Avelãs Nunes lembra que a análise econômica do keynesianismo procurou salvar o capitalismo, reduzindo a intensidade e a duração de suas crises internas, elemento que é e sempre parte de sua racionalidade intrínseca. Logo, não se pretendia soluções revolucionárias para o capitalismo.

Daí que eles não tenham resolvido o problema do “subdesenvolvimento”; não tenham impedido o alargamento do fosso entre “países desenvolvidos” e “países subdesenvolvidos”; não tenham acabado com as crises cíclicas do capitalismo; não tenham posto cobro²² à desigualdade na distribuição do rendimento, cuja agravamento leva a que se fale já da necessidade de incluir no elenco dos direitos fundamentais o *direito a uma igualdade razoável*; não tenham acabado, evidentemente, com o regime do salariado e com a relação de exploração que lhe é inerente.²³

A análise do keynesianismo é completamente relacionada à crise econômica de 1929. Conforme ressaltado, Keynes se solidarizava com a atuação do Estado na economia e chancelou teoricamente a política do *New Deal* de *Roosevelt*. E os investimentos públicos foram maciços no tocante a aquecer a economia e conduzir a investimentos. De 1933 a 1942, foram treze bilhões de dólares investidos em grandes obras públicas: um milhão de quilômetros de estradas, setenta e sete mil pontes, duzentos e oitenta e cinco aeroportos e cento e vinte e dois mil edifícios públicos. Além disso, assegurou-se aos bancos os depósitos de até cinco mil dólares, mas se limitou a concessão de crédito e se investiu nos setores de agricultura e pecuária, que também estavam em dificuldade²⁴.

²² Sinônimo de termo, fim.

²³ NUNES, Antonio José Avelãs. *Introdução à história da ciência econômica e do pensamento econômico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 590.

²⁴ Assim, consoante Rezende (2005, p 210-213), o *New Deal* não mudou o modo de fazer economia nos Estados Unidos, pois esse não era o seu intuito, mas estabilizou o abalo provocado pela crise.

Essa política se tornou paradigmática em todo o mundo ocidental. Os países mais ricos (sobretudo na Europa) intensificaram a intervenção estatal e viveram o período do Estado de Bem-Estar Social, enquanto os países em desenvolvimento aumentaram suas indústrias e empresas públicas, de modo a financiar parte do próprio investimento. Tal movimento encontrou oposição daqueles que se reconheciam mais afeitos à teoria clássica liberal. Entre eles, Friedrich Hayek, cujas teorias passaram a influenciar a Inglaterra e os Estados Unidos a partir de meados da década de 1970.

3 A RETOMADA DA TEORIA LIBERAL COM FRIEDRICH HAYEK

A intervenção do Estado na área econômica teve um momento de refluxo a partir da década de 1970. Se a proposta inspirada pelo keynesianismo era de fomentar o ente público a atuar em paralelo ao privado, de modo a gerar empregos e proporcionar o crescimento econômico, ela parecia ter atingido seu limite. Iniciou-se a era da chamada estagflação, que conduziu a altas taxas de inflação somada ao desemprego e crescimento quase nulo do Produto Interno Bruto. Tais fatores deram relevo a tese dos economistas denominados neoliberais, a exemplo da famosa Escola Austríaca, a qual pertenceram importantes pensadores da área econômica, como Carl Menger, Friedrich Von Wieser, Ludwig Von Mises e Friedrich Hayek.

Entre esses economistas, Hayek se tornou figura elementar para a compreensão da política e da economia no século XX, sobretudo pela projeção conquistada ao influenciar os governos britânico de Margaret Thatcher (1979) e norte-americano de Ronald Reagan (1981). Ambos os governos se alçaram ao poder com a missão de encontrar uma saída para a estagflação, legado das políticas de Keynes. É importante referenciar que o pensamento hayekiano não se opõe ao Estado de Bem-Estar Social gestado em parte por Keynes. Seu enfoque era mais amplo e se voltava ao papel do Estado na economia. Para tentar compreender o *modus operandi* do Estado na gerência das instituições sociais, o economista austro-britânico cruzou as trincheiras capitalistas entre 1930 e 1940 para estudar o inimigo soviético, ou seja, para averiguar se ele seria mais adequado para lidar com as questões do mercado.

Sua conclusão é que não importa o modelo político-econômico adotado, seja o modelo comunista ou o capitalista: o maior erro se encontra na tese de que o controle centralizado do planejamento econômico pelo Estado é melhor do que a liberdade do próprio mercado em corrigir as suas próprias debilidades.

Tal controle era vislumbrado tanto no sistema comunista quanto, também, no capitalismo com a política keynesiana. Essa conclusão está bastante evidenciada em uma das mais conhecidas obras do economista austro-britânico, *O caminho da servidão*, publicada em 1944.

No estandarte da Segunda Guerra Mundial, Friedrich Hayek chamava a atenção para o perigo de que a ambição de controle pelos Estados pudesse lhes conduzir ao sistema totalitário, que nessa época já era a realidade do governo da Alemanha de Adolf Hitler, em especial, mas também estava presente no governo de Josef Stalin, na União Soviética. Sua advertência era que países ocidentais livres, como a Inglaterra, poderiam estar trilhando sem perceber o caminho que já havia conquistado a Alemanha, a Itália e a União Soviética na elaboração de governos autoritários: todas essas nações, segundo ele, foram conduzidas inicialmente por objetivos nobres associados a teorias de governo socialistas²⁵. Advogando em proveito do liberalismo, tese absolutamente contrária à realidade daqueles países, Hayek argumentava que, quanto maior o poder do Estado, maior será o seu controle sobre a liberdade pública. O fim último do controle estatal é exatamente o totalitarismo, que restringe a liberdade individual de modo praticamente irrestrito e absoluto.

Dessa maneira, o assunto principal de *O caminho da servidão* é a questão da planificação econômica, isto é, a clássica discussão que aborda os limites do poder e do controle estatal na seara econômica. Antes do fim da Segunda Guerra, o sucesso da política planejada socialista e o seu avanço sobre o mundo capitalista geravam grande discussão nos meios intelectuais. Para Hayek, reafirmando a posição do filósofo político francês Alexis de Tocqueville, democracia e socialismo são conceitos cujas lógicas internas são contraditórias. A única similaridade possível entre esses dois universos distintos é compartilhar o termo igualdade; no mais, opõem-se veementemente. Todavia, a despeito dessa clara distinção inicial, Hayek afirmava que a influência da teoria comunista avançava quase que despercebida no ocidente: se Marx proclamava o fim do Estado, já no século XX o socialismo foi se acomodando ao Estado liberal e incorporando seus elementos. Aos poucos, foi-se diminuindo a fronteira vocabular da teoria social

²⁵ Em suas palavras: “Não menos importante é a história intelectual de muitos líderes nazistas e fascistas. Quem assistiu ao crescimento desses movimentos na Itália ou na Alemanha ficou impressionado pela quantidade de líderes, de Mussolini para baixo (sem excluir Laval e Quisling), que começaram como socialistas e acabaram se tornando fascistas ou nazistas” (HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 55).

e econômica para incorporar ideias que inicialmente lhes eram alheias, como noção de liberdade.

Desse modo, o economista aduz que o socialismo aos poucos passou a se intitular como portador do caminho que conduziria à “nova liberdade”, isto é, “o advento do socialismo seria um salto do reino da necessidade para o reino da liberdade. Ele traria a ‘liberdade econômica’, sem a qual a liberdade política já obtida ‘de nada serviria’”²⁶. O autor quer dizer com isso que os socialistas conclamavam a busca pela liberdade que, no entanto, não se faria a partir do Estado liberal: os indivíduos deveriam vencer os grilhões da desigualdade e enunciar um novo modelo de distribuição equitativa da riqueza. Esse constituiria o cerne da liberdade. Logo, somente a doutrina social seria capaz desse objetivo. Em outros termos, a doutrina socialista se aglutinou à busca de justiça social, encontrando nessa teoria a resposta para as inúmeras indagações que faziam há muito.

Neste sentido:

Não pode haver qualquer dúvida de que a promessa de maior liberdade se tornou uma das mais eficazes armas da propaganda socialista e que a crença de que o socialismo trará liberdade é genuína e sincera. Mas isto só agravaria a tragédia caso se descobrisse que o que nos foi prometido como caminho para a liberdade era, na verdade, o caminho para a servidão. Não há dúvida de que a promessa de mais liberdade foi responsável por atrair mais e mais liberais para o caminho socialista, por cegá-los para o conflito existente entre os princípios fundamentais do socialismo e o liberalismo e, muitas vezes, por ter permitido aos socialistas usurparem o próprio nome do antigo partido da liberdade. O

²⁶ Ibidem, p. 51. Ainda segundo esse autor: “É importante perceber a sutil alteração de sentido a que se submeteu a palavra liberdade para tornar plausível este argumento. Para os grandes apóstolos da liberdade política, essa palavra significava que o indivíduo estaria livre da coerção e do poder arbitrário de outros homens, livre das restrições que não lhe deixavam outra alternativa senão obedecer às ordens do superior ao qual estava vinculado. Na nova liberdade prometida, porém, o indivíduo se libertaria da necessidade, da força das circunstâncias que limitam inevitavelmente o âmbito da efetiva capacidade de escolha de todos nós, embora o de alguns muito mais do que o de outros. Para que o homem pudesse ser verdadeiramente livre, o ‘despotismo da necessidade material’ deveria ser vencido, e atenuadas ‘as restrições decorrentes do sistema econômico’”.

socialismo foi abraçado pela maioria da *intelligentsia* como sendo o herdeiro aparente da tradição liberal: por isso, não surpreende que, para eles, a ideia de o socialismo levar ao oposto de liberdade lhes pareça inconcebível.²⁷

Segundo Hayek, muitos intelectuais foram tomados por esse engodo e estavam se filiando a uma corrente de pensamento que conduziria ao totalitarismo, consoante afirmado anteriormente. Por isso ele se preocupava com o futuro da Inglaterra. Para evitar dúvidas, Hayek enuncia que o socialismo não poderia ser tido como uma doutrina do qual se obtém a liberdade, mas, em sentido oposto, limita-a ou a elimina: ao contrário da propriedade privada e dos meios de produção, o socialismo apoia a economia planificada, gerida por um órgão central. Esse órgão, orientando-se sempre por termos vagos e imprecisos – tais como “objetivo social”, “propósito comum”, “bem-estar geral” e “interesse comum” –, acabaria por adotar um objetivo pensado por um restrito grupo que compõe o núcleo do partido. Tal situação, por si, contrapõe-se à lógica mais basilar de democracia.

Por outro lado, Hayek também discordava de o Parlamento escrutinar um plano político econômico, uma vez que esse é um assunto para o qual qualquer consenso é impossível. Tal fato desagradaria os representados e serviria apenas para expor os representantes do povo, levando-os ao escárnio. Ele argumenta que a solução que poderia se chegar é clamar por especialistas da área para a elaboração e condução de planos econômicos que atendessem aos clamores da sociedade – um “ditador econômico” –, que, por sua vez, soaria novamente como uma tendência antidemocrática.²⁸

²⁷ Ibidem, p. 52.

²⁸ Hayek desenvolve a ideia da planificação em: *O caminho da servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 71-84. Assim, o autor explica que, em sua concepção, todo plano econômico, para merecer esse nome, deve basear-se em uma concepção unitária. Ainda que, passo por passo, um parlamento chegasse a concordar sobre um esquema qualquer, esse acabaria infalivelmente por não satisfazer a ninguém. “Um todo complexo em que as partes devem ser ajustadas umas às outras com a maior precisão não pode ser obtido mediante acomodação de ideias conflitantes. Traçar dessa maneira um plano econômico é ainda menos possível do que, por exemplo, planejar com êxito uma campanha militar por processos democráticos. Como acontece na estratégia, seria inevitável delegar a tarefa aos especialistas. Todavia, a diferença reside em que, enquanto ao general responsável por uma campanha é confiado um objetivo único a que, enquanto durar essa campanha, todos os meios sob seu controle deverão ser exclusiva mente consagrados, ao planejador econômico não se pode dar uma meta única, nem é possível impor-lhe igual limitação dos meios a utilizar. O general não se vê obrigado a decidir

A partir dessas análises, duas questões emergem do problema indicado: Por que não constituir um time de especialistas para gerir a questão econômica e qual a solução apontada por Hayek? No primeiro caso, comenta o autor que muitos acreditam que o problema econômico é de segunda categoria de importância e, portanto, deveria ser retirado do poderio democrático do povo para ser resolvido por quem entende do assunto. O resultado direto dessa atitude seria munir o povo de mais liberdade: retirando de seu poder algo menos importante, como a economia, dar-se-ia a ele tempo maior para se importar com aspectos mais essenciais de sua vida. A esse respeito, Hayek diz que seria admissível o “ditador econômico” mesmo no regime democrático.

Contudo, será a economia, tanto macro quanto micro, um problema de segunda ordem na vida das pessoas? O pensador lembra que os temas que gravitam em torno das questões econômicas dificilmente são objetos primários da busca das pessoas – o dinheiro, por exemplo, é um instrumento para se obter outras coisas que possibilitam a sobrevivência e promovem o conforto, mas não se constitui como a finalidade da vida de alguém (com exceção dos aventos). Todavia, elas estão impregnadas no cotidiano das pessoas. Planificar a economia significa retirar de cada um o poder de decisão, isto é, definir o que se entende por necessidades menos e mais importantes e o que são as prioridades²⁹. Considerando que os recursos são escassos, as escolhas sobre sua destinação

entre diferentes objetivos possíveis. Para ele só existe uma única meta suprema. Mas os objetivos de um plano econômico, ou de uma parte deste, não podem ser definidos independentemente do plano em si. A essência do problema econômico está em que a elaboração de um plano envolve a escolha entre finalidades conflitantes ou que competem entre si – diferentes necessidades de pessoas diversas. Mas só aqueles que conhecem todos os fatos saberão quais são os objetivos que realmente conflitam, e quais os que terão de ser sacrificados em benefício de outros – em suma, entre que alternativas é preciso escolher. E apenas eles, os especialistas, estão em condições de decidir qual dos diferentes objetivos terá de ser prioritário. É inevitável, assim, que eles imponham a sua escala de preferência à comunidade para a qual planejam”.

²⁹ “A nossa liberdade de escolha numa sociedade com um regime de concorrência baseia-se no fato de poder recorrer a outrem caso alguém recuse satisfazer nossos desejos. E o mais poderoso dos monopólios imagináveis seria uma autoridade que dirigisse todo o sistema econômico. Apesar de, provavelmente, não termos a reacear que uma autoridade explorasse este poder como o faria um monopólio privado, apesar de o seu propósito não ser a extorsão do máximo lucro possível, teria ainda assim o poder de decidir o que nos é dado e em que termos. Decidiria não só que bens e serviços estariam disponíveis, e em que quantidades, mas controlaria também a sua distribuição por distritos e grupos, e poderia, se quisesse, discriminar pessoas. Quando nos lembramos por que razão o planejamento é defendido pela maioria das pessoas, haverá alguma dúvida de que este poder seria usado para os fins aprovados pelas autoridades e para impedir a prossecução de fins que ela desaprovasse?” (Ibidem, p. 126-127)

estariam dispostas na vontade desse grupo seletivo de especialistas. E não haveria, desse modo, outra escolha aos cidadãos além de lhes aceitar.

A autoridade que dirige toda a atividade econômica controlaria não só a parte das nossas vidas relacionada com questões menores, mas também a alocação de meios limitados para todos nossos fins. E quem controlar toda a atividade econômica controla os meios para os nossos fins, tendo, por isso, de decidir quais são satisfeitos. Esse é o cerne da questão³⁰.

Para o autor, o controle econômico

não é apenas de uma parte da vida humana que possa ser separada do resto; é o controle dos meios para os nossos fins. E quem tiver o pleno controle dos meios tem também de determinar que fins serão satisfeitos, estabelecer uma hierarquia de valores, em suma, aquilo em que os homens devem crer e almejar. O planejamento central significa que o problema econômico deve ser solucionado pela comunidade, em vez do indivíduo; mas isto implica que também tem de ser a comunidade, ou melhor, os seus representantes, quem decide da relativa importâncias das diferentes necessidades.³¹

Retirando do indivíduo a possibilidade de escolha e controle da economia, estar-se-ia limitando sua própria liberdade ao lhe obrigar a assumir a decisão de um órgão alheio a ele. Esse é “o ponto central da questão” sob um aspecto político. Assim, para Hayek, não há dúvidas de que o controle econômico exercido pelo Estado não é apenas não recomendado, mas viola os princípios democráticos mais basilares e, por essa razão, deve ser rejeitado em favor da liberdade econômica em sentido amplo (direito de comercializar, de contratar, de tomar decisões em plano comunitário, liberdade de concorrência, entre outras).

E como resolver crises como a de 1929? Não deveria o Estado socorrer a economia? Em uma tentativa metafórica para aproximar a visão de Hayek com a de Keynes, imagine-se um ecossistema em chamas, semelhante ao que ocorria com o *crash de Wall Street*: Keynes diria ser necessário que o Poder

³⁰ *Ibidem*, p. 125.

³¹ *Idem*.

Público interviesse, apagasse as chamas e provesse o estímulo necessário para que a vegetação conseguisse recuperar o seu estado natural. Hayek, por sua vez, pensaria que incêndios fazem parte do ciclo da natureza, assim como crises estão na essência da economia. Seria preciso, portanto, deixar o incêndio seguir seu curso, não sendo prudente intervir sobre um processo cuja ocorrência é parte normal da natureza e que é necessário para a renovação das espécies. No caso da economia, não deveria o Estado intervir para apagar as chamas da crise, pois o próprio mercado proveria uma solução.

4 AS BENESSES DA ORDEM CATALÁCTICA

Resta discutir a segunda questão apontada, no sentido de compreender qual o caminho que Hayek pensava ser o mais adequado na orientação da economia de um país, já que a planificação não lhe seria uma opção. Sendo a liberdade um dos principais valores cultivados pelas pessoas e se o socialismo é capaz de lhe eliminar com a centralização do poder e planificação da economia³², por que não assumir o liberalismo como doutrina política, econômica e social? Quando Hayek foi congratulado com o Prêmio Nobel de Economia³³, no ano de 1974, o Estado de Bem-Estar Social ainda não havia sucumbido diante da estagflação. Sua contribuição – reconhecida pela Academia Real das Ciências da Suécia pela pesquisa das relações econômicas, sociais e políticas – ocorreria, de fato, somente na década de 1980, quando se reacendeu a discussão em torno da importância da liberdade do mercado.

Segundo Hayek, o mercado é a plataforma igualitária pela qual se alocam os recursos na medida certa sem a existência de um consenso – ilusório – para essa finalidade:

A função de toda atividade econômica é conciliar os fins competitivos, decidindo para quais deles os

³² Importante asseverar neste aspecto que Hayek escreve esse livro em 1944. Ao longo das décadas seguintes, a América Latina, por exemplo, sofreu com governos anticomunistas e ditatoriais que foram capazes de limitar igualmente a liberdade dos indivíduos. Assim, sua crítica ao socialismo é muito pertinente e diversos aspectos se mostraram verdadeiros no período de divisão política do mundo entre Estados Unidos e União Soviética: mas não significa que a cautela deva ser deixada de lado ao se fazer uma leitura englobando somente a dinâmica comunista.

³³ *Prize motivation: "For their pioneering work in the theory of money and economic fluctuations and for their penetrating analysis of the interdependence of economic, social and institutional phenomena"* (Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-facts.html>. Acesso em: 17 out. 2017).

meios limitados devem ser empregados. A ordem de mercado concilia as exigências dos diferentes fins não econômicos mediante o único processo conhecido que beneficia a todos sem assegurar, no entanto, que o mais importante preceda o menos importante, pela simples razão de que nesse sistema não pode existir uma ordenação única das necessidades. O que ela tende a gerar é simplesmente um estado de coisas em que nenhuma necessidade é atendida ao custo de se desviar, do uso para outras finalidades, uma quantidade de meios maior que a necessária para satisfazê-la. O mercado é o único método conhecido pelo qual isso pode ser levado a cabo sem uma concordância sobre a importância relativa dos diferentes fins últimos, e com base exclusivamente num princípio de reciprocidade pelo qual as oportunidades de qualquer pessoa tendem a ser maiores do que o seriam em caso contrário.³⁴

Hayek aborda as questões de mercado em seu livro *Direito, legislação e liberdade*, pesquisa publicada ao longo da década de 1970 em três volumes. O economista trata de modo específico o mercado no segundo volume, cujo subtítulo é “Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política”. De início, para ser didático, o autor esclarece uma opção por palavras que lhe parecem mais adequadas. Sob nenhuma hipótese se deve confundir a palavra economia, apesar de ser um vocábulo utilizado em demasia, com a ideia de mercado. A economia, em um sentido estrito, consiste em um complexo de atividades em que um conjunto de meios é distribuído entre fins competitivos, de acordo com um plano unitário e com sua importância relativa. Os sentidos originais dessa palavra para o autor designam: i) “um complexo de ações deliberadamente coordenadas a serviço de uma escala única de fins” e/ou ii) “o sistema de numerosas economias inter-relacionadas que constituem a ordem de mercado”³⁵.

Nessa perspectiva, uma grande empresa, uma fazenda ou até uma casa são economias e as pessoas envolvidas em seus processos são economistas.

³⁴ HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985. p. 137.

³⁵ *Ibidem*, p. 130.

Apesar de frequentemente se pensar na figura do economista que trabalha com a macroeconomia, planejando as receitas e despesas de um Estado, Hayek retoma o conceito de economia a partir de sua origem grega (*oiko nomía*), que trata da administração ou do governo da esfera do lar. Em síntese, constitui-se a economia toda esfera dirigida para um objetivo comum, tendo um plano unitário e se utilizando dos recursos disponíveis para a consecução dessa finalidade. Nesse sentido, Hayek diz que a soma de incontáveis economias distribuídas pelo território do Estado constitui um país, não havendo, portanto, apenas uma grande economia. Sendo assim, o maior erro nesse campo é desejar estabelecer um plano único na gestão desta complexa rede interativa de microeconomias com objetivos próprios, intento levado a cabo pelos governos de economia planificada, como no caso da União Soviética.

A principal diferença entre a economia e o mercado é que este, por sua vez, é dirigido por uma ordem que não serve a nenhum fim específico nem tampouco único. Segundo Hayek³⁶, o *kosmos* do mercado não é e nem poderia ser governado por uma escala única de fins; ele serve à multiplicidade de finalidades distintas e incomensuráveis de todos os seus membros individuais. O autor aduz que a confusão gerada pelo uso deliberado do termo economia como sinônimo de mercado induziu a criação de um termo próprio para o segundo – “*catalaxia*”³⁷ –, que designa a “ordem ocasionada pelo mútuo ajustamento de muitas economias individuais num mercado”.

A origem histórica dessa noção em que há colaboração pacífica sem confluírem todos os objetivos entre as pessoas ocorreu, primeiramente, com o escambo, em que a troca de mercadorias permitiu o seu melhor aproveitamento pelos participantes do negócio. O mais importante nessa relação comercial era a troca em si; não havia um objetivo maior que unia as partes. O economista comenta que em uma organização muitas pessoas tendem a contribuir para a

³⁶ Idem, p. 130.

³⁷ A etimologia da palavra *catalaxia* é explicada por Hayek nos seguintes termos: “O termo ‘*catalática*’ foi derivado do verbo grego *katallattein* (ou *katallassein*), que significava, vale a pena lembrar, não só ‘trocar’ mas também ‘admitir na comunidade’ e ‘converter-se de inimigo em amigo’. Dele derivou-se o adjetivo *catalático* (*catallactic*), para substituir ‘econômico’ na designação da classe de fenômenos de que trata a ciência da *catalática*. Os gregos antigos nem conheciam este termo, nem possuíam um substantivo correspondente; se tivessem formado um, teria sido provavelmente *katallaxia*. [...] Uma *catalaxia* é, pois, o tipo especial de ordem espontânea produzida pelo mercado, mediante a ação de pessoas dentro das normas jurídicas da propriedade, da responsabilidade civil e do contrato” (Ibidem, p. 131).

satisfação de necessidades gerais que não conhecem e para a consecução de objetivos que podem ser desaprovados pela maioria: como nas sociedades que compõem os Estados ocidentais, todos colaboram entre si na expectativa de fruir seus próprios objetivos³⁸. Os tributos pagos são utilizados para fins que não atenderão diretamente os contribuintes, mas essa é a dinâmica de uma economia, em que objetivos maiores são o lastro de união entre as pessoas. No caso do pagamento dos tributos, é a constelação de cidadãos unidos em uma soberania: o não investimento em uma área considerada prioritária por alguns não serve como motivo para não contribuir. Na catalaxia (mercado), por sua vez, todos são estimulados a contribuir para a satisfação das necessidades dos outros sem ter conhecimento de quais necessidades se está falando.

Para a melhor compreensão da catalaxia, Hayek propõe sua análise disposta em um jogo, cuja função é gerar riqueza. O economista não deixa de expressar a força do conteúdo individual sempre presente na teoria liberal, ao comentar que “um dos principais pontos que devemos agora tentar esclarecer é que o resultado desse jogo para cada um será necessariamente determinado, em razão de seu próprio caráter, por uma combinação de habilidade e sorte”³⁹. É um jogo pautado na geração de riquezas, pois os jogadores não têm informação direta sobre as necessidades a serem satisfeitas, mas os seus ganhos indicam se sua atuação ocorre de modo adequado. Por exemplo: um fabricante de sapatos não os produz por saber que uma pessoa necessita deles: fabrica-os porque tem a informação de que muitos comerciantes comprarão quantidades diversas de seus produtos, de modo a vendê-los a milhares de outras pessoas. Não se sabe quem são essas pessoas e se de fato elas adquirirão o produto: se o retorno for

³⁸ Acerca de uma ordem comunitária, Hayek comenta que o desejo natural de todos os membros de uma comunidade é instrumental, no sentido de proporcionar a todos as maiores possibilidades de realizar os propósitos de cada um. Uma escala de valores imposta a todos para que as ações individuais se convertam em uma ordem com certa organização para se alcançar a paz social é uma saída muitas vezes tida como interessante, mas se constitui em um grande erro. Hayek está apontando para a liberdade como a mola propulsora para o progresso a partir do intercâmbio de ideias. “Exigir que, para serem membros da sociedade, os nossos semelhantes submetam os seus objetivos concretos a nossa aprovação e apoio deliberado implicaria eliminar o principal fator responsável pelo progresso da sociedade. Onde o consenso sobre objetivos concretos é uma condição necessária da ordem e da paz, e a dissensão, um perigo para a ordem social; onde a aprovação e a censura dependem dos objetivos concretos a que visam ações específicas, haverá grande restrição das forças que favorecem o progresso intelectual” (Ibidem, p. 134-135).

³⁹ Ibidem, p. 139.

positivo, há uma indicação de que se deve seguir nesse caminho. Aqui, tanto habilidade quanto sorte são as armas dos jogadores.

A esse respeito:

Assim, na ordem de mercado, cada um é levado pelo ganho, que lhe é visível, a atender a necessidades que lhe são invisíveis e, para fazê-lo, a valer-se de circunstâncias particulares desconhecidas, que lhe permitem satisfazer essas necessidades a um custo tão reduzido quanto possível, em relação a outras coisas que se poderiam produzir em seu lugar.⁴⁰

Nesse sistema hipotético de mercado, que se aproxima do real, a função da concorrência é demonstrar quais estratégias são erradas. Por esta razão Hayek aduz que a concorrência de empresas privadas é muito mais benéfica a um custo final muito reduzido se comparado a empresas públicas, que prestam serviço a um custo muito maior e ampliam os fatores de corrupção do sistema político.

No caso de um escambo bilateral, é muito simples perceber vantagens e desvantagens para as partes. Tudo isso é diferente quando se tratam de inúmeras relações negociais entre si, como é o caso do mecanismo de mercado. A maior crítica a ele se relaciona a quem acaba perdendo no jogo. Hayek lembra que, nas várias transações realizadas, os jogadores levam em conta apenas a sua posição pessoal, mas também dependem das posições alheias nesta grande teia de imprevisibilidade⁴¹. Apesar de haver perdedores, o economista comenta que esta é uma condição necessária para que todos aceitem jogar para aumentar o produto global e seus próprios ganhos. O mérito do mercado está em possibilitar

⁴⁰ Ibidem, p. 140.

⁴¹ O autor lembra que, na catalaxia, o presente é o que importa. A despeito de se uma fonte de informações (por exemplo, sobre os preços praticados outrora), o passado não garante nenhum movimento no mercado. Nesse sentido: "A ação do mercado só leva em conta as condições que se sabe existirem no presente (ou que se espera prevaleçam no futuro); adapta-lhes valores relativos sem considerar o passado. Aqueles cujos serviços tinham mais valor no passado foram então devidamente pagos por eles. A nova posição não é uma melhoria em relação à condição passada, no sentido de constituir uma melhor adaptação às mesmas circunstâncias; representa o mesmo tipo de adaptação a novas circunstâncias que a posição anterior representou com relação às circunstâncias então vigentes. No contexto de uma ordem cuja vantagem consiste em adaptar continuamente o uso de recursos a condições imprevistas e desconhecidas pela maioria das pessoas, o passado não tem importância - as condições passadas em nada nos esclarecem sobre o que é apropriado agora" (Ibidem, p. 145).

que todos, na medida de suas capacidades e seus investimento, possam auferir algum ganho futuro, não tendo que sempre partir do nada. Para ele,

embora a parcela de cada um seja imprevisível, porque dependerá apenas em parte de sua habilidade e de suas oportunidades de conhecer fatos, e em parte do acaso, esta é a condição que fará por si só com que seja do interesse de todos agir de modo a aumentar tanto quanto possível o produto global, do qual obterão uma parcela imprevisível. Não se pode afirmar que a distribuição resultante seja materialmente justa, mas apenas que provém de um processo que, como se sabe, aumenta o número de ocasiões propícias ao sucesso de todos, e não de medidas específicas dirigidas que favorecem alguns com base em princípios que não poderiam ser observados por todos.⁴²

Nessa dinâmica, Hayek deixa claro que o termo justiça não deve ser utilizado em demasia, pois há regras legais que estabelecem uma organização geral do sistema, o que ele denominou de normas abstratas de conduta. Nesse caso, as normas eliminam algumas fontes de incerteza, mas não todas. Seu objetivo é estabelecer a segurança jurídica mínima para que os participantes se sintam seguros a jogar. Assim, as leis determinam os âmbitos de ações permitidas e proibidas a um número incerto de circunstâncias futuras, sem jamais estabelecer o conteúdo das ações praticadas pelos indivíduos. Sua função, em uma visão tipicamente utilitária empregada por Hayek, é aumentar, o quanto possível, a taxa de sucesso das pessoas. A partir de então, elas não garantem o bom êxito dos esforços particulares, que se vinculam tanto à sorte quanto à habilidade pessoal. Em razão de o sistema criar condições para todos jogarem, Hayek aduz que não há sentido em qualificar os resultados como justos ou injustos.

Obviamente o autor reconhece que em todas as dinâmicas da vida haverá quem trapaceie, e as normas existem para tentar organizar minimamente o sistema. Há também aqueles que no meio do jogo acabarão descobrindo que não dispõem da habilidade necessária. Segundo ele, “na maioria das vezes descobriremos que a corrida não é para os ágeis, nem a batalha para os bravos, nem o pão para os prudentes, nem a riqueza para os inteligentes, nem o favor

⁴² *Ibidem*, p. 146.

para os sábios: todos estão à mercê das circunstâncias e da sorte”⁴³. Todavia, o essencial é que não haja um governo que tenha poderes para socorrer em toda e qualquer hipótese aqueles que não se saíram bem no jogo.

Conforme tratado, as condições são diversas, as regras do mercado existem para todos e não há um objetivo específico. No entanto, interferências estatais quebrantariam esse sistema por ser um ato de “coerção” ao estabelecer um determinado resultado em favor de alguém. Assim, “cada ato de interferência cria, assim, um privilégio no sentido de assegurar benefícios a alguns em detrimento de outros, de uma maneira não justificável por princípios suscetíveis de aplicação geral”. A interferência coercitiva será admitida quando de algum modo beneficiar igualmente a todos.

Com essa metáfora, Hayek deixa clara a sua preferência por um mecanismo que estabeleça regras gerais e deixe o jogo seguir influenciado pelas flutuações próprias. O Estado nesse sistema tem um papel quase inexistente, demonstrando que sua visão é exatamente oposta à de Keynes: se o sistema como um todo está em chamas, o próprio mercado proverá soluções para contornar esse problema. Para Hayek, é necessário deixar que as pessoas façam suas escolhas e apostem nesse ideal, não devendo haver um ente público que sempre esteja tentando socorrer parte da população, atuação que ocorre de modo inadequado, não igualitário e que conduz à perda de liberdade de seus cidadãos por restringir sua ação própria.

E qual é a grande valia de um sistema de mercados? Hayek responde a essa questão dizendo que a ordem social mais desejável é aquela em que há condições para se escolher caminhos próprios e lhes desenvolver baseados nas aptidões e nos esforços pessoais. É possível que se fosse dado a alguém escolher o sistema político e econômico que considerasse mais adequado, essa pessoa poderia olhar para o passado e apontar para a vida que a aristocracia fundiária europeia cultivou, mas com toda certeza desde que se garantisse faria parte aristocrática: se houvesse grandes chances de se tornar um paupérrimo trabalhador agrícola, “é bem provável que, nesse caso, escolheria justamente aquele tipo de sociedade industrial que não oferecesse tais regalias a uns poucos, mas proporcionasse melhores perspectivas à grande maioria”⁴⁴.

⁴³ Ibidem, p. 150-155.

⁴⁴ Ibidem, p. 156-157.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da distinta perspectiva de John Maynard Keynes e Friedrich Hayek, o presente artigo buscou delinear o modo como cada um desses pensadores contribuiu, em diferentes momentos do século XX, com a economia de seus países. Apontando caminhos distintos acerca da intervenção do Estado, ambos os autores tocam, ainda que não de modo direto, na sempre atual questão da liberdade que os cidadãos dispõem, seja em âmbito econômico, político ou jurídico.

Valendo-se das teses desses grandes economistas, acredita-se e se postula que a garantia da liberdade e a criação de um estado mínimo de igualdade material, na qual sejam proporcionadas as condições mais fundamentais às pessoas, seja o passo essencial a ser trilhado pelos governos. Para tanto, o Estado é um ator importante na fórmula que conjuga a ampliação das liberdades reais dos indivíduos, seja pela via das políticas públicas oriundas dos poderes representativos, seja pela garantia jurisdicional conferida aos cidadãos. Não se crê que nenhum outro ator possa atuar de modo mais preponderante do que o ente estatal e, por conta disto, é necessária a sua participação nesse momento em que se clama pela ampliação e proteção dos direitos, causa e condição da legitimidade do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, oportuna a menção do pensamento de Amartya Sen, enunciado na obra *Desenvolvimento como liberdade*, na qual o autor considera um conjunto de cinco liberdades instrumentais – liberdade política, segurança protetora, facilidades econômicas, garantias de transparência e oportunidades sociais – como caminho necessário para a busca pelo desenvolvimento. Em outros termos, o economista se preocupa com os reais fatores de diminuição de desigualdade social que ensejarão no desenvolvimento social: quanto maior o grau de desenvolvimento de cada um dos cinco elos mencionados, tanto mais livre será a sociedade. As condições que privam um indivíduo de sua liberdade, em sentido contrário, são a pobreza e a tirania, a falta de oportunidades econômicas e a destituição social além da negligência estatal ou interferência excessiva de Estados repressivos. Nesse sentido, tais liberdades são fundamentais no que tange ao desenvolvimento das capacidades de cada pessoa⁴⁵.

Retornando a Keynes e Hayek, tais pensadores contribuem, cada qual a seu modo, do que se busca na atualidade: o desenvolvimento econômico que

⁴⁵ Para aprofundar o estudo de Amartya Sen, indica-se: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

garanta direitos a todos, por um lado, sem necessariamente uma intervenção estatal totalitária, na qual se impossibilita o livre viver. Esse é o grande desafio de se pensar a liberdade e a economia, na tênue linha que separa garantia e engessamento pela via do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

DAVIDSON, Paul. Colocando as evidências em ordem: macroeconomia de Keynes *versus* velho e novo keynesianismo. In: LIMA, Gilberto Tadeu; SICSÚ, João; DE PAULA, Luiz Fernando. *Macroeconomia moderna: Keynes e a economia contemporânea*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. Disponível em: <<http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

_____. *O caminho da servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009.

MISSIO, Fabrício Jose; OREIRO, Jose Luis. Equilíbrio com desemprego involuntário em um modelo de ciclo-limite. *Economia*, Brasília/DF, v. 9, n. 3, p. 545-575, set./dez. 2008.

NOBEL PRIZE. Friedrich Hayek. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-facts.html>. Acesso em: 17 out. 2017.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Introdução à história da ciência econômica e do pensamento econômico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007.

_____. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007a.

REZENDE, Cyro. *História econômica geral*. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Submissão em: 16.11.2017

Avaliado em: 27.11.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.11.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 06.12.2017

JUSTIÇA RESTAURATIVA ESTATAL: O *PROCESS-FOCUSED MODEL* COMO RUPTURA PARADIGMÁTICA

STATE RESTORATIVE JUSTICE: THE PROCESS-FOCUSED MODEL AS A PARADIGMATIC BREAKING

Gabriel Antinolfi Divan¹

Doutor em Direito (PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Marcel Andreata de Miranda²

Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF, Passo Fundo/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito processual penal; política criminal.

RESUMO: O presente trabalho visa situar a adoção ou influência de práticas, métodos e elementos restaurativos em meio ao sistema de justiça brasileiro, como parte de uma visível ruptura que pode ser lida, em certo aspecto, como uma transição paradigmática: as promessas não cumpridas pelos modelos estanques da modernidade condicionam a abertura para uma nova visão, mais participativa, aberta

e dinâmica. No Brasil, a justiça restaurativa – ou ao menos alguns de seus elementos e suas propostas – vem sendo implementada em projetos-piloto, exatamente, nesse contexto de formação da pós-modernidade, tornando indispensável que seja forjada segundo os princípios que orientam o novo, ou seja, com um viés de transformação social. A questão central do artigo é discutir qual das múltiplas faces da justiça restaurativa é a mais condizente com esse chamado paradigma da pós-modernidade. Para tanto, necessário

¹ Professor do PPG/Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF, Passo Fundo/RS, Brasil). Advogado. *E-mail:* divan.gabriel@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2279996083883727>>.

² Juiz de Direito/TJRS. *E-mail:* marcel.andreata@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4907795426838437>>.

revisar as bases do paradigma moderno, perpassando a crise do Estado e de suas instituições, e demonstrar as (novas) possíveis rupturas. Apresentados, em seguida, dois modelos sobre a posição da justiça restaurativa frente à justiça estatal, concluiu-se que o modelo centrado nos processos (*process-focused model*), em sua concepção de transformação, é aquele capaz de, em consonância com a pós-modernidade, proporcionar a emancipação dos excluídos, o resgate da comunidade, a desinflação do Judiciário, ou seja, a transformação da sociedade.

ABSTRACT: *The present work aims to locate the affiliation or the influence that retorative elements, methods and tactics have in Brazil's system of justice as a clear breaking that can be read as a paradigm changing: the unfulfilled promisses from tight modern standards lead an open to a new view, which is much more participatory, dynamic and fresh. In Brazil, Restorative Justice, or, at least, some of its issues and proposals, is getting implemented in startup projects, exactly in this so called post-modern pattern, and in a needful thought which improves a new look and intent to make social changes as goals. The work's main issue is to discuss which one of the multiple views of Restorative Justice fits the post-modern pattern. Therefore, there's a need to review the modern pattern cornerstones, throught the state and its institutions crisis and show the (new) options to a breakthrough. Following it, the paper introduces a couple of Restorative Justice's models, to conclude that the process-focused model and its power to improve social changes show an according with the post-modern pattern, the empowerment of social excluded people, and as a model that can bring back a community sense and disinflate the courts, changing society itself.*

PALAVRAS-CHAVE: administração de conflitos; justiça restaurativa; pós-modernidade.

KEYWORDS: *conflicts management; post-modernity; restorative justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A transição paradigmática; 2 Os modelos de justiça restaurativa e a pós-modernidade: o *process-focused model*; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introductions; 1 The paradigmatic turn over; 2 Restorative justice models and post-modernity: the process-focused model; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Na clássica definição exarada por Kuhn (1991, p. 13), o conceito que explicita o que é um paradigma gravita em torno de “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modulares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Sua definição é usada comumente não apenas

para estabelecer *standards* científicos estritos, mas para que se possa pensar uma espécie de momento epistêmico em que essas soluções modulares perpassam os campos técnicos, políticos e sociais. Um paradigma, nesse sentido, engloba uma cosmovisão e um campo múltiplo de padrões que informam uma miríade de possibilidades de análise de uma sociedade ou um sistema durante o período de aceitação ou vigência paradigmáticas descrito. Igualmente, ao se abordar a questão da chamada transição paradigmática, considera-se que “as revoluções científicas são os complementos desintegradores da tradição a qual a atividade da ciência normal está ligada” (Kuhn, 1991, p. 25), bem como que “esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completado por um único homem e nunca de um dia para o outro” (Kuhn, 1991, p. 26).

O caráter que coliga esse mesmo conceito de paradigma (focalizado por Kuhn nos modelos e problemas científicos aceitos como legítimos em um dado momento) a possíveis análises relativas ao cotidiano social e mesmo à episteme das ciências sociais (Cruz, 2009, p. 221) e também ao universo jurídico (enquanto sistema operacional social e político) e seus mecanismos atinentes é inegável. Assim como verdades científicas, “verdades sociais” são assumidas dentre um paradigma e a ruptura social (de cunho reflexivo e hermenêutico) com algumas evidentes falibilidades das soluções propostas ou impostas por um paradigma a partir dos padrões científicos (Santos, 1989, pp. 47-49) são ponte para a própria transição cíclica anunciada por Kuhn.

Ademais, o modelo político-jurídico estatal moderno (Streck; Bolzan de Moraes, 2010, p. 167-168), e suas derivações, guarda um estreito lastro que liga ou mesmo associa a própria fórmula do Estado e sua razão de ser à jurisdição e seu exercício – jurisdição como condição fundante e marcante da própria soberania política do Estado. Assim sendo, é imperioso que se congloba a experiência prática e teórica do funcionamento do sistema jurídico enquanto reflexo, derivação e estímulo em contrário às estruturas que sustentam, reafirmam, questionam e rompem com edifícios paradigmáticos científicos (Divan, 2015, p. 447-450).

No que diz respeito aos modelos de solução de conflitos no âmbito do sistema de justiça aplicado no Brasil, é possível destacar uma influência marcante e superior do que poderíamos chamar de aspectos relativos – inegavelmente – a um paradigma da modernidade.

Dentre as várias acepções aqui exibidas, destacam-se, no âmbito do Direito, características definidoras desse modelo/paradigma: um exercício político-

-jurídico essencialmente regulador, segregador e excludente, com a estagnação da promessa de ampliação do acesso e da democratização da Justiça.

A crise de legitimidade das instituições jurídicas e a consequente perda de credibilidade do Direito perante a população nada mais são do que reflexos de um sistema rígido, em que a regulação exclusiva estatal é utilizada como um método de dominação por exclusão, de controle social.

A dominação e a parceira sujeição são refletidas de um excesso de regulação normativa, entre outros fatores, a qual provoca lateralmente o “inchaço” (excessivo número de demandas judicializadas, mormente se comparada à força de trabalho dos Tribunais) e, logo, a ineficiência do Direito. O Direito passa a refletir unicamente o exercício de um poder, polarizado pela dominação e pela sujeição. A comunidade desfeita (Bauman, 2003, p. 81; Divan, 2015, p. 393-407) não mais se encontra no Direito. Não se encontra, como, aliás, tem, talvez, no Direito (especialmente na esfera criminal) um obstáculo sempre travestido, que propõe franquear-lhe empoderamento quando lhe subtrai possibilidades e guarida (Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar, 1999, p. 385).

A decadência desse paradigma provoca o surgimento de um novo, emergente, chamado por muitos de paradigma da pós-modernidade, ainda não identificável, pois vivenciável – a delimitação somente é possível por uma análise histórica, ou seja, *a posteriori*.

É neste contexto, ou seja, é no nascedouro do paradigma da pós-modernidade que a justiça restaurativa vem sendo implantada no Brasil, precipuamente por meio da atuação positiva (proativa) do Poder Judiciário.

Justifica-se, assim, o exame teórico dos modelos de justiça restaurativa, a fim de verificar qual deles mais se enquadra no paradigma da pós-modernidade.

No presente artigo, propõe-se que o modelo centrado nos processos e em sua resolução procedimental, por ser aquele capaz de, em consonância com a emergência de um modelo calcado na pós-modernidade, proporcionar a emancipação dos excluídos, o resgate da comunidade, a desinflação do Judiciário, ou seja, a transformação da sociedade, é o mais condizente com o presente paradigma da pós-modernidade.

Para se chegar a tal conclusão, em um primeiro momento, expõem-se o declínio e a formação dos paradigmas, a transição paradigmática – em especial a crise do direito moderno –, a fim de identificar quais as características que

formarão o novo e, logo, informarão a prática de solução de conflitos no mundo contemporâneo.

Em seguida, apresentar-se-ão, sucintamente, dois modelos de justiça restaurativa reconhecidos na doutrina, a fim de possibilitar a identificação daquele que é mais condizente com a pós-modernidade, ou seja, aquele capaz supostamente de proporcionar a emancipação dos excluídos, o resgate da comunidade, a desinflação do Judiciário, em suma, a transformação da sociedade.

1 A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

1.1 O PARADIGMA DA MODERNIDADE

Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 56-57), no primeiro volume de *A crítica da razão indolente*, afirma que vivemos uma fase transitória, de superação do paradigma da modernidade, o qual é fundado nos pilares da regulação e da emancipação – com a absorção, adianta-se, do segundo pelo primeiro. Segundo Santos,

no projecto da modernidade podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade. Apesar de estas duas formas de conhecimento estarem ambas inscritas na matriz da modernidade eurocêntrica a verdade é que o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação. (2002, p. 29)

O pilar da regulação constitui-se por três princípios ou lógicas: o princípio do Estado, baseado na doutrina de Hobbes, do qual se extrai a existência de uma relação vertical entre o Estado e o cidadão; o princípio do mercado, nos termos expostos por Locke e Adam Smith, abarcando as relações horizontais entre os participantes do livre mercado; e o princípio da comunidade, forjado por Rosseau, que se destaca por trazer à horizontalidade das relações a noção de solidariedade (Santos, 2002, p. 50).

Por sua vez, “o pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético-expressiva das artes

e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito” (Santos, 2002, p. 50).

A partir dos séculos XVI e XVII, a modernidade ocidental emergiu como um ambicioso e revolucionário paradigma sociocultural fundado em uma tensão dinâmica entre a regulação social e a emancipação social. Já, a partir do século XIX, formando-se uma convergência entre a modernidade e capitalismo, houve uma transformação das energias emancipatórias em energias regulatórias (Santos, 2002, p. 56-57). O paradigma da modernidade passou a apoiar-se em dois grandes instrumentos de racionalização da vida coletiva: a ciência moderna e o direito estatal moderno (Santos, 2002, p. 51).

A ciência moderna, em resumo, constitui-se em oposição ao senso comum, o qual a ciência moderna “considera superficial, ilusório e falso” (Santos, 2002, p. 107). A ciência moderna, por se basear na filosofia metafísica e sua divisão estática entre sujeito e objeto, mostra-se regulatória e segregacionista, na medida em que impõe o científico ao comum e reserva ao conhecimento técnico, desprovido de particularidade humanas e de percepções axiológicas, a posição hegemônica, ou mesmo exclusiva, do saber (Santos, 202, p. 78-85).

No tocante ao direito estatal moderno, a percepção é a de que o direito se tornou, durante a modernidade, o responsável por assegurar *tout cort* a ordem exigida pelo capitalismo, como um verdadeiro racionalizador da vida social, mostrando-se sempre como um “direito estatal científico” – Santos (2002, p. 121-122) utiliza essa expressão para demonstrar que o direito se tornou instrumental e indissociável do Estado, ou seja, o direito é apropriado pelo Estado.

Tais transformações (cientificismo e estadismo do direito) provocaram (i) a juridicização do mundo social, destruindo a dinâmica orgânica e os padrões internos de autoprodução e autorreprodução das diferentes esferas sociais; (ii) a “materialização” do direito – inflação legislativa e sobressocialização do direito; e (iii) a ineficácia do direito – regulação jurídica ineficaz ou contraproducente (Santos, 2002, p. 158).

Na modernidade, o direito atua, portanto, como um dispositivo de regulação social, de supressão de individualidades. Da filosofia de Giorgio Agamben (2014, p. 39), bem se observa a intensidade em que a formação ética dos viventes, em tal panorama, está sujeita a esses mecanismos externos que visam à sujeição dos indivíduos aos interesses do poder (e não seria exagero situar o Direito em si, como condizente com a noção de “dispositivo”, na sua

opinião do autor: “Qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”). Segundo Agamben (2014, p. 7), “não haveria um só instante na vida dos indivíduos que não seja modelado, contaminado ou controlado por algum dispositivo”, ocasionando o triunfo da *oikonomia*, ou seja, do exercício do poder pelo poder – autorreprodução do poder.

1.2 A CRISE DA MODERNIDADE, DO ESTADO E DO DIREITO E A PÓS-MODERNIDADE

O declínio do paradigma da modernidade reflete também uma crise do Estado e de suas instituições, inclusive do Direito (Santos, 2002, p. 186), consubstanciada em uma noção de desprendimento, de não pertencimento do cidadão em face do Estado contemporâneo e de não submissão a suas instituições.

Conforme acentuam Bobbio, Matteucci e Pasquino, com base nos escritos de O’Connor, enfrenta-se uma crise de legitimação do Estado contemporâneo ocasionada pela dificuldade de integração ideológica da sociedade liberal, em virtude da custosa compatibilização entre os valores da liberdade e da igualdade, principalmente diante da heterogeneidade cultural intra e interestatal. É necessário, segundo os aludidos doutrinadores, que se encontre um outro fundamento para a legitimação do Estado contemporâneo, uma vez que

a legitimação não pode assentar na crença da legalidade, como acontece em Weber; a lei universal e abstrata não pode mais referir-se a um contexto econômico e social profundamente não homogêneo e, por isso, a sua aplicação se realiza através de processos administrativos cada vez mais funcionalmente adaptados a claros interesses, que vão surgindo num aparelho produtivo amplamente diversificado. A legitimação da autoridade política do Estado tem de buscar outro fundamento. (2000, p. 404-405)

A perda de legitimação do Estado contemporâneo é também identificada nas críticas formuladas pelo comunitarismo ao liberalismo implantado na maioria dos países ocidentais, no sentido de que a neutralidade estatal que caracteriza o modelo liberal impede que os cidadãos aceitem as restrições exigidas pelo Estado de Bem-Estar Social – modelo que, saliente-se, está em processo de

aparente superação nos países desenvolvidos. Kymlicka assim sintetiza a crítica formulado pelo comunitarismo:

Esse “distanciamento” da forma de vida compartilhada da comunidade significa que passamos a estar pouco dispostos a suportar os fardos da justiça liberal. Como resultado, as democracias liberais estão passando por uma “crise de legitimação” – pede-se aos cidadãos que se sacrifiquem cada vez mais em nome da justiça, mas eles compartilham cada vez menos coisas com aqueles pelos quais estão se sacrificando. Não há nenhuma forma de vida compartilhada subjacente às exigências do Estado neutro. (2006, p. 290)

Um pouco além das críticas formuladas pelo comunitarismo, Rosanvallon (1997 p. 95), ao dissertar sobre a crise do Estado-providência, assevera que “não há mais nenhum meio, para os indivíduos, de ver a relação entre os descontos individuais e sua utilização coletiva”, apresentando-se a crise como o sinal de um déficit de identidade cultural.

No Brasil, embora não haja dúvida de que o Estado Social não foi implementado, a despeito da opção do poder constituinte originário (Streck, 2013, p. 88), o Estado fiscal foi completamente aperfeiçoado, exigindo-se dos cidadãos uma das mais altas cargas tributárias do mundo. Certamente, em tal contexto, há uma acentuada perda da identificação dos cidadãos com o Estado e a decorrente crise de legitimação de suas instituições.

Ora, se, para os pagadores de tributos (ou seja, para aqueles que detêm considerável renda, componentes da minoria na sociedade brasileira), há a perda da identificação com o Estado nos moldes anteriormente delineados, existe um outro fator de deslegitimação do Estado e de suas instituições perante os “não pagadores de tributos”, os excluídos.

Sob o prisma dos excluídos, Moysés Pinto Neto (2010, p. 137-141) sustenta não ser possível fundamentar o Estado e o Direito na ideia do contrato social, pois tal seria capaz de explicar a existência daqueles que estão fora desse pacto – sem direito, em estado de “vida nua” – sem qualquer razão justificável, advogando a tese de que há uma verdadeira matriz oculta no Direito da modernidade.

A exclusão não decorreria, segundo Pinto Neto (2010, p. 141-143), de mera falta de acesso à justiça, mas de um estado de “não direito”, que corresponde

a um *status quo* vivenciado por grande parte da população mundial. Se o que legitima o pacto social é a existência de um suposto consenso entre as partes, não poderá considerar legítimo um contrato que exclui, fatalmente, alguns. A apontada incompatibilidade é potencializada quando se percebe que são justamente os excluídos que sofrem uma maior intervenção do poder estatal, precipuamente na esfera penal.

Para Pinto Neto (2010, p. 143-149), a solução não estaria em uma correção, em uma mera ampliação do acesso à justiça, pois, entre outros fatores, (a) a crescente formalização de direitos provocaria a extensão do controle sobre a vida, enquanto, na verdade, não seria possível formalizar a vida, pois a vida seria justamente aquela relação não formalizada, decorrente do natural; (b) a “vida nua”, despida de direitos, seria um efeito, não um defeito da formalização, ou seja, o aparecimento dos excluídos não seria um defeito do sistema, mas, sim, um efeito perverso que a formalização da vida gera.

Por outro lado, no atual estágio da civilização, não se apresenta cogitável a ideia de extinção do Estado e do Direito para a emancipação dos excluídos.

Sigmund Freud (2010, p. 54-55), em meio à transição dos séculos XIX e XX (momento de rupturas essenciais e de convergência entre ápices e esfacelamentos da modernidade – Cf. Baumer, 1990), já vaticinava sobre as origens psíquicas do pacto social e, logo, do surgimento das comunidades. Segundo o autor, em um estado pré-civilizatório (ou aculturado), os homens não sofreriam qualquer limitação externa ao exercício de sua liberdade, podendo livremente buscar os meios de prazer e alívio da dor – felicidade. Esse estado de ausência de uma autoridade externa provocava o não desenvolvimento do supereu e da consciência moral, de modo que se poderia afirmar que se vivia em um estado de liberdade plena.

Todavia, o estado selvagem do homem primitivo – por não haver a autoridade externa e o desenvolvimento do supereu e da consciência moral, faltavam ao homem aculturado os mecanismos de contenção dos impulsos – acabava por impedir a realização plena da felicidade, uma vez que submetido a diversas intempéries naturais e humanas, estas consubstanciadas em constantes agressões, com redução da tranquilidade e tempo de vida. Paradoxalmente, pode-se afirmar que, sendo a liberdade, na época, um atributo absoluto, não se poderia falar em liberdade (Freud, 2010, p. 54-55).

Urge, assim, um repensar radical sobre a ciência moderna e o direito moderno, tão radical que pode ser considerado como um “des-pensar”. Esse “des-pensar” do direito seria mais importante e urgente em três áreas: Estado nacional *versus* sistema mundial (dicotomia direito nacional-direito internacional), Estado-sociedade civil *versus* sociedade política (dicotomia direito público-direito privado) e utopia jurídica *versus* pragmatismo utópico (dicotomia direito mantenedor-direito transformador), nos termos delineados por Santos (2002, p. 186-187).

Em uma das sugestões para a superação do paradigma da modernidade, Santos (2002, p. 220-221) propõe uma “cartografia simbólica do direito” como a via possível de acesso a uma concepção pós-moderna do direito, pois permitiria vulgarizar e trivializar o direito, abrindo caminho para um novo senso comum jurídico.

Santos (2002, p. 207-208) sustenta que circulam na sociedade várias formas de direito ou modos de juridicidade, distinguindo-se pelo tamanho da escala com que regulam a ação social e consistindo em um modo de pluralismo jurídico, diferente daquele estudado e teorizado pela antropologia jurídica, pois se trata, na verdade,

da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajetórias pessoas e sociais, quer na rotina morna do quotidiano sem história. (2002, p. 221)

É a partir de pesquisas de sociologia do direito realizadas em Cabo Verde, local em que a justiça popular era organizada de modo a envolver ao máximo as comunidades locais, incorporando, sempre que possível, o “direito local” (costumes, práticas, etc.), que Santos (2002, p. 209) cria a noção de “interlegalidade”, entendida como uma relação complexa entre dois direitos, dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico.

No paradigma da pós-modernidade, é assim que se forma o espectro pelo qual se formará um novo senso comum jurídico, partindo de uma concepção de direito autônoma da que é produzida pelo Estado-instituição (Santos, 2002, p. 222).

Valorizando-se as subjetividades, reduz-se a regulação, privilegiando-se a emancipação. Em modo similar, para Agamben (2014, p. 44-45), a restauração das subjetividades perpassaria um instrumento que chama de profanação, um contradispositivo, um procedimento de “contrassacrifício” capaz de restituir ao indivíduo o controle do ético. Esse resgate do ético, com a anulação dos dispositivos que cegam a atuação da consciência moral, perpassa a consideração do outro, o resgate de um sentimento “da existência do amigo no sentimento da existência própria”, formando-se uma realidade política intersubjetiva própria (Agamben, 2014, p. 67).

A essencialidade da retomada da subjetividade é destacada por Hannah Arendt quando, ao tratar dos julgamentos pós-guerra, exige a preservação do ético como elemento dispensável para se evitar a banalização do mal, a consideração do outro como sujeito de direitos, não como mero objeto:

O que exigimos nesses julgamentos, em que os réus cometeram crimes “legais” é que os seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo o que têm para guiá-los seja apenas seu próprio juízo, que, além do mais, pode estar em conflito com o que eles devem considerar como opinião unânime de todos a sua volta. E essa questão é ainda mais séria quando sabemos que os poucos que foram suficientemente “arrogantes” para confiar em seu próprio julgamento não eram, de maneira nenhuma, os mesmos que continuavam a se nortear pelos velhos valores, ou que se nortearam por crenças religiosas. [...] Os poucos ainda capazes de distinguir certo e errado guiavam-se apenas por seus próprios juízos, e com toda liberdade; não havia regras as quais se conformar, as quais se pudessem conformar os casos particulares com que se defrontavam. Tinham de decidir sobre cada caso quando ele surgia, porque não existiam regras para o inaudito. (1999, p. 318)

A destruição da intersubjetividade que permite a consideração do outro – ou, como prefere Zizek (2015, p. 190), “além do rosto do outro” – e que poderia contemplar, em revolução, a formação da política da amizade a que alude Agamben (2014, p. 55-71) atinge a própria fonte de liberdade do indivíduo (o

nascimento do homem e a sua capacidade de começar de novo), destruindo a capacidade de adquirir convicções, de formação do ético, de subjetividades; é o ápice do processo de dessubjetivação ocasionado pelos dispositivos, que marca os regimes de grande exclusão pela violência (Arendt, 2014, p. 616-620).

Portanto, no novo paradigma em formação, o pilar emancipatório deve visar à redução do cientificismo e do estadismo do Direito, transformando-o em um Direito modificador do *status quo*.

Em tal perspectiva pós-moderna, a justiça restaurativa deve ser pensada como um modo de superação do desafio de conjugar regulação e emancipação, restrição e liberdade, visando a dar voz aos excluídos e resgatar a legitimidade do Estado e de suas instituições.

2 OS MODELOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PÓS-MODERNIDADE: O PROCESS-FOCUSED MODEL

A justiça restaurativa apresenta-se teoricamente em distintos modelos e concepções.

Para o objetivo do presente estudo, é importante que se exponham dois modelos antagônicos, um que originará uma justiça restaurativa estatal e outro que trará a lume uma justiça restaurativa comunitária.

Pallamolla (2009, p. 78-84) identifica, no plano teórico, dois grandes modelos sobre a posição da justiça restaurativa frente à justiça estatal (não obstante os apresente sob uma perspectiva redutora, em cotejo com o sistema penal, exclusivamente): o centrado no processo e aquele focado nos resultados.

O modelo centrado nos processos (*process-focused model*), segundo Pallamolla,

está de acordo com a definição de Marshall, que enfatiza o processo e estimula o empoderamento das partes (vítima, ofensor e comunidade) para resolverem seus problemas de forma cooperativa, através de encontros face a face. Este modelo, por ser cooperativo, depende da voluntariedade das partes em querer participar. Não se aceita que o processo restaurativo seja imposto pelo Judiciário ou que este imponha uma sanção, mesmo que contenha finalidades restaurativas. Seus representantes são contra a participação de profissionais ligados ao

direito e de autoridades nos processos e costumam ocupar-se de casos que são derivados ou divertido (*diversion cases*) do sistema de justiça criminal para programas de mediação, conferências comunitárias e círculos de pacificação/cura. A finalidade deste modelo é permear e transformar o sistema de justiça criminal de forma gradual. (2009, p. 79)

Como se vê, para os adeptos do modelo centrado nos processos, não se admite, na justiça restaurativa, a ingerência do Estado, embora se permita uma fiscalização para evitar abusos ou violações de direitos – justificar-se-ia a intervenção estatal, por exemplo, em uma situação em que o processo restaurativo redundasse na obrigação de doação de um órgão (e, nesse condão, sobre desjudicialização e desjudicialização, vale conferir resumo da doutrina portuguesa atinente ao tema, exibido em Robalo, 2012, p. 39-45).

Por outro lado, o modelo centrado nos resultados não só admite, mas recomenda a intervenção estatal, pois dá ênfase à reparação da vítima, ainda que por meio de uma sanção imposta pelo juiz. Ainda com Pallamolla,

ocorre que os defensores desta tendência, buscando ampliar seu uso para delitos mais graves, defendem que a adoção dos processos restaurativos prescindia da voluntariedade das partes e que se possibilite, inclusive, a utilização de sanções restaurativas (impostas pelo juiz). Neste modelo o Estado também supervisiona o processo e o juiz pode, até mesmo, indeferir as decisões alcançadas, caso sejam incompatíveis com os valores restaurativos. (2009, p. 80)

Em um primeiro momento, essa dicotomia demonstra que a justiça restaurativa não está ligada, ontologicamente, ao direito estatal.

Em um segundo momento, essa exposição sucinta dos modelos centrados no processo e nos resultados já demonstra que o primeiro se apresenta mais condizente com o paradigma da pós-modernidade, na medida em que dissocia a justiça restaurativa do aparato estatal.

Passando-se às distintas concepções da justiça restaurativa, pode-se, ainda com Pallamolla (2009, p. 53-59), falar em três concepções de justiça restaurativa, que, na verdade, têm como marca distintiva a ênfase, a indicação do ponto

essencial desse modelo de justiça: a concepção do encontro, a concepção da reparação e a concepção da transformação. Para os defensores da concepção do encontro, a justiça restaurativa é um espaço de reduzida ação estatal, limitada à figura do facilitador, proporcionando que os envolvidos na controvérsia ganhem participação ativa em sua resolução. Na concepção da reparação, a minimização ou a supressão do dano ocasionado à vítima é o fundamento da justiça restaurativa. Já, para a concepção da transformação, a justiça restaurativa é um verdadeiro modo de vida, capaz de modificar as relações sociais, reduzindo ou remodelando o atomismo liberal, a fim de fazer preponderar visões solidárias em detrimento de percepções egocêntricas sobre a vida.

Ou seja, uma das concepções de justiça restaurativa enfatiza o seu aspecto transformador da sociedade, dissocia a ideia de justiça restaurativa de uma concepção complementar da justiça criminal, compreendendo que, na verdade, está-se a tratar da superação de um paradigma regulador, redutor das liberdades, estatizante.

Por meio dessa justiça restaurativa libertadora, desestatizada – o modelo centrado nos processos em sua concepção de transformação –, possibilita-se a existência, nos mesmos moldes propostos por Cappelletti e Garth (1988, p. 115-120) para os nominados “tribunais de vizinhança ou sociais”, de “um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes – embora da maior importância para aqueles indivíduos”, bem como a criação, ainda com os citados autores, de relações interpessoais saudáveis, na mesma perspectiva dos “tribunais populares” da China e do modelo de “autogestão na administração da justiça” na Polônia.

A justificativa de um maior envolvimento da comunidade, com o proporcional afastamento do Estado, encontra ainda as seguintes justificativas, bem delineadas por Da Fonseca Rosenblatt:

Sob o ponto de vista restaurativo, o crime afeta uma relação tripartida entre o infrator, a vítima e a comunidade (Gormally, 2002). O ideal, portanto, é que os processos restaurativos tragam essas três partes em comunicação para que elas definam, coletivamente, o dano provocado pelo delito; e depois, juntas, desenvolvam um plano de reparação desse dano (McCold, 2000). Uma das premissas da justiça

restaurativa, portanto, é que a comunidade tem de ser envolvida em processos restaurativos. Mas por que, precisamente, devemos envolver a comunidade? Nesse artigo iremos nos restringir à análise das seguintes justificativas típicas: (1) porque os conflitos também pertencem à comunidade (e não apenas à vítima, ao infrator e/ou ao Estado); (2) porque a comunidade deveria desenvolver habilidades para resolver os seus próprios conflitos/problemas (e, assim, depender menos do Estado e seus profissionais); e (3) porque membros leigos da comunidade são mais indicados (do que os profissionais da justiça criminal) para a execução de algumas tarefas relacionadas à prevenção do crime e à reintegração do infrator (e da vítima). (2014, p. 45-46)

Vale ressaltar, em reforço à preferência que deve ser conferida ao modelo centrado nos processos em sua concepção de transformação, que, no paradigma da modernidade, “um dos processos que levaram a que o equilíbrio entre regulação e emancipação fosse quebrado a favor da regulação consistiu na redução da política a uma prática social sectorial e especializada e na rígida regulação da participação dos cidadãos nessa prática” (Santos, 2002, p. 113). Em outros termos, o modelo e a concepção indicados são capazes de evitar, no atual paradigma, que aconteça, tal qual na modernidade, a absorção da emancipação pela regulação.

Além disso, uma justiça restaurativa desestatizada e comunitária é capaz de dar amplitude e reconhecimento ao pluralismo da sociedade do século XXI. Ao lado do pluralismo político, reconhecido formalmente com bastante facilidade no Estado contemporâneo, possibilitar-se-ia o surgimento de um verdadeiro pluralismo jurídico, condizente com o paradigma da pós-modernidade. A desestatização do direito faz aproximar a Justiça do paradigma da pós-modernidade, pois “uma das expressões mais incisivas do pensamento jurídico crítico é a contestação da exclusividade do direito estatal e a defesa da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço geopolítico” (Santos, 2011, p. 115).

Tal pluralidade, conceituada por Santos como “novíssimo pluralismo jurídico”, condiz ainda com o paradigma da pós-modernidade na medida em que abarca as perspectivas de um constitucionalismo transformador (2011,

p. 116), como o é o constitucionalismo brasileiro (Streck, 2013, p. 144-145), que visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que se garanta o desenvolvimento nacional, mas que, igualmente, erradique a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, incisos I, II, III e IV, da Constituição.

CONCLUSÃO

Está-se diante de uma fase transitória, de superação do paradigma da modernidade, fundado nos pilares da regulação e da emancipação e marcado pela absorção do segundo pelo primeiro. A subjugação do pilar do conhecimento-emancipação pelo conhecimento-regulação culminou com a consideração do Direito como um dos principais responsáveis por assegurar *tout cort* a ordem exigida pelo mercado, como um verdadeiro racionalizador da vida social, ou seja, o Direito se tornou instrumental e indissociável do Estado.

Pode-se observar que o declínio do paradigma da modernidade está relacionado a uma crise do Estado e de suas instituições, trazendo uma noção de desprendimento, de não pertencimento do cidadão em face do Estado contemporâneo e de não submissão a suas instituições.

Sob as vestes do novo paradigma, urge um repensar radical sobre a ciência moderna e o direito moderno, tão radical que pode ser considerado como um “des-pensar”.

No campo do Direito, esse “des-pensar” deve permitir a vulgarização e a trivialização do Direito, abrindo caminho para um novo senso comum jurídico. Na verdade, o Direito passa a ser compreendido por meio de suas variadas formas e seus modos de juridicidade que circulam na sociedade, distinguindo-se pelo tamanho da escala com que regulam a ação social e consistindo em um modo de pluralismo jurídico, diferente daquele estudado e teorizado pela antropologia jurídica. Essa é a não de “interlegalidade” criada por Boaventura de Souza Santos, entendida como uma relação complexa entre dois direitos, dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. No paradigma da pós-modernidade, forma-se, assim, um novo senso comum jurídico, partindo de uma concepção de direito autônoma da que é produzida pelo Estado-instituição.

Essa valorização das subjetividades locais e comunais provoca a redução do encampamento do conhecimento-emancipação pelo conhecimento-regu-

lação, com a consideração do outro como sujeito de direitos, não como mero objeto, com o resgate do sentimento de empatia que dá sustentáculo à noção de solidariedade, formando-se, desse modo, uma realidade política intersubjetiva própria.

Em tempos de surgimento do novo paradigma, a justiça restaurativa deve ser utilizada como um importante mecanismo de democratização, de libertação do Direito e da comunidade.

Para tanto, porém, é necessária uma justiça restaurativa desestatizada, comunitária, que possibilite a transformação da sociedade, com o reconhecimento social dos excluídos e a criação de relações interpessoais saudáveis, fazendo preponderar visões solidárias em detrimento de percepções atomizadas sobre a vida e devolvendo o conflito à comunidade, a fim de que se lhe dê cabo em uma perspectiva pluralista.

Não se sustenta, vale pontuar, a supressão do Estado e do Direito. A justiça restaurativa comunitária é condizente tanto com a manutenção do Estado quanto a de um Direito estatizado, inclusive do Direito Penal, que poderia ser reservado aos casos realmente graves (compatibilização com o caráter fragmentário do Direito Penal) e que refletissem a lesão a um bem jurídico que suplante o interesse da comunidade local.

Uma justiça restaurativa desestatizada atenderia ao reclamo democrático de uma justiça desburocratizada, sem respostas prontas e não estigmatizante.

A proposta defendida aproxima-se, portanto, de um modelo chamado de *backup model*, na medida em que permitirá que a justiça estatal, não só o Direito Penal, atue de forma residual, ou seja, somente nos casos em que o conflito transborde os interesses comunitários e/ou que o grau de lesividade da conduta justifique a transferência da controvérsia para a jurisdição institucionalizada.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O amigo & O que é um dispositivo?* Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014.

ARENDR, Hannah. *Eichmmam em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *As origens do totalitarismo*. 5. ed. Trad. Roberto Raposo. Alfragide: Dom Quixote, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Ed. 70, v. 2, 1990.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 2000.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DA FONSECA ROSENBLATT, Fernanda Cruz. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal & Violência*, v. 6, n. 1, p. 43-61, 2014.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na cultura*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1991.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NETO, Moysés Pinto. A matriz oculta do direito moderno: crítica do constitucionalismo contemporâneo. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n. 17, p. 131-152, 2010.

PALLAMOLLA, Rafaela de Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Universidade de Brasília, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1989.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política & teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 1999.

ZIZEK, Slavoj; GUNJEVIC, Boris. *O sofrimento de Deus: inversões do Apocalipse*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

Submissão em: 27.08.2015

Avaliado em: 15.06.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.06.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 24.11.2017

O DIREITO À SAÚDE E O CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO - A NECESSIDADE DE ABERTURA AO INTERCÂMBIO DE VISÕES E INFORMAÇÕES

THE RIGHT TO HEALTH AND CONSTITUTIONALISM COOPERATIVO - OPENING THE NEED OF VIEWS AND INFORMATION

Flávia Martins Affonso¹

Doutoranda na Universidade Federal Fluminense (UFF, Niterói/RJ, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos humanos; direitos fundamentais; direitos sociais; teoria da justiça.

RESUMO: Partindo por premissa a classificação do direito à saúde como fundamental e humano, buscou o artigo desenvolver a ideia da necessidade de abertura do diálogo pelo Judiciário, como requisito de fundamentação da sentença, tanto entre os órgãos quanto social, quando houver a cumulação dos requisitos da lacuna legal e insuficiência do discurso jurídico, no caso de lides em que se discuta a incorporação de tecnologia no âmbito do sistema público de saúde. Por fim, o desenvolvimento do tema não fugiu da discussão, no âmbito coletivo, de que o critério de distribuição

da saúde passa umbilicalmente pela controvérsia de aplicação do melhor critério de justiça.

ABSTRACT: *The article will seek to develop the idea of the need to open dialogue by the judiciary to respect the purpose of validity of sentence, when there is gap in the law and lack of legal discourse on trial demand health. We can't forget, however, the right classification to health as fundamental and human and the supply passes through the discussion of best criterion of justice.*

PALAVRAS-CHAVE: direito à saúde; direito fundamental e humano; lacuna legal; insuficiência do discurso jurídico; necessidade de abertura do diálogo; requisito para fundamentação da sentença.

¹ Advogada da União. Mestrado no Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP (Curso Constituição e Sociedade). Especialização em Processo Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público e pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em "Globalização, Justiça e Segurança Humana" pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Ex-Advogada da Caixa Econômica Federal. E-mail: flaviamaffonso@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5166078995252537>>.

KEYWORDS: *right to health; hybrid nature; individual and collective; legal loophole; insufficiency of legal discourse; dialog opening necessity; requirement for the statement of reasons.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do direito à saúde como direito fundamental e humano; 2 Ações de saúde como quebras de paradigmas da base de construção do pensamento da sociedade moderna; 3 Do conceito de integralidade no SUS e o processo de incorporação de tecnologia; 4 O constitucionalismo cooperativo – A pluralização do debate como mecanismo para melhor resolução dos conflitos na sociedade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The right to health as a fundamental human right; 2 Health actions as paradigm breaks from the basis of modern thinking's construction of society; 3 The concept of integrality in SUS and the process of technology incorporation; 4 The Cooperative Constitutionalism – The pluralization of debate as a mechanism for better resolution of conflicts in society; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe, precipuamente, a questionar qual deve ser a postura do Judiciário na análise de ações que versam sobre políticas públicas de direito sanitário, em razão do déficit de conhecimento e legitimidade desse poder, que, ao mesmo tempo, não pode se escusar da prolação de sua decisão (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988).

Em razão desse déficit de conhecimento e ao mesmo tempo da necessidade de se assegurar o acesso à justiça, com o pressuposto de estarmos diante de um direito fundamental, a saúde, que possui natureza híbrida, individual e coletiva, o artigo buscará traçar o caminho que entende mais adequado e harmônico para a atuação judicial.

Tendo o pano de fundo citado e por análise que o tema envolve verdades extrajurídicas, aponta a pesquisa a necessidade do diálogo como requisito para a inovação pelo Judiciário da política pública de saúde. Poder-se-ia questionar, então, quais tipos de diálogos poderiam ser travados, e a solução apresentada pelo trabalho é a da pluralização do debate tanto entre órgãos quanto pela manifestação social, esta última por meio de audiência pública.

O trabalho tem como objetivo geral estabelecer a solução do diálogo como requisito de fundamentação da decisão quando patente a natureza coletiva, o déficit democrático e a ausência de domínio da matéria, e apresentar

soluções de prestígio à pluralização do debate quando afetadas políticas públicas, diante da natureza transindividual do Direito à saúde, demonstrando a imprescindibilidade de redução de sua judicialização como forma de sua efetivação no campo coletivo.

Até porque a discordância, em uma sociedade plural, assim como a eleição de mecanismos de escolhas leva à maturidade da cidadania e democracia, que não pode ser suprimida pelo pioneirismo do Judiciário.

Não desconsidera, porém, a imaturidade democrática nacional, o que influencia inclusive o nosso Judiciário, e tem por origem histórica a própria forma de constituição da República Federativa do Brasil.

Fabio Konder Comparato, no prefácio da obra *A República inacabada*, de Raymundo Faro, nos alerta que o engano democrático no Brasil é fazer do povo soberano não o protagonista do jogo político, como exige a teoria e determina a Constituição, mas um simples figurante, quando não um mero expectador, sendo assim olhado pelos “donos do poder”.

Na mesma obra, Raimundo Faro faz um retrato de como nasceu o Estado Nacional brasileiro, de uma tradição absolutista com uma forma liberal, isso para cooptar interesses econômicos diferentes, vindo resgatar, na obra de Lima Sobrinho², o que Hipólito José da Costa³ receitava:

Ninguém deseja mais do que nós as reformas úteis; mais ninguém aborrece mais do que nós, que essas reformas sejam feitas pelo povo; pois conhecemos as más consequências desse modo de reformar; desejamos a reforma, mas feitas pelo governo, e urgimos que o governo as deve fazer enquanto é tempo, para que se evite serem feitas pelo povo.

O surgimento dos direitos de segunda e terceira gerações passou a evidenciar que, no regime democrático, o campo de conhecimento do Direito deve ser trabalhado junto ao da Política. Isso porque a aparente neutralidade

² LIMA SOBRINHO, B. *Antologia do correio braziliense*. Rio de Janeiro: Cátedra/MEC, 1977. p. 79-80. Apud FAORO, Raimundo. *A República inacabada*. Organização e prefácio Fabio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2007. p. 109.

³ Hipólito José da Costa Pereira Furtado de Mendonça foi um jornalista, maçom e diplomata brasileiro, patrono da cadeira 17 da Academia Brasileira de Letras.

que lhe foi emprestada mostrou-se falha, apesar de servir a um objetivo de pacificação social e reconhecimento da estrutura do Estado.

Adotará o estudo a investigação jurídico-dogmática, pois, apesar de o Direito não trabalhar com fontes iguais às das ciências exatas, as respostas aos problemas jurídicos que se podem formular muitas vezes excedem ao que pode dizer a lei, e como métodos o dogmático, indutivo e histórico.

Quanto ao tipo de pesquisa, será adotada a pesquisa dogmática ou instrumental, por buscar verificar a coerência do sistema jurídico e de seus elementos, analisando o tripé básico: legislação (incluindo projetos de lei), doutrina e jurisprudência.

Isso porque, partindo da legislação atual, e, com o estudo de nossa jurisprudência, que busca interpretar essa legislação, analisar-se-á a nossa doutrina jurídica, que comenta os dois primeiros itens, buscando o desenvolvimento de estudos acerca do caráter da natureza híbrida do direito à saúde e a instrumentalidade do processo e da adequação do rito para discussão da questão, propondo a pluralização do debate como mecanismo para melhor resolução dos conflitos na sociedade.

Por sua vez, serão utilizadas, no âmbito deste trabalho, as técnicas de pesquisa e levantamento, tanto do momento pré-normativo quanto do momento normativo e do momento pós-normativo, a pesquisa bibliográfica, cuja doutrina servirá de base para a discussão do problema de pesquisa, sem prejuízo da realização de uma análise crítica do pensamento dos autores, e a técnica documental enquanto meio de coleta de informações atualizadas com relação aos dados referentes ao objeto da pesquisa, com busca a ser feita na jurisprudência, na legislação, nos dados e nas notícias de forma original.

Assim, terá como fontes de pesquisa a bibliográfica, na forma de livros, periódicos, revistas, publicações, imprensa escrita, artigos e textos obtidos de forma eletrônica, bem como estudo de caso, tendo-se por objeto a jurisprudência pátria.

No seu item 1, o artigo trata da natureza jurídica do direito à saúde, e o classifica de fundamental e humano, o que demonstra a sua necessidade de proteção pelo Judiciário, que não pode se escusar do seu julgamento, ainda que a matéria seja dotada de conceitos técnicos desconhecidos da linguagem jurídica.

Por sua vez, no seu item 2, busca o artigo demonstrar a razão da dificuldade de o Judiciário trabalhar com as ações de saúde quando não previstas em políticas públicas, por representarem quebras de paradigmas da base de construção do pensamento da sociedade moderna, em razão dos seguintes pontos: a) a insuficiência do sistema jurídico para cuidar da matéria; b) a necessidade de abertura do Judiciário ao diálogo, com as esferas administrativas ou, mesmo, sociais; c) ilegitimidade do Judiciário na elaboração de políticas públicas; d) natureza híbrida do direito à saúde, coletiva e individual.

No item 3, “Do conceito de integralidade no SUS e o processo de incorporação de tecnologia”, busca demonstrar o artigo que já existe uma previsão legal do que deve ser fornecido ou não, e que, para a superação do critério escolhido pelo Legislativo, deve se valer o juiz, também, de critérios que legitime a sua decisão de caráter, por princípio, essencialmente antidemocrático.

Por fim, no item 4, o artigo vai apontar como formas legitimadoras a pluralização do debate por meio de um constitucionalismo cooperativo.

O direito sanitário exige humildade do operador, que terá como balizas a insuficiência de conhecimento e necessidade de diálogo, não só pela natureza transindividual do direito à saúde, bem como em razão do conhecimento interdisciplinar que a matéria exige, quando se deve permitir a participação de diversos interessados no processo.

Nesse sentido, buscará olhar o juiz não com a simbologia de Hércules, mas o qualificando como ser falível e desconhecedor de conceitos médicos, apresentando como solução a necessidade do diálogo como critério norteador do processo.

1 DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO

O direito à saúde deve ser classificado como direito social, não podendo ser esquecida a sua natureza de fundamental e humano, com aplicabilidade, nesse sentido, imediata.

Diferente dos direitos de liberdade, considerados de natureza negativa, caracterizados como preceitos de aplicabilidade imediata contra a intervenção do Estado na esfera jurídica individual, o direito à saúde, enquadrado no âmbito dos direitos à igualdade, deve ser visto como pretensão a uma prestação positiva do Estado.

No direito comparado, porém, esse pensamento não se mostra pacífico. Em Portugal, a doutrina majoritária se estabeleceu no sentido de que o direito econômico e social, previsto na Constituição, vem constituir norma programática, sujeito à reserva do possível. Para haver a configuração do direito subjetivo, deveria existir a necessidade de previsão legal⁴.

No Brasil, a tendência é o desenvolvimento da tese de que o direito à saúde constitui direito subjetivo pleno, deixando as normas de serem programáticas para gozarem de aplicabilidade direta.

Os direitos sociais, conhecidos como de segunda geração, surgiram em razão de necessidade de minoração de problemas acarretados pelo sistema capitalista, pós-Revolução Industrial do século XIX, atrelados à grande concentração de renda, exploração da classe trabalhadora, desemprego em massa, cinturões de miséria e grande excedente de mão de obra, quando se constatou a falência da fórmula de igualdade formal perante a lei, levando à necessidade de intervenção do Estado como forma de proteger a classe mais hipossuficiente. Também, para o seu surgimento, não se pode desprezar a ameaça da teoria marxista e revolução socialista, com abalo na paz daquele sistema econômico⁵.

A esse Estado demos a qualificação de “social”, “Estado Social”, pois visa assegurar não mais aquela igualdade puramente formal, utópica, concebida pelo

⁴ Nesse sentido, artigo do Jurista Jorge Reis Novais, “Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa” a respeito do pensamento dominante do Direito português, apesar de sua crítica à doutrina majoritária, que entende que a norma constitucional de garantia de um direito social traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização; todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Relevante ressaltar, porém, que o pensamento de Jorge Reis Novais não acompanha o posicionamento majoritário da doutrina portuguesa, esboçando o entendimento de que o único critério constitucional operativo para distinguir entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais não é um critério material, atinente à relevância, mas um critério essencialmente estrutural, atinente à diferente determinabilidade de conteúdo e natureza dos deveres estatais da correspondente realização. Assim, assevera que a intenção constituinte de tratar privilegiadamente os direitos de liberdade relativamente aos direitos sociais é uma impossibilidade lógica porque a Constituição não pode dar aos direitos, às liberdades e às garantias mais proteção do que a que lhes é devida pela sua natureza constitucional, tal como, e em contrapartida, não pode dar aos direitos sociais menos que essa mesma proteção constitucional, pregando que a proteção devida a direitos de liberdade e direitos sociais tem de ser, no fundo, exatamente a mesma (NOVAIS, Jorge Reis. Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JRN_MA_8782.doc>. Acesso em: 20 fev. 2014, às 16h14).

⁵ HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano XXI, n. 55, nov. 2001.

Liberalismo, mas procura conferir igualdade material, permitindo que os mais desfavorecidos tivessem acesso à escola, à cultura, à saúde, à participação, etc.⁶.

No Brasil, os direitos sociais encontram-se consagrados no art. 6º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. São eles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Existem duas formas de compreender, sob o prisma da teoria constitucional, a relação da democracia e a igualdade material, o que levará à consideração do direito social como fundamental ou não⁷.

Por um primeiro aspecto, a justiça social e, portanto, a realização de um contexto favorável à concretização dos direitos sociais é objetivo a ser alcançado pela participação popular. Assim, por esse primeiro ponto de vista, a democracia deve realizar a concretização de um determinado projeto social, cabendo ao Judiciário o controle de eventuais abusos ou omissões dos demais poderes, mas não a concretização autônoma e imediata do projeto.

Pela segunda posição, os direitos sociais não seriam objetivos da democracia, mas suas condições de possibilidade, tornando-se passíveis de concretização direta pelo Poder Judiciário em caso de omissão estatal. Nesse sentido, o ativismo judicial no campo social não representaria uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para a sua efetiva manifestação.

Assim, como base nesses dois pressupostos, podemos estabelecer os dois enfoques de atuação da jurisdição constitucional. O primeiro, à espera de atuação do Poder Legislativo, com atuação no controle de constitucionalidade sob o aspecto mais negativo; pelo segundo, entendendo os direitos sociais como possibilidade de efetividade da democracia, exigindo uma atuação mais ativa

⁶ Como nos ensina o Jurista Alvaro Ciarlini, em sua obra *Direito à saúde*, coube a essa nova realidade política e social estabelecida pelo Estado Social de Direito o intento de balizar um sistema coerente de sobrevivência entre dois valores aparentemente contraditórios: a igualdade jurídica e a liberdade individual. Assim, somente com a conciliação dessas duas posições, a princípio inconciliáveis, as garantias estatuídas em um Estado de Direito poderiam ser levadas a sério (CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde - Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61).

⁷ Sobre o tema, Souza Neto, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

da Corte Constitucional quando da inércia do Legislativo ou até mesmo do Executivo.

Para essa última visão, só haveria democracia em um contexto de igualdade material razoável, não funcionando essa como finalidade daquela, mas como sua condição. Trata-se de uma relação entre democracia e igualdade, conforme proposta de Rousseau⁸, para quem somente a igualdade material possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder político e o considerem igualmente legítimo.

A classificação do direito social como fundamental permite que, na ausência ou insuficiência da política pública apresentada, ou mesmo na falta de cumprimento da já estabelecida, possa o cidadão individualmente ou mesmo o legitimado extraordinário ajuizar ação pleiteando o correto fornecimento da prestação do serviço.

O reconhecimento da saúde como direito fundamental foi influenciado pelo movimento sanitarista mundial e, para tanto, contribuíram os seguintes fatores: a criação da Organização das Nações Unidas de 1945 e posterior elaboração da Constituição da Organização Mundial de Saúde, em 22 de julho de 1946, na cidade de Nova Iorque, com entrada em vigor em 7 de abril de 1948; a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 25, item 1), de 1948, assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948; assim como o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966, ratificado pelo Brasil somente em 24 de janeiro de 1992 (art. 12 - 1 e 2), e o reconhecimento da saúde como direito no Brasil, na Constituição de 1988, tanto no art. 6º quanto no Capítulo II do Título VIII que trata da ordem social, especialmente Seção II, que cuida especificamente da saúde, nos seus arts. 196 a 200.

A partir desse marco, passaram a serem elaborados inúmeros diplomas legais a respeito do direito sanitário: Leis nºs 8.080 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142, ambas de 1990; Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; Lei nº 9.782, de 1999 (Anvisa); Lei nº 9.656, de 1988 (Saúde Suplementar); Lei nº 10.972, de 2004 (Hemobrás); Lei nº 11.105, de 2005 (Lei de Bioética), além de inúmeros regulamentos infralegais.

Recentemente, como importantes marcos legais, temos a Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990 para dispor sobre a assistência

⁸ ROUSSEAU, J.-J. *Do contrato social*. 2. ed. Trad. Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul Arbusse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, assim como o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências.

Afirmar ser o direito à saúde fundamental não leva, todavia, ao extremismo que se deva tudo, sob o risco de também virmos a prejudicar o mesmo direito fundamental dos demais indivíduos.

Deve haver um esforço dos pensadores jurídicos em achar o ponto de equilíbrio entre a negação da normatividade e a tendência de, em nome dos direitos sociais, se assegurar praticamente tudo. E esse ponto de equilíbrio representa o limite de atuação do Poder Judiciário.

Por sua vez, o direito à saúde, essencialmente ligado ao direito à vida, também deve, além de direito fundamental, ser classificado como humano.

A diferença básica seria que, enquanto os direitos humanos corresponderiam valores superiores mínimos a serem alcançados, pelos Estados, na proteção do homem, estando associados à ideia de dignidade da pessoa humana⁹, não observando fronteiras entre os Estados, mas alçados ao patamar de proteção do direito internacional público, os direitos fundamentais seriam aqueles valores já positivados, no âmbito de cada ordenamento, estabelecendo limites à atuação destes. Nesse sentido, os direitos humanos seriam transfronteiriços, enquanto os fundamentais aqueles positivados pelas Cartas de cada Estado¹⁰.

Tendo abrangência maior que os direitos fundamentais, os direitos humanos podem ser vindicados indistintamente por todo e qualquer cidadão do planeta e em quaisquer condições, se fundamentando no valor que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência.

⁹ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A fim de corretamente dimensionar os limites da tutela constitucional à saúde, não se pode perder de vista a finalidade para a qual tal direito foi instituído. O direito fundamental à saúde nada mais é do que um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, como, em regra, são os direitos fundamentais.

A dignidade não depende das circunstâncias concretas, sendo inerente a toda e qualquer pessoa. Todos, até mesmo o maior dos criminosos, são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas¹¹. Positivando a assertiva, o art. 1º da Declaração da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

O princípio da dignidade possui tanto uma dimensão positiva quanto passiva, representando, ao mesmo tempo, limite e tarefa para os poderes estatais, sendo dotado, dessa forma, de uma natureza dúplice, autonomia da pessoa assim como sua proteção por parte do Estado.

A observância do princípio da dignidade leva a igual consideração e respeito por parte do Estado, norte que deve ser observado tanto na ordem dos direitos humanos quanto fundamentais. Assim, falar em direito fundamental à saúde implica falar em igual consideração à saúde de todos.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet vem definir dignidade da pessoa humana como¹²

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 54.

¹² *Ibidem*, p. 73.

o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

2 AÇÕES DE SAÚDE COMO QUEBRAS DE PARADIGMAS DA BASE DE CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO DA SOCIEDADE MODERNA

As ações de saúde representam algumas quebras de paradigmas da base de construção de pensamento da sociedade moderna, sendo, por esse motivo, consideradas de difícil solução, e vêm levando à perplexidade os órgãos jurídicos que lidam com a matéria.

Podemos apontar os seguintes pontos que embasam a assertiva citada: a) a insuficiência do sistema jurídico para cuidar da matéria; b) a necessidade de abertura do Judiciário ao diálogo, com as esferas administrativas ou mesmo sociais; c) ilegitimidade do Judiciário na elaboração de políticas públicas; d) natureza híbrida do direito à saúde, coletiva e individual.

Pelo primeiro ponto elencado, há a necessidade de se estabelecer uma ponte de diálogo entre as ciências catalogadas como naturais e sociais, em razão da insuficiência do sistema jurídico para tratar das ações de saúde, que envolvem, necessariamente, o conhecimento científico das ciências naturais, quando se impõe enfrentar o obstáculo ideológico iluminista, base da construção do conhecimento moderno, no sentido da separação das linguagens.

Também como quebra de paradigma temos a necessidade de abertura do processo e do próprio Judiciário, ao diálogo interinstitucional e social, cujo papel restou construído pelo dogma do afastamento acarretado pelo princípio da imparcialidade.

Essa premência se deve não só em razão da insuficiência do discurso jurídico, mas também em decorrência da ausência de legitimidade do próprio Judiciário na eleição de políticas públicas, o que vem representar outro ponto crítico, ainda mais quando estamos a falar de uma área de conhecimento em que o investimento em tecnologia representa uma constante, inclusive com a sempre existência de tratamentos experimentais.

Ademais, corroborando para o déficit de legitimidade do Judiciário, não se pode perder de vista que, ao conceder o fornecimento de algum medicamento não previsto em política pública, está a cuidar de direitos coletivos, e, ao mesmo tempo, individuais subjetivos.

O direito sanitário exige humildade do operador, que terá como balizas a insuficiência de conhecimento e necessidade de diálogo, não só pela natureza transindividual do direito à saúde, assim como em razão do conhecimento interdisciplinar que a matéria exige, quando se deve permitir a participação de diversos interessados no processo.

Em que pese a preocupação do Judiciário com a efetivação dos comandos constitucionais que assegurem o mínimo existencial para uma vida digna, o ativismo judicial – conceito que não observa um rigor técnico, porém, que vem sendo cada vez mais utilizado pela doutrina – não pode ser aquele que despreze os limites estabelecidos para os poderes e nem contrarie princípios e normas previstos expressamente na Constituição.

É verdade que o modelo do Estado do Bem-Estar Social impele o Judiciário a adotar posturas mais atuantes e, quiçá, políticas, característica que muito acentua a natureza analítica e programática de nossa Constituição. De importância questionar, contudo, até como forma de manutenção desse próprio Estado, quais seriam os limites dessa atuação, sob pena de se levar à insegurança no próprio Direito.

Lenio Streck, em sua obra *Verdade e consenso*, alerta que estamos diante de uma postura ativista quando uma decisão judicial vai além do próprio texto da Constituição, que permanece inalterado, não obstante os desrespeitos perpetrados em função das práticas das majorias, dando por exemplo a Constituição de Weimar e o Nazismo. Assim, sustenta “o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito”¹³.

Adverte mais ainda o professor que, em nome da proporcionalidade e do sopesamento entre meios e fins, assim denominada ponderação, é possível chegar às mais diversas respostas, com casos idênticos recebendo decisões diferentes¹⁴.

No que diz respeito ao direito sanitário, embora a questão se prenda mais ao conhecimento de provas técnicas, uso racional da medicina ou uma medicina baseada em evidências, ainda mantém o Judiciário um discurso principiológico pouco elucidativo, despreocupado com o sistema, e, por vezes, com a mera

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

¹⁴ *Ibidem*, p. 55.

menção de que se o médico prescritor for conveniado ao SUS, a fórmula deve ser fornecida, jogando inclusive a classe médica à sorte da pressão econômica das indústrias farmacêuticas.

Não se deve retirar do Judiciário o papel no controle de efetivação dos direitos sociais; contudo, o que se deve pretender é a melhoria do discurso, inclusive do diálogo institucional com os órgãos detentores do conhecimento técnico. É o exercício da dialética, da razão comunicativa, só que entre órgãos.

Cass Sustein e Adrian Vermeule, no artigo *“Interpretation and Institutions”*¹⁵, nos alerta sobre a cegueira do Judiciário para a consideração das instituições e de seus reflexos, ignorando a possibilidade de dinâmicas consequências. Para tanto, aponta dois mecanismos vistos principalmente como responsáveis pela cegueira institucional das teorias jurídicas: a) a primeira armadilha estaria ligada à construção de teoria com base na pergunta – “Como eu decidiria o caso se fosse um juiz?” –, não levando, portanto, em consideração que as regras de interpretação são relevantes para serem usadas por juízes, em vez de teóricos; b) a outra diz respeito a uma armadilha cognitiva, pois realizam a pergunta – “Como os juízes decidem os casos perfeitos?” –, elaborando a sua crítica da imperfeição do julgamento do juiz generalista, ao invés de: “Como juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e sua posição, em um sistema complexo de ordenação privado e público?”.

Para Sustein, a teoria interpretativa, como elaborada por seus mais hábeis praticantes, tem sido notavelmente indiferente a questões institucionais, apoiando-se na confiança nos juízes, cuja escolha careceria de consequências sistêmicas. Aponta essa consequência como tipo de patologia, produzida em razão da insistência da cultura jurídica em enquadrar a questão da interpretação, como: “O que você faria, quando confrontado com um problema desse tipo?”.

Parece não razoável que o magistrado, que não possui qualquer conhecimento médico, determine a disponibilização de remédios dos quais, muitas vezes, nunca sequer ouviu falar.

¹⁵ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Vermeule. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 156, 2. sér. The Law School – The University of Chicago. This paper can be downloaded without charge at: The Chicago Working Paper Series Index: Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=>>.

A proposição do uso de ações coletivas tem o escopo de maior consciência do reflexo interinstitucional da decisão, pois, por meio desse rito, possibilita-se uma decisão não discriminatória, geral, com a análise de uma série de variáveis, tais como: a) número de pessoas atingidas por determinada doença e que necessitam de certo remédio; b) análise de custo-benefício, ponderando-se a existência de medicamentos similares ou genéricos, mais baratos e que, porventura, apresentem resultados superiores; c) a conveniência de sua inclusão na lista do SUS; d) o impacto orçamentário; e) a fonte de custeio, entre outros aspectos.

Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os direitos a sério*¹⁶, na busca de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, utilizou a ficção de um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamou de Hércules.

De acordo com Hércules, a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razão de equidade. Os cidadãos, nesse sentido, se beneficiariam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, devendo, por isso, também assumir seus encargos. Por ser Hércules esse juiz, é capaz de desenvolver uma teoria política completa, que justifique a Constituição como um todo. Buscando a integridade do sistema constitucional como um todo, o juiz Hércules analisa as regras e aplica a solução ao caso concreto.

Não se coaduna com a realidade esse juiz, representado como filho de Zeus, que examina a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política. Até porque um juiz que não só mate o leão da Neméia como a Hidra de Lerna, capture o javali de Erimanto ou, mesmo, a corça de Cerínia dificilmente seria capaz de reconhecer sua insuficiência ao enfrentar uma matéria desconhecida, podendo tropeçar em um falso juízo sobre uma realidade que não é a sua.

Não se pode menosprezar, inclusive por sua qualidade de humano, e temente da morte, o que em nada se parece com a figura mitológica, que o

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165 e ss.

jugador, ao analisar uma ação em que se pleiteia um direito à saúde, sintase suficientemente sensibilizado a ponto de esquecer a filosofia política envolvida e que embasa o Sistema Único de Saúde – SUS, cuja máxima vem ser tratamento universal e, dessa forma, dispensado a todos de forma igualitária.

A verdade social, porém, é que a maioria pobre continua sendo desassistida, ou se vendo desfalcada por algumas decisões judiciais que privilegiam uma minoria com poder econômico, seja pelo acesso à justiça, seja por interesses de indústrias farmacêuticas, que forçam a entrada de tecnologia no SUS, livrando-se do incômodo da negociação dos preços, ou mesmo da comprovação da efetividade da tecnologia.

Por fim, no que diz respeito à natureza híbrida do direito à saúde, há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou, ainda, em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato, nem sempre se manifestando os conceitos de modo claro no plano da realidade.

É o que acontece com a tutela do meio ambiente e do consumidor. Enquanto não se verifica qualquer efeito lesivo, o direito tem configuração típica de transindividualidade; todavia, violado o preceito, poderá existir dano patrimonial correspondente no patrimônio de pessoas determinadas, ensejando tutela reparatória em favor dos lesados, cujos direitos, divisíveis e indivizualizáveis, assumem aí configuração típica de direitos individuais homogêneos. Contudo, existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria.

E, quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes e nem submetidas aos padrões conceituais preestabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente nos planos dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso.

O direito à saúde pode ser encarado sob esse prisma, com enfoque tanto subjetivo quanto transindividual. O primeiro enfoque é de fácil percepção, uma vez que cada um tem assegurado, inclusive constitucionalmente, pelo ordenamento, o direito de ser beneficiado por políticas públicas que visem à proteção de sua saúde. O segundo enfoque, por vezes esquecido, apesar de

expressamente previsto pela Constituição, é o de que o Sistema Único de Saúde deve ter um alcance universal, ou seja, deve assegurar a todos que dele possam precisar uma igualdade de tratamento, o que implica não haver privilégio de um em detrimento de todos.

Os excessos e as inconsistências das ações judiciais põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, situação que é agravada pelo casuísmo da jurisprudência brasileira.

Ao se cuidar das ações judiciais de saúde, a primeira pergunta que importa a ser feita é: Existe política estatal que abranja a prestação pleiteada?

Em sendo a resposta sim, então o direito subjetivo à saúde seria evidente, não afetando a decisão a sua dimensão transindividual.

Entretanto, sendo a resposta negativa, cuida-se de ação que possivelmente afetará as escolhas feitas pela política pública vigente, com potencialidade de provocar efeitos no direito transindividual.

3 DO CONCEITO DE INTEGRALIDADE NO SUS E O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA

Com a finalidade de se estabelecer o limite do princípio da integralidade, foi estabelecida, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, em 2004, e publicada por meio da Resolução nº 338, de 6 de maio de 2004, contemplando três grandes eixos estratégicos, já previstos na Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998), quais sejam: (1) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; (2) promoção do seu uso racional; (3) acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename.

A política nacional de distribuição de medicamentos do SUS tem por base adotar um elenco padronizado de fornecimento de fármacos, almejando garantir sua oferta regular aos usuários. A seleção ou definição de elencos visa à eficiência em razão dos muitos medicamentos com as mesmas substâncias ativas e com idênticas propriedades terapêuticas.

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde deveria promover uma seleção de medicamentos disponíveis no mercado, empregando critérios aceitos cientificamente. O objetivo principal para essa seleção seria o fornecimento

de medicamentos seguros, eficazes e que possam ser garantidos pelo Estado, indiscriminadamente para todo o cidadão/usuário do Sistema de Saúde que dele necessite.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS (Nairobi, Quênia, 1985), há uso racional quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade¹⁷.

Em maio de 2007, os Estados-membros da OMS, participando da Assembleia Mundial de Saúde, com o apoio do Brasil, adotaram a Resolução nº 60.16 sobre o Progresso no Uso Racional do Medicamento, que solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do “Uso Racional do Medicamento”, inspirado nos princípios da Medicina Baseada em Evidências – MBE¹⁸, na ética profissional da atenção à saúde e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientados na padronização do acesso e do uso racional dos fármacos.

O Uso Racional de Medicamentos implicaria na seleção de medicamentos baseada na eficácia e/ou efetividade, segurança e custo, com ênfase na lista de medicamentos essenciais e sob uma visão crítica do arsenal terapêutico disponível, em práticas de boa prescrição e na apropriada assistência farmacêutica.

A princípio, a falta de definição do que seria o princípio da integralidade, ou mesmo eventual mora da Administração Pública na atualização da lista de

¹⁷ “O objetivo da OMS na área de medicamentos é contribuir para salvar vidas e promover a saúde, assegurando a qualidade, segurança e o uso racional dos medicamentos, incluindo medicamentos tradicionais e promovendo o acesso equitativo e sustentável a medicamentos essenciais, principalmente àqueles para os pobres e necessitados.” (WHO, 2004, p. 4)

¹⁸ A Medicina Baseada em Evidências (MBE) é um movimento médico que se baseia na aplicação do método científico a toda a prática médica, especialmente àquelas tradicionalmente estabelecidas que ainda não foram submetidas à avaliação sistemática e científica. Evidências significam, aqui, provas científicas.

Esse movimento médico contrapõe-se à chamada Medicina Baseada na Autoridade (caracterizada pela exclusiva opinião do especialista), propondo um saber científico seguro e democrático e propiciando uma prática médica de excelência.

Atualmente, a MBE é utilizada pela Organização Mundial da Saúde – OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo, sendo também utilizada por instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de grande formação de opinião, como o National Health Service – NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico). Também se utiliza da MBE o Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, como forma de avaliar as tecnologias médicas que serão disponibilizadas aos usuários do SUS.

medicamentos, causava a incerteza do que deveria ser fornecido, conforme dever constitucional, ao cidadão.

Ademais, para tornar a discussão ainda mais relevante, demonstrando preocupações maiores que não seriam apenas as referentes às limitações orçamentárias, deve-se ter em mente que o medicamento, apesar de importante insumo no processo de atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada.

Também, não podem ser esquecidos os interesses econômicos que restam envolvidos na área da saúde, cujas indústrias participantes, como qualquer outra, buscam a rentabilidade.

A Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, definiu o conceito de integralidade nos seus arts. 19-M e 19-P, limitando-o ao previsto em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou, mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou, ainda, de forma suplementar, com base nas listas de medicamentos dos gestores estaduais ou municipais do SUS.

Com o objetivo, por sua vez, de coibir que os protocolos, as diretrizes e as listas não contemplem a melhor tecnologia e uso racional dos medicamentos, visando conferir eficácia à norma prevista pelo art. 196 da Constituição, estabelece o art. 19-P da Lei nº 8.080/1990, com a alteração produzida pela nova legislação, que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec), regulamentada por meio do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, levará em conta, necessariamente: (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível¹⁹.

¹⁹ “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo

Desse modo, a Lei nº 12.401/2011 definiu o que seria o princípio da integralidade, restringindo o seu alcance ao previsto em listas, protocolos e diretrizes terapêuticas no âmbito do SUS, estabelecendo um prazo a partir do qual estaria em mora a Administração Pública na análise de incorporação do fármaco, por meio da Conitec, órgão plural, permitindo o requerimento por qualquer interessado, bem como a realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, novos produtos e novos serviços na rede pública de saúde (art. 19-R, § 1º, III e IV, inseridos na Lei nº 8.080/1990)²⁰.

Por sua vez, e não de menos importância, com a preocupação de coibir a omissão e defasagem dos protocolos, das diretrizes e das listas, previu a lei, no art. 19-R, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a análise pela Comissão, contados da data em que foi protocolado o pedido pelo interessado da incorporação, exclusão e alteração de listas e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (§ 1º, inciso I), com a instauração de processo administrativo, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.”

²⁰ “Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

§ 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais:

I – apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2º do art. 19-Q;

II – (Vetado);

III – realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS;

IV – realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.

§ 2º (Vetado).”

A Conitec se caracteriza por ser um órgão plural, pois coordenada pelo Ministério da Saúde e formada por representantes não só do próprio Ministério, mas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), além de um integrante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e um pelo Conselho Federal de Medicina, na busca do diálogo para uma maior aproximação com o conceito de verdade.

O fato é que, em razão da exiguidade do tempo transcorrido a partir de sua publicação, ainda não se sabe como a jurisprudência pátria vai reagir à novel legislação, não podendo se ignorar ser uma tentativa clara do legislador em definir os contornos do princípio da integralidade.

A incorporação de tecnologias em saúde ao SUS, pela nova legislação, resulta de processo administrativo que passa por 3 (três) fases principais.

A primeira delas é a análise técnica adequada, realizada atualmente pelo Plenário da Conitec, quanto às evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (art. 19-Q, § 2º, da Lei nº 8.080/1990)²¹.

²¹ Decreto nº 7.646/2011:

“Art. 4º À Conitec compete:

I – emitir relatório sobre:

- a) a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde; e
- b) a constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; e

II – propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME nos termos do art. 25 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.

Parágrafo único. Para o cumprimento de suas competências a Conitec poderá:

I – solicitar às unidades do Ministério da Saúde:

- a) a elaboração de proposta de constituição ou de alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas de interesse para o SUS;

- b) a realização de avaliação das solicitações de incorporação, alteração ou exclusão de tecnologias no âmbito do SUS; e

- c) estudos de impacto orçamentário no SUS em virtude da incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS;

II – solicitar à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde:

- a) a realização e contratação de pesquisas e estudos;

- b) a celebração de acordos de cooperação técnica com entidades públicas e privadas e hospitais de ensino para a realização de estudos de avaliação de tecnologias em saúde; e

- c) a celebração de acordos de cooperação técnica com órgãos e entidades públicas estrangeiras com atribuições afins;

Por sua vez, são diretrizes da Conitec, nos termos do art. 3º do Decreto nº 7.646/2011, a universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível (inciso I); a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS (inciso II); a incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde (inciso III); a exigência que as tecnologias sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade (inciso IV).

Uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da Conitec, dá-se início à segunda fase do procedimento, qual seja, a submissão do referido parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme o art. 19 do Decreto nº 7.646/2011.

As contribuições e críticas resultantes da consulta pública serão analisadas pelo Plenário da Conitec e, emitido relatório, o processo administrativo será submetido ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão (arts. 20 e 21 do Decreto nº 7.646/2011).

Querendo, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, antes de decidir, poderá solicitar realização de audiência pública, conforme a relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 do Decreto nº 7.646/2011).

A decisão quanto à incorporação compete ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, sendo essa a terceira fase do processo.

III - solicitar às unidades do Ministério da Saúde e às entidades a ele vinculadas informações relativas ao monitoramento de tecnologias em saúde;

IV - solicitar informações à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa relativas ao registro, indicações, características, monitoramento de mercado e vigilância pós-comercialização de tecnologias em saúde, além de outras informações necessárias;

V - solicitar informações à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, criada pela Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003;

VI - disponibilizar informações a órgãos e entidades públicas para gestão de tecnologias em saúde, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;

VII - organizar repositório de informações sobre tecnologias em saúde; e

VIII - constituir subcomissões técnicas no âmbito da Conitec."

A partir da publicação da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no Diário Oficial da União (art. 23 do Decreto nº 7.646/2011), começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS (art. 25 do Decreto nº 7.646/2011).

Por fim, da decisão final cabe recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministro de Estado da Saúde, que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (arts. 26 e 27 do Decreto nº 7.646/2011).

O Ministro de Estado da Saúde também poderá determinar a incorporação ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde em caso de relevante interesse público, mediante processo administrativo simplificado (art. 29 do Decreto nº 7.646/2011).

Diante da superficialidade a que se acostumaram os participantes da democracia no Brasil, ainda que possuidores de um conhecimento jurídico, em que o governo representa um distanciamento de simbolismo ditatorial e autoritário, verifica-se, nas decisões judiciais, a reduzida preocupação com o processo administrativo de incorporação de tecnologia, e mesmo órgãos que teriam o poder-dever de fiscalização preferem a seara judicial como campo autônomo de debate.

Dessa forma, esquece-se toda uma trajetória, inclusive com realização de gastos públicos, na qual se buscou realizar a dialética entre os grupos de diversos interesses visando à produção de uma maior adequação técnica de incorporação de tecnologia, com um começar de discussão pela ação judicial, e não um recomeçar.

Estranho quadro por nos situarmos em um contexto de Estado Democrático de Direito, no qual as funções de poder deveriam dialogar entre si e se fiscalizar, e não permanecer como blocos estanques, que disputam entre si reconhecimento por importância no contexto social.

4 O CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO - A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE COMO MECANISMO PARA MELHOR RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE

O constitucionalismo cooperativo representa a abertura ao intercâmbio de visões e informações, seja com as estruturas formais de poder (diálogo

institucional) seja com a própria sociedade (diálogo social). Neste último caso, com o uso de audiência pública e *amici curiae*.

Em razão da insuficiência do discurso jurídico para tratar da matéria, o debate institucional se mostra uma necessidade, muito mais do que a observância de melhor técnica, em decorrência tanto da ausência de legitimidade democrática do Judiciário para cuidar de gestão de recursos públicos quanto das consequências inevitáveis de cada decisão judicial para o Sistema Único de Saúde – SUS.

Imprescindível se mostra, nesse sentido, a abertura do discurso a diversos legitimados como forma de suprir a deficiência do julgador. A princípio, a solução parece ser clara. Se existe insuficiência do discurso jurídico e inexistência de legitimidade de uma instituição para o estabelecimento de políticas públicas, o juiz deve ser o minimalista, conforme ensinamentos de Sustain.

Por esse raciocínio, poderíamos questionar, inclusive, qual o tipo de discurso a ser utilizado para o entendimento entre as disciplinas e qual seria a linguagem de comunicação.

Diante da tensão entre forças, no Brasil o STF parece se inclinar no sentido de que os direitos sociais não seriam objetivos da democracia, mas suas condições de possibilidade, tendo adotado posturas ativas buscando sua concreção.

Todavia, a pergunta que se mantém seria qual o ponto de equilíbrio, ainda que para a América Latina, sob pena de vermos vigorar, por outro lado, uma ditadura de juízes e uma passividade perniciososa de envolvimento de sua população na luta política, em seu Parlamento.

A autoridade existe não porque emite ordens peremptórias, mas porque é aceita, e sua legitimidade pressupõe o consentimento, ainda em grau mínimo²². O resultado do compromisso na elaboração democrática das normas, embora não originariamente desejável, por meio de concessões, pode encontrar um denominador comum; porém, ainda que haja minoria não satisfeita, essa reconhece a autoridade por ter participado no processo de escolhas, assim como nutre a esperança, diante da certeza da inexistência de absolutismo de verdades (já que existe maioria e minoria, e o relativismo) de virar o jogo democrático, transformando-se em maioria.

²² FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 204/215.

Impõe-se questionar como ficaria o reconhecimento de legitimidade do Judiciário, quando de inovação de políticas públicas, tomando por base esse jogo citado.

Podemos apontar como ponto de equilíbrio a adoção de uma corrente substancialista, na proteção das minorias contra as maiorias eventuais, assim como efetivando os direitos sociais programáticos previstos na Constituição, como condição mínima para o exercício da democracia, sem, contudo, perder uma consciência procedimentalista, em respeito ao pluralismo, com a abertura do procedimento às audiências públicas, com o reconhecimento dos limites do Judiciário ao tratarmos de escolhas políticas de gestão pública²³.

E a busca desse alcance estaria atrelada à percepção do sistema processual como autêntico mecanismo de participação política da sociedade²⁴, seja por meio de escolha das ações coletivas, com ênfase no enfoque dos interesses jurídicos metaindividuais, seja por meio de audiências públicas, com a abertura do diálogo aos interessados, seja pelo reconhecimento de ausência de falta de interesse processual, por necessidade de levar ao conhecimento da Administração Pública o debate que se pretende travar no Judiciário.

Apesar da necessidade de efetivação dos direitos sociais e do reconhecimento de que sua efetivação representaria condição de possibilidade da democracia, o substancialismo, adotado atualmente como o principal marco decisório nos Tribunais Superiores, no Brasil, reforça a posição de um indesejável protagonismo do Poder Judiciário na esfera social, subtraindo sua indispensável autonomia e pondo em risco a possibilidade de realização de um ambiente democrático e plural.

Nas ações de saúde, aconselhável se mostra o questionamento se a abertura do processo, tal consciência procedimentalista, seria requisito de legitimidade para a elaboração da prognose pelo Judiciário, diante de sua deficiência, tanto de legitimidade quanto de conhecimento da matéria.

Com a finalidade de se evitar o subjetivismo, em razão do conhecimento interdisciplinar que o direito sanitário exige, quando da análise do Judiciário para fornecimento de fármaco não previsto no âmbito do SUS, a abertura do diálogo

²³ Nesse sentido, CIARLINI, Álvaro. Op. cit.

²⁴ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

se mostra uma necessidade para fins de se permitir uma maior aceitabilidade racional, com a participação dos diversos interessados no processo.

A insuficiência do discurso não configura justa razão para blindar qualquer omissão da Administração na análise de incorporação de tecnologia no SUS, ou mesmo fundamentos não razoáveis para a sua negativa, espectro que se reduz com a nova legislação.

Ao se permitir a pluralização de debate, no curso da ação judicial, tanto pela realização de audiências públicas quanto pelo chamamento dos legitimados para integrar a ação, como a manifestação dos *amici curae*, buscar-se-ia que os discursos apresentados pelos atores sociais se encontrassem com a finalidade de alcance de um consenso social, sendo a sua pluralização método de exercício da democracia.

A ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões da Corte Constitucional. Isso porque a necessidade de justificá-las perante os demais participantes da interação comunicativa exige que se argumente com razoabilidade e reciprocidade.

Jürgen Habermas, ao buscar limitar os efeitos negativos da metafísica de Kant, por uma prática discursiva, pautado em uma visão procedimentalista, visa a confrontar o universalismo cada vez mais inclusivo, altamente idealizador, com o particularismo de cada consenso e de cada comunidade de linguagem.

Sustenta Habermas, com a ideia de proporcionar juridicamente o exercício político de igual modo para todos os partícipes, que²⁵

os participantes da comunicação podem se entender por cima dos limites dos mundos da vida divergentes, porque eles, com a visão de um mundo objetivo comum, se orientam pela exigência da verdade, isto é, da validade incondicional de suas afirmações.

Nesse sentido, o que se busca é a emancipação dos atores, o que, diante da insuficiência de um órgão – seja em razão de ausência de conhecimento, seja em razão de ausência de legitimidade –, se mostra plenamente adequada.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 46 e 47.

Entendendo posteriormente que o conceito de verdade também seria epistemológico e aberto, Habermas, em *A ética da discussão e a questão de verdade*²⁶, substitui o conceito de “verdade” por “aceitabilidade racional”. Isso porque os participantes de uma discussão se sentiriam autorizados a aceitar como verdadeira uma proposição controversa, bastando que tenham tido, em condições quase ideais, a possibilidade de esgotar todas as razões disponíveis a favor e contra a proposição, estabelecendo a sua aceitabilidade racional.

Sabendo-se que a fórmula de divisão do orçamento da saúde pode envolver interesses diversos, importa a oportunização de um número máximo de discursos no processo judicial, oferecendo iguais oportunidades políticas de participação, a fim de se alcançar a aceitabilidade racional propalada.

Também conveniente lembrar que, mesmo na seara do processo administrativo de incorporação de tecnologia, uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da Conitec, se dá início à segunda fase do procedimento, com a submissão do parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme o art. 19 do Decreto nº 7.646/2011.

A pluralidade decisória não se restringe ao parecer emitido pelo Plenário da Conitec. As observações conferidas no prazo de consulta pública acerca do teor do parecer são reunidas e mais uma vez submetidas ao Plenário da Conitec, que emite relatório e submete, junto com o processo administrativo, ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde que, por seu turno, para embasar a sua decisão, ainda pode realizar audiência pública conforme relevância da matéria. Na hipótese de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá o Ministro submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou pela ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 do Decreto nº 7.646/2011).

Assim, constata-se que a abertura do diálogo, no âmbito administrativo – inclusive com a possibilidade de manifestação livre da comunidade científica, por meio de consulta pública –, busca a aproximação da solução a um conceito de uma melhor verdade.

Já nos ensinava Aristóteles a dialética para a exclusão do falso nas ciências que não fossem meramente demonstrativas como a matemática, salientando a importância do diálogo, mas não no sentido de conversar, mas no sentido de

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão de verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 60-61.

discutir, com intervenções de ambas as partes, contrastantes uma em relação à outra. Para Aristóteles, nos fins da dialética, o que conta não é que as premissas sejam verdadeiras, mas que sejam partilhadas, reconhecidas, aceitas por todos, também pelo público-árbitro e por ambos os interlocutores. É a base do consenso²⁷.

Boaventura de Souza Santos, em sua *Sociologia das emergências*, com visão crítica do conhecimento científico positivista do Direito, aponta a necessidade de se valorizar as mais variadas gamas de experiências humanas, com vista a ampliar o acesso ao conhecimento, mostrando-se os movimentos sociais e cívicos como essenciais ao controle democrático da sociedade e ao estabelecimento de formas de democracia participativa²⁸.

Por esses fatores, questiona-se qual a legitimidade que teria o Judiciário em alterar a decisão de incorporação de tecnologia quando, para a sua tomada, na seara administrativa, houver a participação aberta da comunidade científica e a possibilidade de participação de todos os interessados. Tal questionamento tem por base a constatação de que o magistrado não vem a ser dotado de conhecimento técnico da matéria ou, ainda, que, assessorado por um perito, esse não necessariamente é conhecedor profundo do tema que está sendo debatido.

Verifica-se que, na busca de abertura de debate, o Supremo Tribunal Federal convocou²⁹, no período de presidência do Ministro Gilmar Mendes, audiência pública, na qual ouviu 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para tratar do tema da saúde.

O Ministro Gilmar Mendes, então na Presidência do STF, influenciado pelas lições de Häberle a respeito da constituição aberta, na introdução ao livro sobre a audiência pública sobre saúde, afirma que³⁰:

²⁷ BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998. p. 18/31.

²⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura. *Introdução a ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

²⁹ Despacho de convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública: Saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, Introdução.

o evento teve a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde – SUS, em suas várias vertentes. O objetivo específico, portanto, foi esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde, por estarem relacionadas aos vários pedidos de suspensão existentes nessa seara.

Essa audiência distingue-se das demais pela amplitude do tema em debate, visto que, em certa medida, somos todos afetados pelas decisões judiciais conducentes à efetivação do direito à saúde. Outra circunstância marcante foi a atitude de humildade do Poder Judiciário ao reconhecer os embaraços que permeiam as soluções judiciais – sobretudo quando abrangem aspectos e temas inerentes à área técnica –, decisões cuja repercussão muitas vezes afeta, por vias transversas, o bem-estar de toda a comunidade.

Pelos fundamentos citados, o que se percebe é o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da insuficiência do discurso jurídico para estabelecer a solução para as demandas na área da saúde que envolvem o discurso técnico.

A audiência pública, nesse sentido, foi convocada com o objetivo de esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre a saúde.

Também o reconhecimento da insuficiência da legitimidade democrática do Judiciário na solução da lide pode ser percebido quando se salienta a busca do diálogo institucional. Nesse sentido³¹:

O que se almeja é o diálogo institucional responsável, com profundo respeito pelo Poder Legislativo e pelo papel que exerce na democracia brasileira. Até porque, a despeito da decisiva atuação do Poder Judiciário na garantia do exercício efetivo do direito fundamental à

³¹ *Ibidem*.

saúde, há que se cuidar sempre, em estender os espaços de consenso, de modo a viabilizar pelo menos alguma uniformidade básica de opiniões para a construção de soluções compartilhadas.

Não pode ser desprezado que as decisões judiciais, a respeito do SUS, podem levar ao aumento das desigualdades regionais quando determinada região, por efeito de uma ação civil pública, passa a ser privilegiada, em detrimento das demais, em contrariedade à Constituição de 1988, cujo texto normativo aponta claramente no sentido da superação das desigualdades regionais.

Interessante também notar que na convocação de audiências públicas se revela a tendência do Supremo Tribunal Federal, havendo o Ministro Luiz Fux, recentemente, convocado audiência sobre a nova regulamentação da TV por assinatura, criada pela Lei nº 12.485/2011, sob o fundamento de que a apreciação do tema ultrapassaria os limites do estritamente jurídico, demandando “abordagem técnica e interdisciplinar, atenta às nuances do mercado audiovisual brasileiro e às repercussões práticas que o novo modelo normativo ensejará sobre a dinâmica do setor”. Salientou, contudo, que não seria objetivo da audiência colher interpretações jurídicas dos textos constitucional e legal³².

Resta questionar, porém, se essas audiências realmente suprem o déficit de legitimidade ou se funcionam como um mero papel simbólico, sem representar real influência na formação da decisão judicial.

Isso porque, por trás da aparente neutralidade das relações sociais, diferentes classes e frações de classe estão envolvidas em uma luta propriamente simbólica para imporem a definição social mais conforme aos seus interesses, influenciando o campo das tomadas de posições ideológicas, que reproduz em forma transfigurada o campo de posições sociais³³.

A divisão de conhecimento está inserida em um quadro de luta de imposição de classificações por grupos, sendo uma forma de manutenção do poder de uns contra os outros. O direito sanitário veio chacoalhar essa estrutura ao envolver discursos de grupos sociais diferentes, o jurídico e o médico, cujo conhecimento se encontrava dividido. Domínios diferentes estão tendo que se

³² Referências extraídas da página. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=211595>>.

³³ Sobre o afirmado, BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1998.

encontrar nesse ramo, com a necessidade de reapropriação coletiva, para fins de construção de sua identidade.

Assim, deve-se perquirir se a abertura do processo para demais grupos de conhecimento vem se mostrando efetiva, com real consideração pelo Tribunal, ou se representa mero símbolo.

Por segundo, o direito sanitário, e a necessidade clara de o conhecimento jurídico se abeberar no campo do direito médico-sanitário, com, por exemplo, realizações de audiência pública, representa a quebra do paradigma do Tribunal afastado, para fins de se manter a imparcialidade.

A pergunta que merece ser feita é: A que grupo interessa o uso dessa fórmula de abertura por mera *práxis*? Com certeza, não vem a ser a classe hipossuficiente que depende do SUS.

Não podemos ser ingênuos ao não levar em conta que a incorporação de tecnologia no mercado garante o mercado de consumo, o que interessa muitíssimo ao forte grupo econômico produtor.

Acabam as audiências públicas, porém, servindo para mapear o embate de forças externas, além de permitirem a construção de determinado padrão de conhecimento.

Isso representa o nascer de uma consciência procedimentalista, ainda que em sede de Judiciário, que, em verdade, estará sendo substancialista.

Frise-se que essa abertura de diálogo não pode se dar somente no âmbito do STF quando falamos de incorporação de tecnologia no SUS, mas também em instâncias ordinárias, pois poderemos ter o risco igualmente de uma decisão não legítima que afete as estruturas de um sistema que deveria ser universal.

Urge que o diálogo social seja implementado diante da insuficiência do conhecimento jurídico. Deve-se atentar quais são os grupos dominantes que estão tentando estabelecer a hegemonia do discurso.

Assim, com ênfase na opção procedimental, impõe-se verificar qual o efetivo potencial de diálogo e de concurso à formação da decisão judicial.

O mito da aparente neutralidade do Judiciário não se sustenta, pois sofre inúmeras influências de forças.

No caso específico da audiência pública da saúde, ficou clara a sua expressão política, de ser norte não só para os magistrados, com a construção de

um padrão de julgamento, mas para criação e efetivação de políticas públicas, por força de uma conduta ativa do Judiciário.

Como resultado dessa audiência, surgiu a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais, sugerindo: a) realização de convênios médicos e farmacêuticos para a realização de apoio técnico aos Magistrados; b) que sejam evitadas decisões concessivas de tratamento experimentais ou medicamentos ainda não autorizados pela Anvisa; c) realização de pesquisa prévia junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas, para informação acerca da regularidade das pesquisas realizadas, bem como a consideração da responsabilidade dos laboratórios na continuidade dos tratamentos; d) oitiva, prévia à prolação das decisões, dos gestores das políticas públicas, bem como o empenho no sentido de uma maior interação com o setor público, na promoção de visitas dos Magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, e às Unidades de Saúde Pública ou conveniadas ao SUS; e) seja considerada nas decisões a legislação sanitária, bem como sua inclusão na grade de formação dos cursos de Magistratura e concursos públicos.

Nesse meio tempo foram julgadas suspensões de tutela antecipada, nºs 175 e 178, também usando como norte as linhas traçadas na Recomendação nº 31 do CNJ, quando o STF aparenta indicar a necessidade de encarar o direito à saúde sob o enfoque transindividual.

Todavia, o que se observa é que, apesar dessa preocupação, o Tribunal vem adotando uma postura ativa, decidindo pelo fornecimento do fármaco, por entender omissa a Administração Pública na análise de incorporação da tecnologia ao Sistema Único de Saúde, substituindo, para tanto, o conceito indeterminado de prognose da Administração.

Preceitua, salutarmente, a necessidade de escolhas de alternativas terapêuticas estabelecidas pelo sistema público, quando existentes, o que representa uma tentativa de observância às prognoses elaboradas pelo legislador e administrador, no que diz respeito à formulação de políticas públicas acerca do direito sanitário, o que não impede, em caso de entendimento a respeito de omissão e refratariedade do tratamento, a efetivação direta do direito à saúde, previsto na Constituição, mostrando um marco decisório mais substancialista.

Posteriormente, e a título ilustrativo, o CNJ editou a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, estabelecendo, em seu âmbito, o Fórum Nacional para

o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimento.

Curioso perceber que as decisões foram exaradas no julgamento de instrumentos jurídicos de extensão de análise limitada, como o universo dos pedidos de suspensões, nos termos dos preceitos estabelecidos pelos arts. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/1992 e 15 da Lei nº 12.016/2009, quando só graves ofensas à ordem pública, à saúde, à segurança e à economia pública podem ser analisadas, mas não matéria de mérito da ação. Tais julgados foram proferidos, ainda que pendente, até a data de hoje, julgamento de Recurso Extraordinário afetado como de repercussão geral, autuado sob o nº 566.471/RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, havendo o Supremo optado por não estabelecer diretrizes maiores nesse julgamento.

Ao cuidarmos de audiência pública que tem por objeto conteúdo técnico, e, se tivermos diante de um grupo ético, razoável se mostra a aplicação do Teorema do Condorcet, formulado pelo matemático francês de mesmo nome, no século XVIII, que defendia que a probabilidade de uma resposta correta adotada por um grupo majoritário aumenta, tendendo a 100%, à medida que o grupo cresce. Para tanto, aponta dois requisitos: a) as decisões sejam tomadas segundo um princípio majoritário; b) cada pessoa tenha mais chance de estar correta do que errada. Quanto maior o grupo que convive socialmente, mais eficiente a regra que decorre da articulação da inteligência desse grupo.

Não se desconhece, porém, o risco de que um grupo de poder econômico mais forte tenha maior atuação nas audiências públicas, fazendo maior *lobby*, assim como nas eleições; porém, esse pequeno grupo já vem atuando de forma subliminar nos bastidores, sem qualquer controle dos órgãos legitimados, aproveitando-se de uma postura mais ativa dos Tribunais na criação e efetivação de direitos.

O déficit democrático na escolha de seus membros deve ser compensado necessariamente pela fundamentação das decisões judiciais, imposição da Constituição, e que permite tanto o controle hierárquico interno quanto externo, ainda mais quando se cuida de política pública.

A fundamentação das decisões, associada à publicidade dos atos processuais, possibilita a justa reação dos destinatários, a formação de opinião pública e a atuação fiscalizadora e disciplinar dos órgãos competentes³⁴.

Infelizmente, hoje em dia, a maior parte das decisões, ainda que inove a política pública no âmbito do direito sanitário, simplesmente menciona, de forma despreocupada, artigos da Constituição e princípios genéricos, deixando de demonstrar o porquê de a política atual não atender ao pleito e nem mesmo observa a linguagem que seria adequada ao caso, a científica, com base em laudos de peritos sem qualquer vinculação com as indústrias nacionais e internacionais.

Nesse caso, de ausência de fundamentação das decisões, deveriam as sentenças ser anuladas, por vício grave, procedimento que os nossos Tribunais, salvo algumas exceções positivas, não vem cuidando de observar³⁵.

Daí a utilidade da audiência pública, de quebrar a casca, de mostrar e permitir o mapeamento do que ocorre atrás da capa de proteção do Direito.

O STF tem apostado no diálogo social como forma integrativa de fundamentação de suas decisões, o que, por outro lado, lhe reduz o peso da crítica da sociedade, apesar de o *amicus curiae* também propiciar o muniamento de elementos técnicos, ao levar informações não apresentadas pelas partes, o que se mostra importante quando a controvérsia deriva dessa análise. Tal fundamento, inclusive, vem explicar o porquê da maior preferência por aquele tipo de diálogo social do que por esse; permitir uma maior publicidade e participação que supra o déficit de legitimidade.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. I, 2009. p. 234.

³⁵ Anulando de ofício a sentença, acórdão da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, aduzindo que os argumentos trazidos pelas rés deixaram de ser apreciados. Nesse sentido: “Constitucional e administrativo. Fornecimento de ritalina e acompanhamento psicológico/psiquiátrico. Hiperatividade. Competência dos Juizados Especiais Federais. Legitimidade passiva dos três entes. Medicamentos constantes das listas do SUS devem ser preferidos a outros não fornecidos pela Administração. O direito à saúde não equivale automaticamente ao direito à obtenção de um medicamento específico. Eventual motivo para tanto (intolerância, baixa eficácia do tratamento originalmente prescrito, ou outra razão médica) deve ser justificado pelo médico, com base em critérios técnicos. Argumentos trazidos pelas rés no curso do processo não foram apreciados. Recursos conhecidos, desprovidos quanto às preliminares e prejudicados quanto ao mérito. Sentença anulada de ofício. Mantida a antecipação dos efeitos da tutela. Multa suspensa por ora” (TRF 2ª Região, Processo nº 0000105-68.2013.4.02.5160/01, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, Relª Juíza Fed. Flávia Heine Peixoto, J. 25.10.2013).

Não se pode garantir menos diálogo científico para modificar um protocolo do que o previsto na esfera administrativa. Nesse sentido, de importância que não só audiências públicas sejam promovidas, a exemplo do que vem ocorrendo no STF, bem como que a exigência probatória siga os requisitos científicos de uma melhor medicina, como a Medicina Baseada em Evidências.

CONCLUSÃO

Apontando os seguintes aspectos sensíveis quando lidamos com as ações de saúde – a) a insuficiência do sistema jurídico para cuidar da matéria; b) a necessidade de abertura do Judiciário ao diálogo, com as esferas administrativas ou mesmo sociais; c) ilegitimidade do Judiciário na elaboração de políticas públicas; e d) a natureza híbrida do direito à saúde, coletiva e individual –, o artigo vem debater os limites do Judiciário na definição dos princípios da universalidade e integralidade no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Tendo por norte que não se mostra correto que a ação judicial seja um fator de discriminação infundada entre os jurisdicionados, mas aquele direito que resguarde um padrão de consideração ideal entre os homens, pelo Estado, naquilo que diz respeito à sua dignidade, e não perdendo a ideia de que, quando o Judiciário profere uma decisão de fornecer um medicamento, está a cuidar de direitos coletivos, ainda que seja em ação individual, aponta o artigo como solução a abertura do diálogo, com a possibilidade de participação dos diversos interessados no processo judicial, desconstituindo a imagem do Juiz Hércules, mas o qualificando como ser falível e desconhecedor de conceitos médicos.

Essa abertura do Judiciário ao intercâmbio de visões e informações deveria se dar tanto com as estruturas formais de poder (diálogo institucional) quanto com a própria sociedade (diálogo social), com o uso de audiência pública e *amici curiae*.

Buscou-se, nesse sentido, o caminho da razão comunicativa e do constitucionalismo cooperativo, incentivando os diálogos interinstitucionais e sociais, no controle do subjetivismo do juiz, quando de ações versando sobre o direito à saúde.

E não só, além da abertura do diálogo processual, tanto com outros órgãos quanto com atores sociais, o déficit democrático na escolha dos membros dos Tribunais deve ser compensado necessariamente pela fundamentação das decisões judiciais, imposição da Constituição, e que permite tanto o controle

hierárquico interno quanto externo, ainda mais quando se cuida de política pública.

No caso de ações pleiteando o fornecimento de medicamentos, a fundamentação significa a necessidade de decisão com base em provas, notadamente quando se refere ao fornecimento de tecnologia não prevista em políticas públicas.

A universalidade do acesso à saúde prevista para o SUS não significa o acesso de todos a tudo que a medicina dispõe, até porque isso seria impossível, dada a velocidade do progresso nessa área. A universalidade deve ser vista como a possibilidade de todos conseguirem usufruir daquilo que é oferecido pelo Sistema Único de Saúde, com alicerce na Medicina Baseada em Evidências.

REFERÊNCIAS

BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1998.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

FAORO, Raimundo. *A República inacabada*. Organização e prefácio Fabio Konder Comparado. São Paulo: Globo, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *A ética da discussão e a questão de verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano XXI, n. 55, nov. 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JRN_MA_8782.doc>. Acesso em: 20 fev. 2014, às 16h14.

ROUSSEAU, J.-J. *Do contrato social*. 2. ed. Trad. Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul Arbusse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Introdução a ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Vermeule. Interpretation and Institutions. John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 156, 2. sér. The Law School - The University of Chicago. This paper can be downloaded without charge at: The Chicago Working Paper Series Index: Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=>>.

Submissão em: 04.08.2016

Avaliado em: 01.09.2017 (Avaliador B)

Avaliado em: 20.10.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 06.12.2017

DA ÉTICA HIPOCRÁTICA À BIOÉTICA: NOTAS ACERCA DA TEORIA DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E O TEOR DA LEI Nº 13.146/2015

FROM THE HIPOCRATIC ETHICS TO THE BIOETHICS: REMARKS ABOUT THE FREE AND INFORMED CONSENT THEORIE AND THE CONTEND OF THE BRAZILIAN FEDERAL STATUTE Nº 13.146/2015

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet¹

Pós-Doutoranda em Direito pela PUCRS e pela Universidade de Hamburg (Alemanha)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito constitucional; direitos fundamentais; bioética.

RESUMO: O presente artigo busca, mediante uma investigação interdisciplinar acerca do discurso da ética médica tradicional, vulgarmente conhecida como ética hipocrática em face do surgimento da bioética e os seus desdobramentos teóricos e práticos, priorizando o conteúdo e o alcance do consentimento livre e esclarecido, em especial para avaliar a sua repercussão e a sua relevância na e para a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

ABSTRACT: *This paper aims to analyse, through an interdisciplinary approach, the discourse of the traditional medical ethics (the so called hipocratic ethics) and the impact of the development of Bioethics and its theoretical and practical concepts and principles, focusing the institute of the informed and free consent, mainly in order to evaluate its repercussion and relevance in and for the Brazilian Statute about the Inclusion of Persons with Disabilities.*

PALAVRAS-CHAVE: ética hipocrática; bioética; autonomia; consentimento informado; pessoas com deficiência.

KEYWORDS: *hipocratic ethics; bioethics; autonomy; informed consent; person with disabilities.*

¹ Advogada. Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg (UNIA), Alemanha. E-mail: gabriellebezerrasales@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9638814642817946>>.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualização geral; 2 Ética hipocrática – Ética médica; 3 A ética aplicada – O surgimento da bioética; 4 A teoria do consentimento livre e esclarecido e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 General context; 2 Hipocratic ethics – Medical ethics; 3 The applied ethics – The rise of the bioethics; 4 The theory of the free and informed consent as a legacy of the Bioethics and the Brazilian Statute for the Inclusion of Persons with Disabilities; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015 consiste em um dos mais avançados diplomas legais que compõe o ordenamento jurídico brasileiro em virtude da sua radicalidade ao se embasar em um direito fundamental à diferença e à inclusão social e, especialmente, em razão da introdução de novos conceitos e instrumentais referentes às formas de expressão da vontade das pessoas com deficiência, que, ao compor o discurso jurídico, imprimem a urgência por novos padrões sociais e éticos que assegurem a sua autonomia e a sua dignidade, sobretudo na seara médica.

Para que se alcance a perfeita implementação desse conteúdo legal, se torna precípua a investigação multidisciplinar dos fundamentos da relação médico paciente a partir da análise crítica da ética médica tradicional, vulgarmente conhecida como ética hipocrática, por meio da investigação da relevância das contribuições do pensamento bioético, destacando-se o legado da teoria do consentimento livre e esclarecido no e para o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Esse artigo intenta enfrentar e analisar, de modo geral, a articulação da proteção e da promoção jurídica das pessoas com deficiência com os direitos de igualdade², de inclusão social e de antidiscriminação, reconhecidos e protegidos pela Constituição Federal de 1988, assim como com os conceitos de autonomia e de dignidade da pessoa humana à luz da bioética e da teoria do consentimento livre e esclarecido, a fim de propor novas formas de interpretação e de significação do ato de anuência prévia nos procedimentos clínicos.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 10-11.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL

Em busca de se desvencilhar da morte, das pestes, das enfermidades, da dor, da temporalidade³ e do acaso, o homem vem se deparando sempre com algo novo. E, na medida em que o acaso se apresenta como eterna novidade, a humanidade tem sempre oscilado entre o medo e o desejo de satisfazer mais e cada vez melhor as suas necessidades. Ou seja, sempre tentando vencer a noite escura⁴ de suas limitações para alcançar patamares idealmente concebidos e, portanto, ilimitados de gozo, de felicidade e de satisfação⁵. Essa tem sido a via de mão única do homem enquanto sujeito, sua razão e sua dor existencial, a dizer, uma espécie de empreendimento de uma interminável travessia em que o passado e o presente se condensam na formatação do futuro.

Uma travessia⁶ que se traduz nos inúmeros avanços e retrocessos na história da humanidade e que se expressa nos fluxos e nos refluxos de uma ética pública e privada; daí afirmar-se que a construção da História⁷, principalmente da História ocidental, é predominantemente marcada por uma tentativa

³ O fenômeno humano deve ser entendido como uma forma especial de temporalidade, que é a duração de sua vida, uma sucessão cronológica e existencial de fatos dotados de um sentido que escapa às análises meramente mecanicistas. Para maiores detalhes, conferir: D'AGOSTINO, Francesco. *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. p. 187; PIETTRE, Bernard. *Filosofia e ciência do tempo*. Philosophie et science du temps. Trad. Maria Antônia Pires de Figueiredo. Bauru: Edusc, 1997. p. 45-46.

⁴ STRUNZ, Franz. *Die Vergangenheit der Naturforschung: ein Beitrag zur Geschichte des menschlichen Geistes*. Jena: Verlegt bei Eugen Diederichs, 1913. p. 27.

⁵ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 13.

⁶ WATSON, James D. *DNA: o segredo da vida*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 12-13. Segundo Watson, a descoberta da estrutura do DNA representou um ponto ápice na história da humanidade, confrontando-a não somente com as descobertas anteriores, mas principalmente com o próprio significado da vida. "Por isso a dupla-hélice foi tão importante: trouxe a revolução do pensamento materialista do Iluminismo para o âmbito da célula. A jornada intelectual que começara com Copérnico retirando os seres humanos do centro do universo e prosseguiu com Darwin insistindo que os seres humanos são meros macacos modificados, finalmente chegara à própria essência da vida. Não havia nada de especial nela. A dupla-hélice é uma estrutura sucinta, mas sua mensagem não poderia ser mais prosaica: a vida é uma simples questão de química".

⁷ No decorrer da história da humanidade foi fundamental para as transformações socioculturais a inserção do feminismo. De fato, a revolução feminista contribuiu decisivamente para a erosão da ética patriarcal e engendrou um novo saber que se expressava em um discurso próprio, conclamando a todos a agir como sujeitos de uma história que começava a possuir um outro sentido e que se estendia desde as relações de caráter intimista até as práticas coletivas de submissão e dominação. Um discurso de expressivo questionamento acerca da passividade e da consolidação de um novo sujeito de direito. Para um aprofundamento, consultar: O'NEILL, Lúcia Falcón. *La razon feminista*. Madrid. Vindicacion Feminista Publicaciones, 1994.

de estruturação de um código de ética, de caráter universal, que conduza a humanidade nessa contínua busca, que é, de fato, uma profunda investigação acerca de sua própria significação.

De Ícaro a Prometeu⁸, o homem vem procurando afirmar⁹ a sua subjetividade¹⁰. Prometeu, segundo a mitologia¹¹ grega, foi um titã que, inconformado, roubou do Olimpo a sabedoria e a ciência representadas pelo fogo. Tornou-se o símbolo máximo da insatisfação e da inquietude humana perante seu destino¹² incerto e inseguro. Um titã inconformado com o acaso e com as inconstâncias da natureza que se revoltou contra a tirania dos deuses, clamando-os a se retirar para o Olimpo para deixar ao homem a solidão e a capacidade de forjar a si mesmo e a seu futuro. Prometeu é, nesse sentido, o símbolo do homem que tenta construir o seu próprio destino, abdicando da interferência divina. O mito do Prometeu revivido, relegando ao passado a

⁸ ELIADE, Mircea. *Mythos und Wirklichkeit*. Übersetzung von Eva Moldenhauer. Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1988. p. 17: “[...] besteht die Hauptfunktion des Mythos darin, die exemplarischen Modelle aller Riten und aller bedeutsamen menschlichen Tätigkeiten zu offenbaren: dies gilt für die Ernährung oder die Heirat ebenso wie für die Arbeit, die Erziehung, die Kunst oder die Weisheit”.

⁹ Ibidem, p. 20.

¹⁰ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livr. Moraes Ed., 1961. p. 93. A subjetividade, segundo o autor, se constitui com o nascimento da pessoa natural e se extingue com a sua morte. Porém, se o centro de interesse é juridicamente relevante, esse será protegido diante da inexistência do seu titular, seja pela anterioridade do seu nascimento (proteção ao nascituro), seja por extensão depois da morte do sujeito (proteção dada às situações existenciais – honra, dignidade, etc.). E, afinal, declara que: “Se a personalidade não existe após a morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado, por parte do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto que, não podendo ser objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e função, conserva o cunho e o resíduo da pessoa viva”. Para mais um conceito civilístico de subjetividade, consultar: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 283. Seria a subjetividade, então, a qualificação jurídica que se extrai da previsão normativa e que, especificamente, atribui à entidade particular a condição de sujeito, isto é, de portador de interesses morais ou patrimoniais, a qualquer tempo relevante. Em outras palavras: “A subjetividade é, assim, ponto de referência subjetivo, centro de imputação de interesses, de atividade e de situações subjetivas”.

¹¹ ELIADE, Mircea. *Mythos und Wirklichkeit*. Übersetzung von Eva Moldenhauer. Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1988. p. 15-16. Zum einer Definition des Mythos, siehe: “Kurz, die Mythen beschreiben die verschiedenen und zuweilen dramatischen Einbrüche des Heiligen (oder des ‘Übernatürlichen’) in die Welt. Und dieser Einbruch des Heiligen gründet wirklich die Welt und macht sie so, wie sie heute ist. Mehr noch: erst durch das Eingreifen der übernatürlichen Wesen ist der Mensch, was er heute ist, ein sterbliches, sexualisiertes und kulturelles Wesen”.

¹² BENJAMIN, Walter. *Angelus Novus*: saggi e frammenti. Trad. Renato Solmi und Fabrizio Desideri. Torino: Einaudi, 1995. p. 38.

penalidade e o suplício que se traduzem atualmente na morte, na doença, na feiura, na miséria e na infelicidade, é indiscutivelmente a tentativa moderna de modelar uma imagem própria para o mundo e para o homem, em que o conhecimento não provém do furto, mas é o fruto do advento de uma ciência autônoma, uma filosofia humanista e da técnica¹³ aplicada.

É essa tormentosa busca de si que a humanidade tem vislumbrado¹⁴ na ética uma saída para a estagnação do individualismo e do conseqüente egoísmo. Um caminho perfilado entre o ser e o dever-ser em um equilíbrio, que, a princípio, deveria ser harmônico, e que é, por vezes, paradoxal. A ética, portanto, se coloca como uma forma de baliza dos comportamentos, um meio pelo qual se pode compreender que nem tudo que é realizável e tecnicamente¹⁵ possível pode ser eticamente permitido. Consiste em uma ordenação das paixões que o homem, na maioria das vezes, se submete, posto que o atormentam cotidianamente¹⁶.

2 ÉTICA HIPOCRÁTICA-ÉTICA MÉDICA

Alguns autores¹⁷ associam a origem do juramento hipocrático à escola pitagórica, igualmente de origem grega, que se caracterizava pela imposição de diversos imperativos para a prática da Medicina. Na realidade, uma relevante contribuição para a difusão do juramento hipocrático como documento ético

¹³ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25. O autor admoesta que o sentido único da palavra técnica é dúbio, uma vez que a ambivalência ou a multiplicidade das significações e dos projetos que envolvem as técnicas são particularmente evidentes, sobretudo em casos envolvendo o mundo digital.

¹⁴ Benjamin schrieb: *“Nun ist der Schleier weggezogen, ich blicke so ins Herz der Welt, wie wir nicht sollen Unverstellt, sah ich das Feuer darin wogen. Da mich vom Widerschein umflogen, die ewige Flamme die erhellt, mit einem kühlen Hauch befüllt, fühl ich mich innerlich betrogen. Ich war versunken anzuschauen, ein Feuer das sich selbst verhüllt, das Weltall unter seiner Brauen. Mein Schicksal hat sich nicht erfüllt, geblendet droh ich zu vergessen, sein Leben das mir zugemessen”* (MOURA, Vasco Graça. *Os sonetos de Walter Benjamin*. Porto: Campo das Letras, 1999. p. 58-59).

¹⁵ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 26: “Uma técnica é nem boa, nem má (isto depende dos contextos, dos usos e dos pontos de vista), tampouco neutral (já que é condicionante ou restritiva, já que de um lado abre e de outro fecha o espectro de possibilidades)”.

¹⁶ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Hrgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. p. 8.

¹⁷ EDELSTEIN, Ludwig. The Hippocratic Oath: text, translation and interpretation. *Bulletin of the History of Medicine*, Suppl. 5, p. 1-64, 1943, reprinted. In: TEMKIN, Oswei; TEMKIN, C. Lilian (Ed.). *Ancient Medicine: Selected Papers of Ludwig Edelstein*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1967. p. 3-65.

que limitava a prática médica nos moldes humanitários de interdição estrita ao aborto¹⁸ e à eutanásia, prescrevendo a caridade e a generosidade, foi a da tradição judaico-cristã¹⁹.

Segundo a prática hipocrática e paternalista, era dever do médico, de acordo com o seu julgamento e a sua habilidade, atenuar a divulgação do diagnóstico no sentido de amenizar o suplício do paciente, ocultando tanto as prováveis consequências do tratamento ministrado quanto as alternativas disponíveis. A postura do médico paternalista era considerada virtuosa nesse caso, pois supostamente não pretendia adicionar mais peso²⁰ à dor, à miséria, à angústia e à incerteza do paciente, ocultando muitas vezes não somente dele, mas igualmente de toda a sua família, *exempli gratia*, os resultados de exames.

Desse modo, pode-se afirmar que a ética médica baseava-se, até então, em parâmetros que entrelaçavam modelos precedentes de médicos de renome e de prestígio na comunidade com uma prática embasada nos fundamentos impostos pelo juramento hipocrático²¹. Daí a existência da antiga crença de

¹⁸ Para uma confrontação entre o pensamento platônico e aristotélico sobre as possibilidades de aborto: “So sieht Aristoteles in seiner Schrift Über die Politik die Möglichkeit der Abtreibung als Mittel, die Bevölkerungszahl zu begrenzen- jedoch nur unter der Voraussetzung, dass ‘Wahrnehmung’ (aisthesis) und ‘Leben’(zoe)noch nicht begonnen haben. Dies ist gegenüber Platon ein neues Verständnis. Platon empfiehlt Abtreibung in seiner Schrift Über den Staat zur Begrenzung der Bevölkerungszahl, hierbei jedoch noch ohne Beschränkung im Hinblick auf eine bestimmte Vorstellung von menschlichem Leben. Zu erklären ist dieser Unterschied vor dem Hintergrund von Aristoteles Vorstellung, dass auch der Fötus schon beseelt sei. Bereits der Fötus verfügt grundsätzlich über die Nährseele und die Empfindungsseele, allerdings nur in der Anlage, als potentieller Faktor, noch nicht in Wirklichkeit. Wann genau dieser Übergang zwischen potentieller Fähigkeit und deren Realisierung anzusetzen sei, d. h. wann der Fötus als Leben zu bezeichnen sei, gibt Aristoteles nicht exakt an. Die Interpretation der aristotelischen Texte reicht dabei vom 40. bis zum 90. Tag (der Differenz zwischen männlichen und weiblichen Beginn des Lebens) bzw. bis zu dem traditionellen Datum, dem Tag der Geburt, an dem erst die Seele in den Körper eintrete” (SCHUBERT, Charlotte. *Der hippokratische Eid: Medizin und Ethik von der Antike bis heute*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005. p. 23).

¹⁹ JONSEN, Albert R. *The Birth of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 34-64.

²⁰ Importa esclarecer que, no tocante ao comportamento típico do paciente nordestino (Brasil) diante de resultados de exames como biópsia ou da sorologia positiva de teste de HIV, por exemplo, resta ao médico poucas possibilidades senão provocar um enfrentamento duro e radicalmente necessário com a realidade tanto nele quanto em sua família que, na maioria das vezes, finge um total alheamento em relação ao diagnóstico. Nesses casos, o que se tem observado por meio dos registros médicos é que tanto o paciente quanto a sua família fingem não entender o que lhes está sendo comunicado e, dessa maneira, se deslocam da realidade da doença e, com isso, se desincumbem das decisões mais sérias relativas ao tratamento. É, desse modo, ao médico que cabem as mais difíceis decisões e, nesse caso, não lhe restam muitas outras alternativas senão o comportamento paternalista.

²¹ BAUD, Jean-Pierre. Les procès médicaux, syndrome d’un pouvoir médical au stade critique. In: BONAHE, Christian; LEPICARD, Étienne; ROELCKE, Volker (Hrgs.). *La médecine expérimentale au*

que à competência profissional do médico se juntavam, necessariamente, a honestidade, a generosidade e a solidariedade como elementos imprescindíveis à prática²² e à pesquisa médicas.

A prática médica sempre esteve acompanhada de uma precedente compreensão metafísica, que orientava e distinguia os indivíduos sadios dos demais que padeciam de enfermidades, evidenciando o poder de distinguir uns dos outros. Na realidade, afirma-se que as práticas que envolvem os processos de cura²³ sempre estiverem limitadas e pautadas em algum tipo de regra ética²⁴. Trata-se, pois, de uma profissão que sempre deteve um poder²⁵ em relação a todas as demais, devido ao fato de aliar ao seu cotidiano a aura de sacralidade que se depreendia da capacidade de interpretar a pessoa humana em todas as suas

tribunal: implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen. Paris: Éditions des Archives Contemporaines, 2003. p. 417: "En fait, les derniers siècles de l'Ancien Régime voient la médecine, qui n'empruntera à Bentham la notion de déontologie qu'au XIXe. siècle, mettre déjà en place un système de normativité déontologique sanctionnée par les moyens répressifs des Facultés (un docteur appartenait toute sa vie à sa Faculté). Le moyen de contrôler les médecins après leur soutenance de thèse était le serment que prêtait tout gradué d'une université, quelle que soit sa discipline, au moment de l'obtention de son diplôme et en particulier au moment du doctorat. S'y ajoutait le serment d'Hippocrate, longtemps oublié, et qui réapparut, au XVIIIe. siècle, comme une nouveauté à encourager".

²² MAIO, Giovanni. *Ethik der Forschung am Menschen: Zur Begründung der Moral in ihrer historischen Bedingtheit*. Stuttgart-Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog, 2002. p. 47: "Für den Forschungsalltag bedeutet all dies, dass wir mit der Verwendung von Etiketten wie Therapie, Heilversuch, Experiment bereits sehr viel aussagen, was nicht mehr explizit gemacht zu werden braucht, denn der Begriff enthält eine Vorentscheidung über Interpretationen und Konventionen, auf die sich nicht nur die 'scientific community', sondern die Gesellschaft an sich geeinigt hat".

²³ PELLEGRINO, Edmund D. From Medical Ethics to a Moral Philosophy of the Professions. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003. p. 10-11.

²⁴ JONSEN, Albert R. *The Birth of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 6. O autor considera que a ética não consiste somente em crenças, regras e costumes da sociedade e afirma que: "Three persistent themes can be discerned in the vast literature about morality produced in the Western cultural tradition. First, moral philosophers have described the character or qualities of persons that might win them praise or blame. Second, moral philosophers and theologians meditate on the duties and obligations that bind humans to perform, and to refrain from performing, certain actions. Finally, philosophers who have reflected on character and duties have also linked individuals to social communities is related to the purposes of individuals. These three topics- character, duty, and social responsibility- are constant topics of ethical reflection and discourse"; HOWALD, Ernst; DEMPFE, Alois; LITT, Theodor. *Geschichte der Ethik vom Altertum bis zum Beginn des 20 (zwanzigsten) Jahrhunderts*. 2. Auflage. München: Wien. R. Oldenbourg Verlag, 1981.

²⁵ Sobre as relações de poder no âmbito da bioética, ver: ENGELHARDT JR., H. Tristram. The Foundations of Bioethics: Rethinking the Meaning of Morality. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003. p. 96.

patologias, aplicando métodos de restabelecimento de cura e de ressocialização do paciente, tratando-se de enfermidade física, psíquica ou mental.

O diagnóstico, ao contrário de uma essência dialógica, guardava em si a magia e o poder de desferir sobre o paciente o peso de uma decisão que, na maioria das vezes, marginalizava e retirava completamente a capacidade de autodeterminação do sujeito. Com efeito, a postura do médico era tradicionalmente descrita com devoção²⁶, reverência²⁷ e temor devido à proeminência de sua posição social e à garantia da veracidade, da neutralidade e da objetividade de seu discurso.

No entanto, essa figura do médico de família, que detinha o *status* de mago²⁸ ou de herói²⁹, possuindo as responsabilidades e a autoridade de decidir tudo a respeito do tratamento a ser ministrado, bem como as eventuais consequências, começou a ser paulatinamente questionada pela sociedade. De fato, a inquebrantável aura de inquestionável conhecimento, adicionada de uma indubitável ética, foi, ao longo do século XX³⁰, seguidamente colocada à prova por uma sociedade que estava sob o signo das mudanças e, por conseguinte, em plena contestação de seus valores e de seus princípios, éticos e morais.

²⁶ CHERKASKY, Martin. The Hippocrates Myth. In: BULGER, Roger J. (Ed.). *Hippocrates Revisited: a search for meaning*. New York: Medcom Press, 1973. p. 71: “*Laymen, who must place their lives in the hands of the doctor, want the physician to be godlike so that he can cure them and so that his devotion to their needs will not be sullied by the greed and self-service which they recognize in themselves and in others*”.

²⁷ Ibidem, p. 71.

²⁸ Eliade explica que o uso das ervas medicinais para os povos primitivos sempre esteve acompanhado de rituais em que eram invocados os deuses para, revivendo a Teogonia, sacralizar aquele momento e retirar dessa invocação a força necessária para curar as enfermidades. E acrescenta: “*Auch der magische und pharmazeutische Wert gewisser Pflanzen ist einem himmlischen Urbild der einzelnen Pflanze zu verdanken oder auch dem Umstand, dass sie zum ersten Male von einem Gott gepflückt worden ist. Keine Pflanze trägt ihren Wert in sich selbst, sondern verfügt über ihn nur wegen ihrer Teilhabe an einem Urbild oder weil gewisse Handlungen und Worte wiederholt werden, welche die Pflanze aus dem profanen Bereich herausheben und sie heiligen*” (ELIADE, Mircea. *Kosmos und Geschichte*. Übers. Günter Spaltmann. Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1994. p. 43-44).

²⁹ JONSEN, Albert R. *The Birth of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 4.

³⁰ BAUD, Jean-Pierre. Les procès médicaux, syndrome d'un pouvoir médical au stade critique. In: BONAÏ, Christian; LEPICARD, Étienne; ROELCKE, Volker (Hrsgs.). *La médecine expérimentale au tribunal: implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen*. Paris: Éditions des Archives Contemporaines, 2003. p. 421: “*Au cours du XXe. siècle, les procès médicaux nous ont mis en garde contre les abus du pouvoir médical, ils ont condamné la barbarie de la science nazie, ils ont provoqué la science du droit en la contraignant à réaliser qu'elle devait parfois aller au-delà du blocage mis en place par le sacré*”.

O aumento populacional³¹, juntamente com o desenvolvimento das técnicas aplicadas à biologia e à medicina, a liberdade e o caráter investigativo da imprensa e a alteração dos padrões comportamentais, gerou, no final dos anos 60 e início dos anos 70, uma enorme inconformidade social latente, ocasionando uma espécie de erosão do padrão da tradicional ética médica ocidental. Tal panorama foi propício para o surgimento da bioética como uma ruptura, senão uma clivagem, na ética médica anteriormente estabelecida³².

O surgimento da bioética marcou o declínio da típica figura dos médicos de família, que supostamente detinham, além da irrestrita confiança, um saber global e absoluto e se pautavam nos princípios morais da chamada ética da confiança, ou seja, a ética à beira do leito. Trata-se de uma época em que ainda se reconhecia a infantilização do paciente frente ao suposto saber do médico. As posturas autoritárias foram sendo enfraquecidas na medida em que houve o recrudescimento do clamor social por ideias acerca da materialização da Justiça, da busca de uma moral autônoma, da estruturação da democracia e da prudência nas relações de poder³³.

³¹ O crescimento demográfico permaneceu quase inalterado durante séculos, ou seja, a taxa de 0,1% prolongou-se durante toda a Idade Média, aumentando para 0,6% ao ano em meados do século XIX. Apenas em 1850 a humanidade, em termos numéricos, atingiu a casa de um bilhão de pessoas e foi a partir de então que ocorreu uma aceleração desse crescimento populacional. Em 1930, oitenta anos mais tarde, o número havia duplicado e em 1960 passou para três milhões de pessoas. Em 1984, os números computavam 4,8 milhões e em 2000 alcançou a estimativa de 6,1 milhões. De fato, a década de 60 marcou o ápice desse crescimento com 2,1% ao ano em média. O cálculo que se faz tendo em vista uma constante nesses índices indica que o contingente humano da face da terra dobraria a cada 35 anos, atingindo 32 bilhões de pessoas em 2010 e 64 bilhões em 2135. Essa realidade se tornou algo alarmante e na década de 70 ocasionou inúmeros debates nos países mais ricos. Em 1974, por exemplo, a divisão da População da Nações Unidas convocou a primeira Conferência Mundial sobre a População realizada em Bucarest. Tal acontecimento marca uma profunda ruptura cultural, pois desloca para o poder político dos Estados o controle de uma problemática que estivera, até então, à esfera íntima da família e dos casais (MUNARO, Júlio S. Demografia e bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Hrsg.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. p. 230).

³² JONSEN, Albert R. *The Birth of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 5.

³³ Foucault foi um dos autores que mais contribuiu para a desconstrução dos saberes ditos absolutos e observou claramente que as relações sociais estão sempre circundadas pelo problema da verdade. FOUCAULT, Michel. *Die Problematisierung der Parrhesia: 6 Vorlesungen gehalten im Herbst 1983 an der Berkeley/Kalifornien*. Hrsg. Josph Pearson. Übers. von Mira Köller. Berlin: Merve Verlag, 1996. p. 76-77: “Und ich denke, dass wir nun beginnen zu sehen, dass die die parrhesia betreffende Krise eine Wahrheitsproblem ist: denn das Problem ist, zu erkennen, wer in der Lage ist, in den Grenzen eines institutionellen Systems die Wahrheit zu sprechen, in dem jeder gleich berechtigt ist, seine eigene Meinung zu äußern. Demokratie ist nicht von sich aus imstande zu bestimmen, wer die spezifischen Eigenschaften hat,

A ruptura desse padrão ético marcado pela hierarquização³⁴ na relação médico e paciente, e baseado nos princípios do juramento hipocrático, viabilizou o surgimento de um novo período em que as convicções morais dos médicos eram entendidas como parte das suas esferas privadas e não mais como respostas éticas ou médicas de caráter absoluto³⁵.

Uma das consequências mais notáveis em relação ao recrudescimento do debate sobre a ética médica foi o reflorescimento³⁶ da ética como uma disciplina que não se restringia mais aos manuais teóricos, distanciada do cotidiano, mas que ganhava um novo *status* e um novo sentido de aplicabilidade. A ética, em sua tradição meramente deontológica, restrita aos centros religiosos, aos sindicatos profissionais e às universidades, havia se tornado paulatinamente inacessível e pouco atraente ao homem comum. Havia certo torpor em relação aos manuais de ética que, de fato, eram marcados por uma linguagem que caracterizava o seu alheamento da realidade prática. Os questionamentos sobre a ética médica, nas décadas de 60 e 70 nos EUA, deram um novo rumo à ética, retirando-a de seu ostracismo e lançando-a como uma nova e eficaz perspectiva para a sociedade.

Restou claro, portanto, que o desvelamento das brumas do autoritarismo que caracterizavam a ética médica³⁷ descortinou a importância das discussões de caráter prático acerca da dignidade³⁸ da pessoa humana. Muito embora a

die ihm oder sie befähigen, die Wahrheit zu sprechen (und wer somit das Recht besitzen sollte, die Wahrheit zu sagen)".

³⁴ CHERKASKY, Martin. The Hippocrates Myth. In: BULGER, Roger J. (Ed.). *Hippocrates Revisited: a search for meaning*. New York: Medcom Press, 1973. p. 72: "It is interesting to note that for considerable periods the doctor's social performance was often not far from the stated virtues and to wonder whether or not in the selection and education of medical students and their exposure to the Hippocratic Oath we had produced a special kind of man. Events have proved it was none of these but rather that social pressures to live up to established, accepted standards of behavior acted as a powerful control upon the doctor, forcing him to conform to society's expectations regardless of what his inner feelings might urge".

³⁵ ROTHMAN, David J. *Strangers at the Bedside: a History of how Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making*. United States: Basic Books, 1991. p. 107.

³⁶ Importante para a análise desse período no campo da filosofia é a obra que marca em ambientes anglo-saxônicos a reabilitação da filosofia prática, conferir: RIEDEL, Manfred (Hrgs.). *Rehabilitation der Praktischen Philosophie*. 2 Bände. Freiburg i. Br. Rombach Verlag, 1972-1974.

³⁷ Segundo o Código de 1847, as formas sectárias e, portanto, irregulares de medicina eram, entre outras: a homeopatia, a hidropatia e a naturopatia. Para maiores detalhes a respeito, ver: JONSEN, Albert R. *The Birth of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 6.

³⁸ Para um conceito de dignidade da pessoa humana, consultar: GEDDERT-STEINACHER, Tatjana. *Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* zu

realidade ainda tenha apresentado casos de violação cada vez mais complexos, pode-se considerar como o início de uma nova³⁹ perspectiva cultural⁴⁰ sobre o homem.

Todavia, o paternalismo dito de caráter benevolente, resultado das lições deontológicas das faculdades de medicina, tem caracterizado, em maior ou menor grau, o comportamento da grande maioria dos médicos em relação aos seus pacientes nos últimos 2.500 anos. Veatch⁴¹ admoesta, porém, que a ética hipocrática é atualmente inaceitável para qualquer ser humano racional, seja ele paciente ou não. Com efeito, ainda que se aceite, em certo sentido, a visão consequencialista, de que o melhor para o paciente em um sentido global é a postura paternalista da ocultação do diagnóstico, a ideia de que pessoas portadoras de enfermidades graves ou fatais ficarão mais felizes se forem enganadas é, no mínimo, suspeita⁴².

Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz. Berlin: Duncker u. Humblot, 1990. p. 59-60: *“Die Achtung der Würde des Menschen ist damit als Pflicht des Menschen gegen sich selbst begründet. Würde und Freiheit sind jedoch zugleich reziproke Begriffe. Sie setzen, wie das Recht insgesamt, die Relation zu anderen Menschen voraus. Ohne diese Relation verliert der Begriff seinen Sinn”*. No Brasil, destaca-se a obra de: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Adgado, 2015. p. 70-71. Segundo o autor, a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

³⁹ WATSON, James D. *DNA: o segredo da vida*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 133. Para sentir a alteração profunda que o surgimento da biotecnologia teve em relação ao profissional da saúde, tanto no nível da prática quanto no da pesquisa, ver o depoimento de Watson: “Tradicionalmente, em biologia acadêmica, tudo o que importava era precedência, ou seja, quem foi o primeiro a fazer a descoberta. Éramos recompensados com renome e respeito, não com dinheiro. Havia exceções, é claro; o prêmio Nobel, por exemplo, vem acompanhado de uma polpuda gratificação, mas, em geral, fazíamos biologia porque amávamos biologia. Nossos parcos salários universitários certamente não ofereciam grande incentivo”.

⁴⁰ VEATCH, Robert M. *Revisiting A Theory of Medical Ethics: Main Themes and Anticipated Changes*. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003. p. 70.

⁴¹ *Ibidem*, p. 70.

⁴² HIGGS, R. *On Telling Patients the Truth*. In: *Moral Dilemmas in Modern Medicine*. New York: Oxford University Press. 1985; MAIO, Giovanni. *Ethik der Forschung am Menschen: Zur Begründung der Moral in ihrer historischen Bedingtheit*. Stuttgart-Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog, 2002. p. 188-190.

3 A ÉTICA APLICADA - O SURGIMENTO DA BIOÉTICA

Não há como se aproximar da ética sem se deparar com os temas provocativos que ela resguarda, tampouco da bioética⁴³, que é a ética aplicada às questões da vida. Tanto uma quanto a outra se apresentam como partes do processo de superação do homem ao longo da História e de suas estratégias de superação dos conflitos morais inerentes à própria vida. Por isso mesmo ambas trazem em si a controvérsia moral como aspecto essencial.

Diniz⁴⁴ alerta que, em regra, a bioética provoca dois sentimentos contraditórios nas pessoas: o fascínio e a repulsa. Para ela, esse fato se deve ao fascínio decorrente da ilusão de se ter encontrado o mecanismo legítimo de mediação para os conflitos morais, sobretudo referentes à saúde humana, cada vez mais intensos nas sociedades democráticas. Perversamente, afirma ainda a autora que a repulsa é o resultado da própria falência do projeto bioético em se tornar a resposta definitiva desses conflitos. E finaliza⁴⁵: “O fato é que a bioética define-se exatamente por essa ambiguidade: seu fascínio é também a condição de seu fracasso”.

Com efeito, é perceptível o grau de notabilidade que a ideia de autonomia⁴⁶ alcançou ao longo da história da bioética, transformando-se em um dos mais aclamados consensos dessa disciplina, especialmente a partir do ponto de partida principialista. A rigor, a razão supostamente benevolente, na maioria das vezes, não chega a ocultar completamente que a supressão de informações esclarecedoras acerca do tratamento ou da pesquisa está investida de motivos de caráter pessoal, isto é, a busca de clarificação das dúvidas e inquietações do próprio profissional da saúde.

Daí, afirma-se que não se pode confundir a ocultação de informação com a aplicação da principiologia bioética, notadamente com uma suposta aplicação dos princípios da benevolência e da não maleficência. A atitude de supressão ou mesmo de distorção da informação consiste, geralmente, em um esforço de tentar evitar situações embaraçosas que podem revelar não somente

⁴³ Para entender o primeiro uso do termo bioética como ética para a sobrevivência, ou seja, uma ética que intentava compreender a aliança entre o conhecimento biológico e os valores humanos, consultar: POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the Future*. New Jersey: Prentice-Hall, 1971. p. 2.

⁴⁴ DINIZ, Debora. Bioética: Fascinación y repulsa. *Acta Bioética*, jan./abr. 2002.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ POST, Stephen G. (Editor in Chief). *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd ed. USA: Macmillan Reference USA, 2003. p. 246.

o tumultuado aspecto humano do profissional, igualmente o seu despreparo para lidar com situações moralmente conflituosas e até, em muitos casos, a sua própria incompetência técnica.

Trata-se, na maioria dos casos, do distanciamento⁴⁷ moral que é evidente em todas as vezes em que há a ocultação da verdade nas relações humanas. Nesse caso, percebe-se que o outro não é considerado na esfera da reciprocidade nem da alteridade, que é uma das mais relevantes características da bioética, notabilizando-se como parte de seu núcleo significativo.

De fato, há na bioética o pressuposto da compreensão do outro, não como a continuidade de uma vontade individual, mas como um ser humano digno⁴⁸ e dotado de vontade e de razão própria, autônomo e capaz. O outro não como um mero agente passivo, mas uma entidade comunicacional ativa e capaz de expressar, ainda que com suas particularidades e seus limites cognitivos, suas próprias deliberações. O outro, entendido não mais como o *infans*, a dizer, aquele que ainda não possui o domínio dos códigos comunicativos e, portanto, carece de uma fala própria. Destaca-se que é exatamente por essa via em que se exige a alteração do *status* do outro, que surge o discurso bioético e, sobretudo, a consequente crítica à ética hipocrática.

A bioética, portanto, se distingue essencialmente da ética médica tradicional, na medida em que consiste em um saber mais amplo que propõe e instaura um novo perfil de pesquisa e de prática clínica, defrontando-se com o desafio de se estabelecer como uma nova disciplina dotada de um estatuto e

⁴⁷ ROTHMAN, David J. *Strangers at the Bedside: a History of how Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making*. United States: Basic Books, 1991. Engelhardt também utilizou a ideia de estranhos morais para explicar esse afastamento entre os interlocutores e a dificuldade de consenso entre eles. Segundo ele, “*the Foundations of Bioethics thus starts from what should be obvious: the controversies defining bioethics are the result of disputes engaged across moralities. The participants in the disputes meet as moral strangers, in the sense of sharing neither (1) sufficient basic premises and rules of moral inference, so as to resolve their controversies by sound rational argument, nor (2) a common understanding of who in authority to resolve such controversies*”.

⁴⁸ Tentando enfrentar a complexidade da expressão “pessoa digna”, Lepargneur explica: “Grosso modo, uma pessoa é digna, ou sua conduta é digna, quando segue os ditados da racionalidade ou os princípios da moral vigentes no lugar. Digno é o comportamento adequado aos olhos do cidadão honesto. A referência é ao mesmo tempo individual e coletiva, sujeita à internalização da lei do pai (superego), ainda que possa surgir certo desnível entre as duas avaliações, desnível tributário não apenas do carisma ou do capricho individual, mas também da educação recebida” (LEPARGNEUR, Hubert. A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Hrgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. p. 179).

com uma área de atuação delimitada. Trata-se de um saber decorrente, também, da constatação relativamente recente da gravidade dos problemas ecológicos⁴⁹ e da finitude dos recursos naturais que eram considerados inesgotáveis. A bioética se ocupa não somente com a vida humana⁵⁰, mas com a vida em uma dimensão holística⁵¹. É tarefa da bioética a consideração tanto do planeta Terra quanto de seus recursos, como patrimônio da humanidade. A bioética é, nessa configuração, uma consequência inequívoca⁵² do amadurecimento da teoria

⁴⁹ Para aprofundamento, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40-41.

⁵⁰ Müller-Hill, após intensa pesquisa acerca das atrocidades cometidas em experimentos com seres humanos na Alemanha entre 1933 a 1945, descreve as testemunhas e os autores da dor e da miséria humana da seguinte maneira: *“Keiner der Befragten hatte sich selbst beschuldigt. Die meisten von ihnen hatten erklärt, dass sie von Massenmorden an Geisteskranken, Juden und Zigeunern nicht wussten, dass sie nichts von den Vorgängen wussten, die gerade ihre Institution in die Nähe der Mörder gebracht hatte, dass in ihren Arbeitsbereich kein Antisemitismus zu spüren war, dass sie nicht oder gezwungenermaßen in der NSDAP waren, dass ihre besten Freunde jüdisch oder halbjüdisch waren, dass sie als reine Wissenschaftler nie ihre Rassegutachten manipuliert hätten und dass sie nie oder wenig über die Gesamtzusammenhänge nachgedacht hätten”*. E conclui que: *“Es könnte sein, dass gerade diese massive Häufung von Unwissenheit und Unschuldbehauptungen, die sich so leicht aussprechen ließen, aufgeschrieben ihnen schrecklich, ob wahr oder unwahr, in den Ohren klangen”* (MÜLLER-HILL, Benno. *Tödliche Wissenschaft: die Aussonderung von Juden, Zigeunern und Geisteskranken 1933-1945*. Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, 1984. p. 10; siehe noch: GUTTENBERG, Gerda. *Die fragwürdige Strukturierung des Deutschen Roten Kreuzes-Entwicklung und Mißbrauch durch die Nationalsozialisten*. In: *Dokumentation des Gesundheitstages*. Berlin, 1980; BAADER, Gehard; SCHULTZ, Ulrich (Hrsg.). *Medizin und Nationalsozialismus: tabuisierte Vergangenheit-ungebrochene tradition?* Berlin: Verlagsgesellschaft Gesundheit mbH, 1980. p. 235; WEYERS, Wolfgang. *The abuse of man: an illustrated History of dubious medical experimentation*. New York: Ardor Scribendi Ltd., 2003. p. 257. *“What made the experiments in humans under the Nazis so heinous and abominable? First, they were carried out on a scale of proportions so enormous that they defy belief. Second, many of them were of cruelty unparalleled in the annals of history. And third, the circumstances under which they were conducted were horrendous to actualization of the worst nightmares of hell. Test subjects were deprived of any remnant of human dignity and reduced to repositories that could be used at the experiments, their fate had been sealed; they had been sentenced to death for the crime of mere existence. Their only claim on life was their utility: inmates of Nazi concentration and extermination camps were allowed to survive briefly if they could be exploited for work or for medical research”*.

⁵¹ CORTINA, Adela. O desafio é que a ética ligue ao poder. Entrevista concedida a Miguel Alberola. Disponível em: <www.politicasnet.2001>: *“Es la doctrina número uno, y además lo que nos une a todos cada vez más no es ser personas, sino ser consumidores. Me gusta mucho esa expresión de Rifkin que dice que nuestra etapa es aquella en que ha triunfado el capitalismo porque ha conseguido llevar todo nuestro tiempo a la arena comercial. Podemos comprar a cualquier hora del día, de la noche, por Internet, en una gran superficie. Somos consumidores de raíz. Es una forma de vida que hace prácticamente imposible la solidaridad. Cuando hay una forma de vida en la que lo que da la felicidad es ir de compras, porque la gente ya no va a comprar esto o lo otro, sino de compras como un fin en sí mismo, que el de al lado tenga o no tenga, o se esté muriendo de hambre, es que ni se considera. El consumismo ha expulsado a la solidaridad”*.

⁵² MATEO, Ramón. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1987. p. 29/30.

dos direitos fundamentais⁵³. Desse modo, articula-se a inserção de um novo padrão de direitos, entre eles o direito à inclusão social e à antidiscriminação, que assegurem as condições de vida que, de modo geral, garantam a todos o exercício da cidadania plena.

Pellegrino⁵⁴ realça que esse esforço por uma nova postura diante da ética na medicina deve ser estendido progressivamente a todas as demais profissões que lidam, direta ou indiretamente, com o ser humano em situações de vulnerabilidade. E explica ainda que é necessário um retorno a uma séria reflexão acerca da natureza do *bem* e da finalidade (*telos*) de todas as atividades profissionais. Considera que, cedo ou tarde, todos irão se encontrar em alguma situação de vulnerabilidade frente a outros profissionais. Portanto, é preciso que alguns *standards* fundamentais de valorização do ser humano estejam claramente preestabelecidos⁵⁵.

4 A TEORIA DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na atualidade, o consentimento informado é um dos itens imprescindíveis para qualquer empreendimento relacionado aos seres humanos, principalmente na área da saúde, um vez que é por meio desse instrumento que se materializa a dignidade e a autonomia. Embora se possa reconhecer uma preocupação embrionária com a expressa anuência do paciente na segunda metade do século XX⁵⁶, foi com o movimento bioético estadunidense de 1970 que ela se tornou mais concreta e factível.

Por consentimento informado, que, ao ser recepcionado pela bioética brasileira, passou a ser amplamente conhecido como consentimento livre e esclarecido, entende-se a manifestação da vontade e da livre concorrência de

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

⁵⁴ PELLEGRINO, Edmund D. From Medical Ethics to a Moral Philosophy of the Professions. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003. p. 9.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁶ SCHRAMME, Thomas. *Bioethik*. Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2002. p. 29.

vontades entre as partes de uma relação, isto é, uma forma de expressão da autonomia das pessoas envolvidas⁵⁷.

Consiste, pois, em um direito subjetivo, de alcance civil, administrativo e penal, no seio da relação entre médico e paciente. A informação e o consentimento são obrigações legais que devem ser expressos mediante um processo⁵⁸ em que ao paciente devem ficar esclarecidos, além do diagnóstico, as possibilidades de intervenções médicas, sejam elas preventivas ou curativas, e os inevitáveis riscos delas decorrentes.

No cerne do ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, há a previsão do direito à informação, a qual se estende em uma espécie de capilaridade para a esfera infraconstitucional e, dessa forma, se assegura a obrigatoriedade do consentimento prévio, livre e esclarecido em todos os procedimentos médicos. Destaca-se, ainda, a Lei nº 8.078/1990, Código de Direito do Consumidor, que, em seus arts. 6º, III, 9º e 14, § 4º, dispõe sobre a necessidade de informação minudente sobre produtos e serviços prestados, estabelecendo os limites da responsabilidade e da reparação de danos causados ou por defeito na prestação de serviços ou em razão da insuficiência ou da inadequação da informação ofertada. O § 4º, à guisa de exemplificação, enfatiza que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa⁵⁹.

No entanto, cumpre esclarecer que a transferência da assunção da responsabilidade ao paciente, ou, melhor, da assunção do risco do ato médico em face daquilo que lhe foi previamente informado, não acoberta e nem

⁵⁷ CASABONA, Carlos María Romeo. *El médico y el derecho penal*. I. La actividade curativa. Barcelona: Bosch, Casa Ed., 1981, p. 141 y ss. y 285 y ss.

⁵⁸ CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Hrsg.). *Biocologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 131: “Também não é correto pensar que o profissional é o sujeito ativo do consentimento informado, ou o único sujeito; ao contrário, este consiste em um processo cuja transcendência jurídica se manifesta nos diversos momentos ou fases desse processo e que culmina com a manifestação ou manifestações sucessivas de vontade do paciente ou das pessoas que o fazem em seu lugar, e representação, quando assim está previsto normativamente”.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

mesmo ampara a atuação profissional incorreta, seja ela culposa⁶⁰ ou dolosa⁶¹. A imputação da conduta incorreta continua recaindo sobre o profissional que a ocasionou. Assim, cabe ao médico, por meio da elaboração da história clínica do paciente, ou seja, seu prontuário, o ônus da prova perante as autoridades sanitárias e jurídicas de ter rigorosamente cumprido com os deveres, acima de tudo o de informar corretamente.

Casabona⁶² alerta que os casos de manipulação ou de ocultação de trechos do prontuário podem ser considerados como indícios graves de responsabilidade administrativa, civil e até mesmo penal do profissional responsável. Sugere que a informação, entendida como parte imprescindível do consentimento, se divide em três classes: a informação como objeto da consulta⁶³ ou finalidade do ato médico; a informação como parte do tratamento, ou, melhor, a informação terapêutica⁶⁴; e a informação como pressuposto do consentimento⁶⁵.

⁶⁰ A culpa, nesse caso, deve ser entendida em suas três modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

⁶¹ O que caracteriza uma ação dolosa é o *animus* do agente, ou seja, é a vontade do agente de praticar o ato.

⁶² CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Hrsg.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 142-143.

⁶³ Para Casabona, se trata de uma informação diagnóstica, ou seja, de caráter pré-sintomático sobre o estado de saúde momentâneo do paciente, acompanhada naturalmente de um prognóstico (CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Hrsg.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 144).

⁶⁴ Casabona também ajuda a distinguir esse outro tipo de informação, isto é, de caráter terapêutico. Segundo ele, supõe aqui um tipo de esclarecimento em razão de uma ativa colaboração do paciente no processo de cura e tratamento de sua enfermidade, sendo, portanto, necessariamente de caráter verbal e de forma contínua (CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Hrsg.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 145). *In verbis*: “Seria um meio condutor da terapia, no sentido de favorecer a possibilidade de uma cura precoce ou conseguir uma forma de vida condizente com o diagnóstico precoce, ou uma profilaxia determinada, convertendo a informação, desta forma, em um instrumento médico pedagógico auxiliar, que motive o paciente a adotar as medidas terapêuticas que se achem medicamente indicadas”.

⁶⁵ Essa classe de informação é a que antecede o consentimento; desse modo, a sua ausência ou transmissão errônea ou incompleta pode e deve gerar a responsabilização tanto do profissional quanto do estabelecimento sanitário, ou seja, tanto responsabilidade civil quanto administrativa (CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Hrsg.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 147).

Tomando como base as três modalidades de informação, o consentimento deve ser isento de vício, isto é, necessariamente livre, esclarecido e consciente. Como livre, deve ser entendido o consentimento em que o sujeito possua uma precisa representação mental e psíquica da realidade, isto é, acerca do alcance do ato ou dos atos sobre os quais irá consentir. Livre é também o consentimento que, em sua elaboração, não advier de erro, coação ou qualquer outro procedimento de cunho duvidoso ou ambíguo que possa macular ou limitar a captação das informações ou a liberdade de deliberar e de consentir do paciente como sujeito da sua própria história.

Em regra, o sujeito do consentimento deverá ser preferencialmente o paciente ou, na impeditiva falta de alguma das suas faculdades físicas, psíquicas ou mentais, seu representante legal. Em caso de paciente adulto e capaz, não deve ser exigido qualquer tipo de assentimento de outrem, seja de cunho familiar ou mesmo profissional, no sentido de garantir uma ampla liberdade e autonomia do paciente no ato de sua deliberação e de sua anuência.

Ressalta-se que o consentimento de paciente adulto e capaz de processar e de deliberar as informações sobre o procedimento médico a que foi ou será submetido deve ser entendido como suficiente. Nesses termos, urge assegurar que a vontade do paciente, antes e durante o procedimento médico, deverá ser protegida se foi emitida na total ausência de qualquer espécie de erro, de ignorância ou de coação. A participação do paciente, e/ou de seus familiares, como sujeito ativo⁶⁶ na condução do tratamento a ser ministrado é considerada a

⁶⁶ Segundo a Encyclopedia de Bioética, a autonomia é entendida como uma capacidade psicológica do sujeito ativo, “*there are three elements to the psychological capacity of autonomy: agency, independence, and rationality*”. E define *agency*: “*The capacity for agency distinguishes persons from inanimate objects and from nonhuman animals. Inanimate objects can be affected by objects and conditions external to them, as can persons, but unlike persons, inanimate objects cannot be said to act on desires*”. Já *independência* é entendida da seguinte forma: “*Independence is the absence of influences that so control what a person does that it cannot be said that he or she wants to do it. This may seem a feature of an autonomous action rather than an element of psychological capacity. However, there are cases in which a person’s course of life is under constant threat of violence from others, and the person acts always to avoid harm: war, poverty, abusive relationships, police states. When the whole of a person’s beliefs, plans, self-image, and ways of relating to others are the result of unrelenting coercion and manipulation, then that person has little or no capacity for autonomy*”. Finalmente, quanto à racionalidade, esclarece: “*The third element of capacity for autonomy is means-end rationality, or rational decision making. In addition to the self-consciousness of agency, the capacity for rational decision making requires a person: (1) whose beliefs are subject to standards of truth and evidence; (2) with ability to recognize commitments and to act on them; (3) who can construct and evaluate alternative decision; (4) whose changes in beliefs and values can change decisions and actions; and (5) whose beliefs and values yield rankings of action commitments*” (POST, Stephen G. (Editor in Chief). *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd ed. USA: Macmillan Reference USA, 2003. p. 246-247).

condição primordial para o discurso bioético. Ademais, a expressão da vontade do paciente, a princípio, deve ser tomada como a *ultima ratio* do tratamento médico em si. A propósito, o art. 146, I, do Código Penal brasileiro prevê a excludente de ilicitude da intervenção do médico sem consentimento apenas em casos estritos de iminente risco de vida⁶⁷.

Ademais, para elucidação do tema, imperiosa é a referência à Resolução nº 1.931 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Em síntese, o código de ética médica em vigor trata da responsabilidade médica, dos direitos dos pacientes e, especialmente, da obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido em seus arts. 1º, parágrafo único, 22, 23, 24, 46 e 101⁶⁸, salientando a autonomia do paciente, a confidencialidade e o diálogo.

Partindo dessas premissas, resta enfrentar e analisar, de modo geral, a articulação da proteção e da promoção jurídica das pessoas com deficiência com o conteúdo dos direitos humanos e de alguns dos direitos fundamentais⁶⁹ do catálogo reconhecido e protegido pela Constituição Federal de 1988, à luz da bioética e da convenção⁷⁰ da ONU dos direitos das pessoas com deficiência, internalizada mediante o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF. Essa convenção, sendo equivalente a uma emenda constitucional, passou a integrar o bloco de constitucionalidade interno, parâmetro, portanto, tanto do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público nacional quanto do assim designado controle de convencionalidade⁷¹.

Em decorrência disso, há aproximadamente dois anos foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, trivialmente conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando à concretização das ideias de igualdade, de dignidade, de tolerância, de cidadania e de liberdade, de modo a efetivar a inclusão das

⁶⁷ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 10-11.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁷¹ SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e a hierarquia entre os direitos humanos e direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. In: BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes et al. *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 249-250.

pessoas com deficiência em todos os segmentos da vida nacional⁷². Esse texto legal é fruto tanto da recepção da supramencionada convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência quanto do protocolo facultativo ratificados pelo Congresso Nacional em 2008 e promulgados por meio do Decreto n° 6.949, de 2009.

A título de definição, considerou preliminarmente a ideia de pessoa com deficiência como aquela que possui um impedimento em longo prazo que pode obstruir a participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas, alinhando a perspectiva legal com o conceito advindo do modelo social. Afirmou a ideia ampla de impedimento que engloba desde os de natureza física, intelectual, sensorial até mental, sublinhando o mérito do atendimento multiprofissional e interdisciplinar tanto para a avaliação da deficiência quanto para o acompanhamento da pessoa com deficiência.

Infere-se, portanto, uma relevante contribuição da teoria dos direitos humanos e fundamentais e do discurso bioético na produção contemporânea da legislação nacional, particularmente no conteúdo dessa Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência de 2015. Na esfera desse estatuto, é nítida a questão do empoderamento das pessoas com deficiência para o exercício da cidadania por meio da equação entre as noções de igualdade, de dignidade, de autonomia e de diferença para, desse modo, assegurar principalmente a concretização do direito da antidiscriminação⁷³ em uma teia de responsabilidades solidárias.

Como outrora afirmado, consiste em uma adesão do legislador ao modelo social de deficiência⁷⁴, típico legado dos anos 70, isto é, a uma nova concepção de deficiência que coloca por terra a radicalidade do princípio da eficiência como

⁷² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁷³ Segundo o § 1º do art. 4º da Lei nº 13.146/2015, “considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas”. Ver, igualmente, RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação e discriminação por deficiência. In: DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson (Org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: Letras Livres-Edunb, 2010. p. 73-96.

⁷⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 911 e ss.

primordial nas relações humanas⁷⁵, desvendando a hipocrisia em relação às atuais condições de isonomia⁷⁶ e expondo a urgência por um novo conceito de ciência que encete uma aliança entre o conhecimento tecno-científico e as formas de intervenção na vida das pessoas circunscritas pela bioética em um panorama de eficácia dos direitos humanos e fundamentais.

Em geral, esse texto legal enaltece que, no que tange ao direito à informação, base da teoria do consentimento livre e esclarecido, deve ser assegurado, por meio ou não de tecnologias assistidas, o acesso amplo às informações e aos múltiplos recursos de comunicação acessíveis no intuito de superação de todos os tipos de barreiras. Já o segundo capítulo especificamente assegura a acessibilidade plena aos meios de comunicação em geral, acesso à Internet, bem como aos materiais e aos locais construídos a partir da ideia de desenho universal, impelindo inclusive o Poder Público a promover a edição, a difusão, a distribuição e a comercialização de livros, de revistas, de periódicos e de artigos científicos em formatos acessíveis.

Sobreleva-se nessa quadra que o pedido de tomada de decisão apoiada, grande novidade no ordenamento jurídico brasileiro, recentemente padronizado à teoria dos atos civis, não é absoluto, isto é, nos termos dessa lei, ele deve ser delimitado ao objeto, ou seja, aos limites do apoio, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar, e ao tempo, prazo de vigência. Evidencia-se nesse novo instituto a ideia de discernimento, afeita à noção de uma racionalidade mitigada, e de confiança que se extrai da condição de solidariedade e de responsabilidade como parâmetros para o processo de decisão que embasam os atos da vida civil na contemporaneidade.

Expressando a perspectiva holística da bioética, os ditames da Organização Mundial de Saúde(OMS) e a essência da Carta Magna de 1988, o capítulo terceiro trata do direito à saúde⁷⁷ das pessoas com deficiência, garantindo a atenção integral⁷⁸ em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS mediante acesso universal e igualitário. Inova no sentido do protagonismo, típico da

⁷⁵ Jornal O Estado de São Paulo. Aluno com retardo mental é torturado. Disponível em: <www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090618>. Acesso em: 18 jun. 2016.

⁷⁶ GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 36.

⁷⁷ Sobre o tema, ver, ainda: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263.

⁷⁸ MONTEIRO, Fábio de Holanda. *A internação compulsória na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais*. Curitiba: Primas, 2016. p. 66.

bioética, ao assegurar a participação da pessoa com deficiência na elaboração das políticas de saúde a ela destinadas. Institui literalmente, no inciso VIII do art. 18, a garantia de informação adequada e acessível à pessoa com deficiência e a seus familiares sobre sua condição de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a emergência desse novo diploma legal no Brasil efetuou uma espécie de ruptura na chamada plataforma das capacidades, especialmente por afirmar textualmente que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, sobretudo quando se refere ao dever do Estado, da sociedade e da família de assegurar, com prioridade, a efetivação de seus direitos fundamentais e elenca, entre outros, o direito à saúde, à vida, ao planejamento familiar, à informação, à habilitação e à reabilitação.

Consiste em uma construção legal em que resta evidenciada a contribuição do discurso bioético, mormente no teor do instituto da tomada de decisão apoiada que resultou nas devidas alterações do Código Civil em vigor. De fato, a tomada de decisão apoiada se efetiva por meio de um processo no qual se destaca a valorização da autonomia, dos graus de discernimento e da dignidade da pessoa, independentemente da deficiência.

Trata-se, de fato, de uma tentativa legislativa de, isonomicamente, estabelecer o tratamento médico de forma individualizada em que, a cada estágio do procedimento clínico, médico e paciente possam argumentar, dialogar, pactuar e repactuar em função das possibilidades inovadoras da biotecnologia e da medicina, em face de suas crenças e em oposição às suas opiniões, aos seus pré-conceitos e aos seus valores preestabelecidos.

Nesse sentido, não custa lembrar que a conduta do médico deve caracterizar-se por um agir voltado para o entendimento. Habermas⁷⁹ adverte que se trata de um agir voltado para a tarefa de identificar e de reconstruir as condições universais de entendimento possível. De fato, o que se busca é a real

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1997. p. 229. O autor tenta demonstrar que a tentativa de fusão de horizontes tradicionais, em que cada um dos comunicadores advém de tradições demasiado diversas e apresentem uma alteridade radical, culminará no entendimento entre os interlocutores. Nesse sentido, cada signo imbuído de sua significação e carregado de tradição é oferecido ao diálogo, não esgotando os sentidos subjacentes em relação à história íntima do interlocutor, mas abrindo caminho para novos questionamentos e novas reinterpretações que devem ocorrer em seu âmbito.

aproximação entre os horizontes e as perspectivas morais muitas vezes díspares, que deve ocorrer mediante o diálogo contínuo entre as partes, isto é, sobretudo de modo direto entre o médico e o paciente. Esse diálogo deve ser permanentemente marcado pela abertura a novos horizontes comunicativos e também pela possibilidade de ambos os comunicadores se criticarem mutuamente.

Consiste, pois, em um processo de compreensão, ou seja, de interpretação mútua, que leva à criação de códigos comunicativos análogos entre os interlocutores e evita, portanto, que o processo comunicativo seja frustrado pela ocorrência de conceitos equívocos, ambíguos ou dúbios que venham a impedir a possibilidade de diálogo. A impossibilidade de diálogo, em regra, prejudica desde a produção do diagnóstico, enquanto *gnose* compartilhada, até o planejamento e a implementação de políticas públicas na área da saúde no Brasil, afetando igualmente a concretização de vários direitos fundamentais.

Considera-se, nessa perspectiva, um avanço a produção de um texto legislativo como o da Lei nº 13.146/2015, notadamente em um panorama que se atualiza pela urgente necessidade de se ampliar as condições de inclusão social de todas as pessoas em um Brasil ainda marcadamente excludente e com um expressivo *déficit* de ações eficazes voltadas para o fortalecimento da estruturação de relações sociais isonômicas, sobretudo na seara da saúde e envolvendo pessoas com deficiência.

A deficiência, no entanto, persiste como um tabu na sociedade ocidental, especialmente em face da atual padronização de um ideal de perfeição⁸⁰. Quanto mais se utiliza a medicalização para conter, dominar e transformar o ser humano, mais efeitos nocivos se detecta para a ideia de inclusão⁸¹ social dos diferentes.

Afirma-se, finalmente, que a plena aplicação desse diploma legal ainda requer uma vasta discussão acerca da teoria do consentimento informado, livre e esclarecido, advindo da bioética, para a concretização de uma prática nacional condizente com os desígnios dessa legislação, uma vez que as suas normas se projetam em alterações significativas que se irradiam em múltiplas áreas, perpassando e enlaçando os conhecimentos, sobretudo o médico e o

⁸⁰ COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 113.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259-789.

jurídico. Trata-se, portanto, de uma obra inacabada que implica na necessária contribuição advinda de outros saberes para a sua efetivação, especialmente para tornar manifesta e legítima a manifestação de todas as pessoas humanas em sua dimensão de dignidade, de alteridade e de autonomia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAUD, Jean-Pierre. Les procès médicaux, syndrome d'un pouvoir médical au stade critique. In: BONAHE, Christian; LEPICARD, Étienne; ROELCKE, Volker (Hrsg.). *La médecine expérimentale au tribunal: implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen*. Paris: Éditions des Archives Contemporaines, 2003.

BENJAMIN, Walter. *Angelus Novus: saggi e frammenti*. Trad. Renato Solmi und Fabrizio Desideri. Torino: Einaudi, 1995.

CASABONA, Carlos María Romeo. *El médico y el derecho penal*. I. La actividade curativa. Barcelona: Bosch, Casa Ed., 1981.

_____. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Hrsg.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHERKASKY, Martin. The Hippocrates Myth. In: BULGER, Roger J. (Ed.). *Hippocrates Revisited: a search for meaning*. New York: Medcom Press, 1973.

CORTINA, Adela. El desafio es que la ética llegue al poder. Entrevista concedida a Miguel Alberola. Disponível em: <www.politicaset.net.2001>.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.

D'AGOSTINO, Francesco. *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livr. Morais Ed., 1961.

DINIZ, Debora. Bioética: fascinación y repulsa. *Acta Bioética*, jan./abr. 2002.

EDELSTEIN, Ludwig. The Hippocratic Oath: text, translation and interpretation. *Bulletin of the History of Medicine*, Suppl. 5, p. 1-64, 1943, reprinted. In: TEMKIN, Oswei; TEMKIN, C. Lilian (Ed.). *Ancient Medicine: Selected Papers of Ludwig Edelstein*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1967.

ELIADE, Mircea. *Kosmos und Geschichte*. Übers. Günter Spaltmann. Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1994.

_____. *Mythos und Wirklichkeit*. Übersetzung von Eva Moldenhauer. Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1988.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. *The Foundations of Bioethics: Rethinking the Meaning of Morality*. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Die Problematisierung der Parrhesia: 6 Vorlesungen gehalten im Herbst 1983 an der Berkeley/Kalifornien*. Hrsg. Josph Pearson. Übers. von Mira Köller. Berlin: Merve Verlag, 1996.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GEDDERT-STEINACHER, Tatjana. *Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*. Berlin: Duncker u. Humblot, 1990.

GUTTENBERG, Gerda. *Die fragwürdige Strukturierung des Deutschen Roten Kreuzes-Entwicklung und Mißbrauch durch die Nationalsozialisten*. In: *Dokumentation des Gesundheitstages*. Berlin, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1997.

HIGGS, R. *On Telling Patients the Truth*. In: *Moral Dilemmas in Modern Medicine*. New York: Oxford University Press, 1985.

HOWALD, Ernst; DEMPFF, Alois; LITT, Theodor. *Geschichte der Ethik vom Altertum bis zum Beginn des 20 (zwanzigsten) Jahrhunderts*. 2. Auflage. München: Wien. R. Oldenbourg Verlag, 1981.

JONSEN, Albert R. *The Birth of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998.

KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LEPARGNEUR, Hubert. *A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia*. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Hrsgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2011.

MAIO, Giovanni. *Ethik der Forschung am Menschen: Zur Begründung der Moral in ihrer historischen Bedingtheit*. Stuttgart-Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog, 2002.

MATEO, Ramón. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, Fábio de Holanda. *A internação compulsória na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais*. Curitiba: Primas, 2016.

MOURA, Vasco Graça. *Os sonetos de Walter Benjamin*. Porto: Campo das Letras, 1999.

MÜLLER-HILL, Benno. *Tödliche Wissenschaft: die Aussonderung von Juden, Zigeunern und Geisteskranken 1933-1945*. Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, 1984.

MUNARO, Júlio S. Demografia e bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Hrgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

O'NEILL, Lúcia Falcón. *La razon feminista*. Madrid: Vindicacion Feminista Publicaciones, 1994.

PELLEGRINO, Edmund D. From Medical Ethics to a Moral Philosophy of the Professions. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Hrgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

PIETTRE, Bernard. *Filosofia e ciência do tempo*. Philosophie et science du temps. Trad. Maria Antônia Pires de Figueiredo. Bauru: Edusc, 1997.

POST, Stephen G. (Editor in Chief). *Encyclopedia of Bioethics*. 3rd ed. USA: Macmillan Reference USA, 2003.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the Future*. New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

RIEDEL, Manfred (Hrgs.). *Rehabilitierung der Praktischen Philosophie*. 2 Bände. Freiburg i. Br. Rombach Verlag, 1972-1974.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação e discriminação por deficiência. In: DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson (Org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: Letras Livres-Edunb, 2010.

ROTHMAN, David J. *Strangers at the Bedside: a History of how Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making*. United States: Basic Books, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Adgado, 2015.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHRAMME, Thomas. *Bioethik*. Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2002.

SCHUBERT, Charlotte. *Der hippokratische Eid: Medizin und Ethik von der Antike bis heute*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005.

SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e a hierarquia entre os direitos humanos e direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. In: BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes et al. *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRUNZ, Franz. *Die Vergangenheit der Naturforschung: ein Beitrag zur Geschichte des menschlichen Geistes*. Jena: Verlegt bei Eugen Diederichs, 1913.

VEATCH, Robert M. Revisiting A Theory of Medical Ethics: Main Themes and Anticipated Changes. In: WALTER, Jennifer K.; KLEIN, Eran P. (Ed.). *The Story of Bioethics: from seminal works to contemporary explorations*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2003.

WATSON, James D. *DNA: o segredo da vida*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WEYERS, Wolfgang. *The abuse of man: an illustrated History of dubious medical experimentation*. New York: Ardor Scribendi Ltd., 2003.

Submissão em: 29.06.2017

Avaliado em: 30.06.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.07.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 12.12.2017

DIÁLOGO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA REALIDADE NOS DIAS ATUAIS?

IS THERE A CLEAR AND OPEN DIALOGUE BETWEEN BRAZILIAN SUPREME COURT AND INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS?

Gilberto Schäfer¹

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Roger Raupp Rios²

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Paulo Gilberto Cogo Leivas³

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Jesus Tupã Silveira Gomes⁴

Mestrando em Direitos Humanos no Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter, Porto Alegre/RS, Brasil)

¹ Professor do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter, Canoas/RS, Brasil). *E-mail*: schafer@via-rs.net. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5204288597170064>>.

² Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Professor do Mestrado *Stricto Sensu* (Direitos Humanos) e da Graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter, Canoas/RS, Brasil). *E-mail*: roger.raupp.rios@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9032766713121501>>.

³ Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter, Canoas/RS, Brasil). *E-mail*: pgleivas@uol.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8903151502297215>>.

⁴ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito de Família Contemporâneo e Mediação na Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS). Mediador Judicial em formação junto ao Nupemec/TJRS. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail*: jtsg1976@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/1009949466040169>>.

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos humanos; direito constitucional.

RESUMO: O mundo contemporâneo encontra-se marcado por uma crescente interação entre pessoas, instituições e países. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, há cada vez relações mais estreitas entre os ordenamentos jurídicos nacionais e os sistemas internacional e regionais de proteção aos direitos humanos, o que exige o estabelecimento de diálogos entre os Tribunais nacionais e as Cortes supranacionais de direitos humanos. O presente estudo tem por objetivo investigar se existe diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) nos dias atuais. O trabalho encontra-se dividido em três partes: inicialmente, apresentamos o Diálogo entre Cortes e seus requisitos: a existência de uma linguagem comum e de valores similares; em seguida, exploramos as relações da CorteIDH com outros Tribunais latino-americanos, com atenção especial à Argentina e ao México, que conferiram hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos; por derradeiro, mapeamos as causas do alheamento brasileiro em relação às decisões proferidas pela Corte Interamericana e examinamos o julgamento proferido pelo STF ao apreciar a ADPF 153. O estudo foi elaborado por meio de revisão bibliográfica, tendo por objeto textos doutrinários nacionais e estrangeiros sobre a matéria e julgados proferidos pela CorteIDH e pelo próprio STF. Os resultados parciais demonstram que não se pode falar, nos dias atuais, na existência de um diálogo aberto entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: *The contemporary world is marked by a rising interaction between people, institutions and countries. In the framework of the International Law of Human Rights, there are more and closer relations between the national legal systems and the universal and regional ones, which requires the establishment of dialogue between the national Courts and the supranational Courts of Human Rights. The present paper aims to investigate if there is a dialogue between the Brazilian Supreme Court (STF) and the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court) in the present day. The study is divided into three parts: initially, we present the Dialogue between Courts and their requirements (the existence of a common language and similar values); then we explore the relationships of the I/A Court with other Courts in Latin-America, with special attention given to Argentina and Mexico, that gave constitutional hierarchy to international treaties on Human Rights; last, we mapped the causes of the Brazil alienation in relation to decisions handed down by the Inter-American Court and we examine the judgment delivered by the STF to appreciate the ADPF 153. The study was prepared by the review of national bibliography and foreign about the role of the Inter-American Court, in conjunction with the research of case law laid down by the*

I/A Court and STF. The partial results demonstrate there is not a clear and open dialogue between the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights.

PALAVRAS-CHAVE: direito internacional dos direitos humanos; diálogo entre Cortes; Supremo Tribunal Federal (STF); Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

KEYWORDS: *international law of human rights; dialogue between Courts; Brazilian Supreme Court (STF); Inter-American Court of Human Rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Requisitos para o estabelecimento do diálogo entre Cortes; 2 O diálogo entre a Corte Interamericana de Derechos Humanos e os Tribunais Constitucionais na América Latina; 3 Relações entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Derechos Humanos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Requirements for the establishment of dialogue between Courts; 2 The dialogue between the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Courts in Latin America; 3 Relations between the Brazilian Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea encontra-se marcada pela crescente interação: pessoas circulam pelas fronteiras em busca de emprego, liberdade religiosa ou melhores condições de vida; consumidores no Brasil adquirem produtos vindos diretamente dos Estados Unidos, da Europa ou da China; há acesso direto a informações e notícias de todo o planeta com apenas alguns cliques. Nesse mundo globalizado, mas não igualitário, os conflitos interpessoais surgidos em um determinado Estado assemelham-se aos existentes em outros locais e, em algumas situações, juízes e Tribunais passam a buscar informações e elementos de convicção em ordenamentos jurídicos diversos para justificar e conferir argumentos de autoridade aos seus julgamentos.

A invocação de elementos criados e desenvolvidos em outros ordenamentos jurídicos não constitui uma novidade no Direito brasileiro, e vem sendo utilizada, de forma reiterada, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em especial no julgamento dos assim denominados *hard cases*, ou seja, aqueles em que o ordenamento local não prevê soluções imediatas e exigem um esforço

argumentativo maior por parte do julgador para justificar o seu convencimento e buscar a adesão dos demais membros da Corte e da comunidade jurídica à tese desenvolvida.

No entanto, observa-se que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro ainda se mostra relutante em estabelecer um diálogo consistente e aberto com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH, Corte), ainda que o nosso País seja membro da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, Convenção) e tenha manifestado expressamente sua submissão à jurisdição da Corte.

O presente estudo tem por objetivo aferir em que medida e com que qualidade se dá o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O trabalho foi elaborado por meio de revisão das bibliografias nacional e estrangeira sobre a matéria e exame de julgamentos selecionados de ambas as Cortes e encontra-se dividido em três partes. Inicialmente, pretendemos investigar quais os requisitos indispensáveis para o estabelecimento do diálogo entre Cortes. Em seguida, apontamos como esse diálogo tem ocorrido na América Latina, com especial atenção à Argentina e ao México – países que conferiram hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. Por derradeiro, examinamos se há uma efetiva interação entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a CorteIDH, explorando o julgamento proferido na ADPF 153.

1 REQUISITOS PARA O ESTABELECIMENTO DO DIÁLOGO ENTRE CORTES

A expressão diálogo, originária do grego, traz consigo a ideia de conversa, de troca de opiniões, de comunicação entre dois ou mais sujeitos (Michaelis, 2017). O diálogo entre Cortes pode, assim, ser definido como uma comunicação entre dois ou mais órgãos jurisdicionais, com possibilidade de influências recíprocas, tendo por finalidade solucionar uma determinada questão apresentada a um deles.

No âmbito jurídico, o diálogo das fontes pretende possibilitar a integração e a aplicação de disposições normativas aparentemente contraditórias no ordenamento jurídico (nacional, supranacional ou internacional), com vistas à proteção da pessoa humana e dos grupos vulneráveis em um mundo cada vez mais globalizado (Jayme, 1995).

Nesse sentido, os critérios tradicionais de solução de conflitos entre normas (hierarquia, especialidade e anterioridade) afiguram-se insuficientes diante das complexidades que se apresentam na vida de relação, razão pela qual se busca a sua superação por diálogos sistemáticos de coerência, de complementaridade ou subordinação e de adaptação. Diálogo, porque procura as influências recíprocas entre os diferentes textos legais. Sistemático, porque procura visualizar o ordenamento jurídico como um todo, não se atendo a um único dispositivo (Miragem, 2012).

A coerência é mantida a partir de uma interpretação dos dispositivos normativos que seja voltada para a valorização da pessoa humana e dos grupos em situação de vulnerabilidade. As relações de complementaridade e de subsidiariedade exigem que o operador do Direito, em vez de aferir hipoteticamente se está diante de regra geral ou especial, dê preferência à aplicação das disposições que venham a realizar em maior grau os valores juridicamente protegidos. Por sua vez, os diálogos de adaptação ocorrem a cada vez que se insere um novo elemento no sistema normativo, com o qual passa a interagir por meio da ação dos intérpretes (Marques, 2012).

Conforme se verifica, o estabelecimento do diálogo depende da existência de uma linguagem comum, apta a ser compreendida pelos sujeitos envolvidos, de forma a evitar mal-entendidos. Conforme se observa de notícia sobre a responsabilização da República Islâmica do Irã, pelo Comitê de Direitos Humanos (Silva, G., 2012), em virtude do descumprimento da Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos pela ausência de adequação da legislação interna às disposições convencionais é ilustrativa de um grave equívoco⁵.

Como argumento, o Governo do Irã observou que interpretava o art. 7º da Convenção de forma a harmonizá-lo com as normas pré-existentes no seu ordenamento jurídico e que, nesta direção o próprio art. 7º da Convenção não especificava o que poderia ser considerado “tratamento ou punição desumana, cruel ou degradante”. Mais ainda: afirmou que levava a Convenção tão a sério que promoveu a tramitação de

⁵ O art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos encontra-se assim redigido: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas” (Brasil, 1992).

iniciativa legislativa para disciplinar a aplicação destas sanções de uma forma objetiva, o que pressupunha, por exemplo, a previsão de aplicação de 74 chicotadas a pessoa que pudesse maltratar intencionalmente alguém. (Silva, 2012)

No caso do *corpus juris* interamericano – composto pela CADH e por outros tratados internacionais e regionais de direitos humanos – e do Direito pátrio, esse denominador comum pode ser encontrado na dignidade da pessoa humana, possibilitando a superação de questões de hierarquia normativa dentro de cada ordenamento jurídico (Morales Antoniazzi, 2014).

Destaca-se que a integração prescinde da existência de organismos internacionais com competências executiva, legislativa e jurisdicional próprias, tal como ocorre na Europa, mostrando-se suficiente o desenvolvimento de um discurso jurídico comum, com valores similares e utilização de critérios interpretativos semelhantes, diante da existência de realidades sociais, políticas e econômicas similares (Silva, V., 2010).

Chama a atenção o fato de que, na Europa – onde a integração regional chegou ao nível almejado pelos demais sistemas de proteção aos Direitos Humanos –, o Tribunal Constitucional alemão não admite sua vinculação imediata e automática às decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Pode-se apontar que o referido Tribunal atribui aos julgamentos submetidos à CEDH o valor de precedente, aplicando o seu conteúdo de forma direta ao caso submetido à jurisdição supranacional, por força da coisa julgada, e impõe aos julgadores locais, nos demais casos, um ônus argumentativo extra para que aquele julgamento possa ser aplicado, afastado ou superado. Nesse sentido, “[...] o dever dos tribunais nacionais é de levar em consideração, *na medida do metodologicamente sustentável*, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na forma como a Corte Europeia as interpreta” (Silva, V., 2010, p. 521, grifo do autor).

Essa orientação aproxima-se daquela defendida, no âmbito latino-americano, por Sagüés (2016), para quem os julgamentos proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos gozam de eficácia *inter partes*, mas devem ser levados em consideração pelos julgadores nacionais ao examinarem novos casos que lhes são apresentados, impondo-se a cada juiz o dever de identificar as *rationes decidendi* e aferir sua aplicabilidade à situação de fato sob exame.

Cumpra referir que não há uma relação de hierarquia entre a Corte Interamericana e os Tribunais nacionais. A adesão dos Estados latino-americanos à CADH e mesmo a sua submissão à jurisdição da Corte regional não autoriza, de forma direta e imediata, que os julgamentos por ela proferidos passem a integrar diretamente os ordenamentos jurídicos nacionais, salvo nos estreitos limites do caso e entre as partes nele envolvidas, conforme disposto no art. 68.1 da Convenção (Castilla Juárez, 2014).

Por sua vez, o diálogo deve levar em conta a existência de cláusulas de abertura do direito nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, mostrando-se extremamente relevante, no Brasil, a disposição inscrita no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que atribui o caráter de direitos fundamentais aos direitos previstos em tratados internacionais, razão pela qual Gomes e Mazzuoli (2013) e Piovesan (2013), entre outros, afirmam que os dispositivos convencionais gozam de hierarquia materialmente constitucional no Direito pátrio.

Além disso, ao verificar a existência de um precedente internacional ou estrangeiro, Ramires (2016) aponta que o intérprete deve analisar não apenas os dispositivos legais e constitucionais aplicados, mas também a sua relação com os demais elementos que integram aquele ordenamento jurídico, tendo em vista suas peculiaridades, suas semelhanças e diferenças com o Direito pátrio, não se limitado o diálogo a uma mera transposição do instituto alienígena ao sistema nacional, diante da possibilidade de seu desvirtuamento, evitando-se o uso do julgamento internacional ou estrangeiro como um mero ornamento da decisão.

O referido autor insurge-se quanto à possibilidade de o julgador brasileiro escolher, de forma aleatória ou preordenada, tão somente aqueles precedentes que confirmam a tese que se está defendendo, sem especial atenção às circunstâncias de fato e jurídicas que levaram a Corte estrangeira a adotar uma interpretação específica (o que ele denomina “contar cerejas”) e relata que, em algumas situações, a Suprema Corte norte-americana busca justificar suas decisões a partir da prática constitucional em outros países – e não nos fundamentos das decisões –, de forma a justificar um consenso internacional sobre uma determinada matéria (“contar narizes”). Para Ramires (2016), uma das formas de evitar tais práticas está centrada na realização do trabalho de comparação entre os ordenamentos jurídicos distintos, buscando suas semelhanças e diferenças.

Outro problema que pode surgir da utilização do precedente estrangeiro diz respeito à ausência de legitimação democrática de tal decisão. Com efeito, pode-se questionar o que possibilita ao julgador desconsiderar o sistema normativo pátrio para buscar em ordenamento jurídico diverso o fundamento para seus julgamentos. Nesse sentido, Dias e Mohallen (2016) destacam que a autoridade das decisões judiciais em um determinado país encontra-se em sua coerência com as leis e a Constituição locais, e não em sua conformidade com as sentenças proferidas em outros países, razão pela qual o uso de precedentes estrangeiros deve ser devidamente justificado.

Os autores argumentam que, sem a adoção de critérios e métodos preestabelecidos, mostra-se possível ao juiz nacional escolher como precedentes, de forma livre, tão somente aqueles julgamentos estrangeiros que possam conferir sustentação à tese por ele defendida ou à solução que ele entende mais adequada de acordo com sua convicção pessoal, afastando-se das disposições que integram o ordenamento nacional, levando a uma situação de extrema insegurança jurídica (Dias; Mohallen, 2016).

Ramires (2016), Conci e Gerber (2016) criticam aquilo que denominam de *bricolagem*, em que as citações dos julgamentos de Cortes de outros países são realizadas de maneira relativamente aleatória, sem que exista um esforço de argumentação para demonstrar a semelhança entre os fatos e as situações jurídicas existentes em cada um dos casos, nem de quaisquer outros critérios que possam demonstrar de que forma o precedente internacional contribui para a solução do caso *sub judice* e, em algumas situações, “[...] são desnecessárias, equivocadas ou mesmo superadas nos tribunais de origem” (Conci; Gerber, 2016, p. 236).

Não se deve olvidar que, diversamente da posição atualmente adotada pela Corte IDH (2013), seus julgamentos não gozam de supremacia ou de eficácia *erga omnes* em relação aos Estados que participam da Convenção Americana de Direitos Humanos, salvo em relação às partes diretamente envolvidas no processo internacional instaurado perante a Corte em um caso contencioso, conforme disposto no art. 68.1 da CADH. Nas palavras de Tello Mendoza (2015), ao examinar tais precedentes, impõe-se ao intérprete o seu cotejo com o caso a ser julgado, verificando suas semelhanças e diferenças, inclusive com possibilidade de afastamento da sua incidência.

Uma vez apresentados os requisitos necessários ao estabelecimento de um ambiente de efetivo diálogo entre Cortes, revela-se apropriado examinar em que termos podem ser observadas essas “conversas” entre a CorteIDH e os Tribunais e Salas Constitucionais latino-americanos.

2 O DIÁLOGO ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA

A Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta-se como o órgão jurisdicional especificamente criado pela CADH para dirimir, em última instância, eventuais conflitos surgidos em razão da violação de direitos humanos nos países que fazem parte do sistema regional (Castilla Juárez, 2011), conforme previsto no art. 33.b do referido Pacto, tendo como parâmetro mínimo o *corpus juris* formado pela Convenção, pelos demais tratados internacionais e regionais e pelos julgamentos proferidos pela Corte.

Ao exercer as suas funções, a CorteIDH tem limitado sua atuação ao exame dos casos de especial relevância e transcendência na proteção e promoção dos direitos de indivíduos e grupos vulneráveis na América Latina, não se confundindo com uma mera instância revisora, conforme pondera García Ramírez (2015).

Nesse sentido, as restrições de acesso à jurisdição interamericana – em especial a necessidade de prévia submissão do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (instância em que se consegue, muitas vezes, a solução amigável da controvérsia) – revelam-se valiosas para impedir o aviltamento dos julgamentos proferidos por aquele órgão. Cumpre destacar a atuação da CIDH frente à denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes – em conjunto com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher – contra o Brasil, em que o Estado reconheceu a sua responsabilidade pela demora injustificada no julgamento de processo criminal ajuizado contra o marido da vítima – acusado de tentativa de homicídio – e adotou as medidas indicadas pela Comissão para minimizar os prejuízos por ela sofridos, com a edição da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2004 – também conhecida como Lei Maria da Penha, inaugurando uma nova era, no Direito pátrio, de proteção às mulheres e prevenção e punição da violência doméstica (CIDH, 2001).

Vale lembrar que, no Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem sendo cada vez mais limitada no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, exigindo-se, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2005, a demonstração de repercussão geral da questão constitucional discutida no caso concreto – relevância política, econômica ou social –, para que ela venha a ser efetivamente apreciada pela mais alta Corte brasileira (Mendes; Branco, 2015).

Por sua vez, deve-se ter em mente que o *jus commune* regional reflete um parâmetro mínimo de proteção aos direitos humanos (García Ramírez, 2014), não se verificando qualquer óbice à sua superação pelos atos normativos locais, quando ofereçam proteção mais eficaz ou mais extensa do que aquela estabelecida pela Corte em casos similares.

No entanto, a partir do seu pronunciamento na Supervisão ao Cumprimento de Sentença no caso *Gelman vs. Uruguay*, a Corte definiu que os seus julgamentos possuem eficácia *erga omnes*, afetando todos os países que firmaram a CADH, independentemente de terem sido ou não parte no processo internacional (CorteIDH, 2013), sob o fundamento de que cumpre a cada Estado promover e proteger os direitos humanos, adequando seus ordenamentos nacionais ao disposto no *corpus juris* interamericano, na forma prevista nos arts. 1.1 e 2 da Convenção.

Essa orientação, que impõe a todos os Estados subserviência a qualquer julgamento proferido pela Corte, não encontra fundamento em qualquer disposição do Pacto de San José e pode até mesmo dificultar as relações entre o referido órgão e os Tribunais nacionais, pois impõe um monólogo no qual a CorteIDH dita a melhor forma de proteção e promoção dos direitos humanos (Dulitzky, 2015) e impede que os agentes de cada país levem em consideração as peculiaridades sociais, econômicas e políticas locais e adotem posições que podem ser mais favoráveis à vítima.

Essa situação difere substancialmente daquela estabelecida nos casos em que o Estado é parte no processo internacional: aqui, a decisão proferida pela CorteIDH é obrigatória, nos termos do art. 68.1 da CADH, e decorre da adesão do país à Convenção e da sua submissão voluntária à jurisdição daquele órgão (Hitters, 2008).

Observa-se que, no julgamento dos casos contenciosos, a Corte Interamericana realiza um exame detalhado da situação de fato levada ao seu conhecimento, cotejando as disposições normativas locais e os atos estatais com

o *corpus juris* interamericano, podendo declarar a ausência de violação à CADH quanto aos tópicos em que não foi flagrada qualquer conduta irregular por parte do Estado demandado. Nesse sentido, mostra-se relevante a análise dos parágrafos 171 a 192 da sentença proferida no caso *Duque vs. Colombia*, em que foram apontadas as disposições normativas vigentes no âmbito internacional e na Colômbia quanto aos cuidados a serem dispensados aos portadores do vírus HIV, tendo sido reconhecido que o Estado vinha disponibilizando à suposta vítima, há pelo menos duas décadas, os medicamentos de que ela necessitava para a manutenção de sua saúde, razão pela qual foi rejeitado o pedido de responsabilização internacional do país pela suposta violação das disposições inscritas nos arts. 4.1 e 5.1 da Convenção (direito à vida e à integridade pessoal) (CorteIDH, 2016).

Dessa forma, as relações estabelecidas pela CorteIDH com os Tribunais Constitucionais nacionais devem primar pela igualdade entre os órgãos judiciais, possibilitando o seu diálogo, a troca de experiências e informações, em uma situação de interação aberta, na forma proposta por Conci e Gerber (2016, p. 241):

Trata-se de um diálogo crítico necessário, em que haja reciprocidade, pois caso a proteção a um direito seja mais efetiva em âmbito nacional, esta deve prevalecer, ainda que existam precedentes da CorteIDH ou normas jurídicas derivadas de tratados ou outros instrumentos internacionais.

Ribeiro e Romancini (2015) apontam, ainda, situação em que a CorteIDH adotou os parâmetros normativos estabelecidos na Bolívia para proteção dos direitos de povos indígenas como metas a serem atingidas pelo Equador, em processo instaurado para a responsabilização deste país em virtude da suposta violação dos direitos de comunidade tradicional em virtude da autorização concedida pelo governo local para que empresa petrolífera explorasse as riquezas minerais existentes na região (CorteIDH, 2012).

Merece destaque, de igual sorte, o diálogo estabelecido entre a Argentina e a CorteIDH. A Constituição local atribuiu, a partir da reforma realizada em 1994, hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos referidos no art. 75.22. Por sua vez, a Suprema Corte de Justiça local vem adotando, desde 1992, uma forma de diálogo aberto com a CorteIDH, o que

exige dos juízes nacionais a análise do caso concreto à luz dos precedentes estabelecidos no âmbito interamericano, independentemente de a Argentina ter sido parte no processo internacional, com justificação específica tanto para aplicar as *rationes decidendi* da sentença quanto para afastar a sua incidência ao caso sob exame, inexistindo óbice a que a decisão nacional venha a conferir maior proteção à vítima do que aquela fixada no julgamento proferido pela Corte Interamericana (Sagüés, 2016).

Segundo a Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, os julgamentos proferidos pela CorteIDH devem ser vistos como guias para a análise e a interpretação das disposições convencionais, não apenas da CADH, mas de todos os tratados em vigor no sistema interamericano, “[...] sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana” (Piovesan, 2016, p. 86).

A Constituição Política dos Estados Unidos mexicanos, reformada em 2011, em seu art. 1º, conferiu hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos e impôs expressamente a todos os agentes públicos locais o dever de interpretar tais dispositivos em conformidade com a Constituição e os Tratados Internacionais, de forma a conferir a mais ampla proteção às pessoas (México, 1917).

Castilla Juárez (2011) defende que houve muito mais do que uma mera alteração terminológica. Para ele, a reforma constitucional mexicana implica uma verdadeira mudança de paradigma, na qual a pessoa humana passa ao centro do ordenamento jurídico, com direitos a ela inerentes e que são universalmente reconhecidos.

Ferrer Mac-Gregor (2013), por sua vez, assinala que não se exige a imposição da norma internacional, mas sim a adoção de um método de interpretação que promova a harmonização entre o ordenamento jurídico mexicano com os dispositivos convencionais, buscando a maior proteção à pessoa humana. Segundo o autor, isso implica até mesmo afastar a incidência das disposições convencionais, quando a aplicação do direito interno resultar em uma proteção mais abrangente ou eficaz aos indivíduos e grupos protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que exige das Cortes e dos juízes mexicanos o estabelecimento de um diálogo aberto com a CorteIDH.

E, quanto ao Brasil, podemos falar na existência de um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana? Esse é o ponto que passaremos a analisar.

3 RELAÇÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal brasileira, elaborada e promulgada em um período de redemocratização do País após 21 anos de vigência de um regime autoritário, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, inciso III) e dispõe, de forma não exaustiva, sobre inúmeros direitos e garantias fundamentais, vedando qualquer medida que tenha por objetivo aboli-las (art. 60, § 4º, inciso IV). A colocação da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, sujeito de direitos e de proteção frente ao Estado e aos demais, constitui uma virada paradigmática no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a regra inscrita no seu art. 5º, § 2º, ao estabelecer que os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não excluem aqueles que decorrem do regime democrático, dos princípios e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, tem sido apontada pela doutrina como uma cláusula de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, atribuindo hierarquia materialmente constitucional às disposições inscritas nos tratados internacionais de direitos humanos (Mazzuoli, 2016).

Na esteira do processo de redemocratização, foi formalmente integrada ao ordenamento brasileiro uma série de tratados internacionais, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992), os Pactos Internacionais sobre os Direitos Cívicos e Políticos (Decreto nº 592/1992) e sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992), a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto nº 7.030/2009), bem como diversas convenções celebradas nos âmbitos universal e regional.

No entanto, observa-se que as instituições pátrias, em especial o Supremo Tribunal Federal, não têm acompanhado essa abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mostrando-se raras as situações em que a Corte brasileira tem realizado qualquer referência, em seus julgamentos, aos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa posição de isolamento frente ao sistema interamericano encontra seus fundamentos em dois elementos profundamente arraigados na tradição jurídica pátria e

cujos significados tradicionais – ao menos frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – devem ser objeto de discussão: a soberania e o postulado da supremacia da Constituição (Chaves; Souza, 2016).

A ideia de soberania vem sendo compreendida, no Brasil, como poder absoluto de mando na ordem interna e como não submissão, no plano internacional, a qualquer outra ordem jurídica (Cruz, 2016). No entanto, o próprio Bodin (2011) reconhecia que o poder se encontrava limitado pelas leis de Deus e pelo direito das gentes. De outra parte, Kelsen (2014) já afirmava que a existência dos Estados dependia do seu reconhecimento por parte dos demais países e de um sistema internacional capaz de coordená-los.

Por sua vez, o postulado da supremacia da Constituição decorre, como aponta, Piovesan (2016, p. 63), de uma interpretação equivocada da obra de Kelsen, “[...] já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina”.

Não se pode olvidar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se encontra organizado sob o princípio *pro homine*, o qual impõe, segundo Trindade (2000), que seja adotada, em cada caso concreto, a norma que conceda maior proteção à vítima. Embora essa orientação seja criticada sob o argumento de que poderia levar a uma escolha arbitrária, por parte do juiz, do ato normativo incidente sobre o caso concreto (Martins; Moreira, 2012), não é isso o que se verifica quando o processo de interpretação é acompanhado de uma argumentação consistente na construção de significado e de densificação normativa das disposições convencionais, conforme aponta Ramos (2016).

Conci e Gerber (2016), a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, indicaram que as referências realizadas a julgamentos proferidos pela Corte IDH têm por finalidade tão somente o reforço argumentativo das teses invocadas pelos Ministros, inexistindo um aprofundamento na análise dos casos ou o exame das similitudes entre os casos examinados pela Corte de San José e a situação sob exame em Brasília.

Horbach (2015) critica a forma como o STF vem utilizando o Direito não nacional, tanto a legislação quanto os precedentes judiciais, pois não há qualquer critério metodológico nem verificação quanto à similitude dos fatos regulados ou das consequências dos atos normativos nos países de que as normas são

originárias. Reflete-se, aqui, a bricolagem anteriormente apontada por Ramires (2016) e por Conci e Gerber (2016).

Em levantamento realizado entre os dias 03 e 06.06.2017 no sistema de consulta processual do Supremo Tribunal Federal na Internet (www.stf.jus.br, *link* jurisprudência - pesquisa), com o parâmetro “Corte Interamericana”, localizamos quarenta e dois julgamentos daquela Corte em que houve qualquer referência a essas palavras. No entanto, em apenas nove casos é que algum dos julgadores invocou precedente da CorteIDH, apontando a situação de fato descrita naquele caso e comparando-o com a situação sob exame, estabelecendo uma relação de diálogo com o órgão jurisdicional supranacional⁶.

⁶ Nos demais casos encontrados, não se verifica um diálogo aberto entre o Supremo Tribunal Federal e a CorteIDH: *ADC 19/DF*, relativa à Lei Maria da Penha: há invocação à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; *ADI 3.150/DF*, que foi examinada a constitucionalidade da Lei de Biossegurança: há apenas três ocorrências do termo “interamericana”, a primeira em nota de rodapé, ao serem invocados tratados internacionais que proíbem a tortura (fl. 236), e duas relativas a Resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; *ADI 4277/RJ*, julgada em conjunto com a *ADPF 132/DF*; *ADPF 54/DF*, em que se tratou da antecipação terapêutica do parto em caso de fetos anencéfalos: foram invocadas as Convenções Interamericanas para Prevenir e Punir a Tortura e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; *ADPF 130/DF* (vedação à censura prévia nos meios jornalísticos); *ADPF 144/DF*, relativa às condições de inelegibilidade para cargos eletivos; há citação do caso *Cantoral Benavides vs. Perú*; *ADPF 347/DF (MC)*, que examinou o sistema prisional brasileiro e fixou a obrigatoriedade da audiência de custódia, nos termos do art. 7.5 da CADH (citada como Convenção Interamericana de Direitos Humanos); *ED-ED-AgRg-AI 769.637*, tratando da perda de posto de militar pela prática do crime de tortura (foi invocada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a CADH); *AP 470*, caso “Mensalão”: invocou-se precedentes da CorteIDH para afastar o duplo grau de jurisdição (tal posição foi superada no julgamento dos agravos regimentais); *AgRg-CR 10.292*: foi citada a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias; *EXT 615*, extradição de Luis Garcia Meza Tejada para a Bolívia em razão de crimes praticados no período ditatorial naquele país: houve breves referências à CADH; *EXT 974 e EXT 1079*, extradição de Manoel Cordeiro Piacentini para a Argentina e para o Uruguai, respectivamente, em razão de sequestro de adultos e adolescentes no contexto da Operação Condor: há pequena referência à CADH; *EXT 1126*, extradição de Manfred Will para a Alemanha em razão de tráfico internacional de entorpecentes: há citação da Opinião Consultiva nº 16/1999 no que se refere às comunicações consulares em caso de prisão de estrangeiro; *HC 92.569*, nulidade de processo em razão da ausência de citação e da falta de intimação do defensor público para sessão de julgamento: citado o art. 8.2.d da CADH; *HCs 105.256, 105.348, 106.171, 107.731, 109.544 (MC), 110.185, 110.237 e 112.936*: relativos à legitimidade da Justiça Militar para processar civis: houve citação do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, para afastar a competência da Justiça Especializada para processar os civis; *HC 115.539*, em que se tratou de remoção de preso para Presídio Federal de Segurança Máxima em Rondônia: são citados casos em que houve responsabilização do Brasil no plano internacional, pela CorteIDH, em razão da situação dos presídios nacionais; *HC 126.292/SP*, no qual foi reconhecida a possibilidade do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância: há referência ao reconhecimento, pela Corte Interamericana, da situação dos presídios brasileiros;

Na ADI 4815/DF (Rela. Min. Cármen Lúcia, J. 10.06.2015), em que se discutia a possibilidade de censura prévia no caso das biografias não autorizadas, a Relatora invocou o julgamento proferido pela CorteIDH no caso *Olmedo Bustos y Otros (La Última Tentación de Cristo) vs. Chile*, analisando as semelhanças e diferenças entre os casos, utilizando o precedente interamericano como um dos fundamentos para declarar a irregularidade da censura prévia (Brasil, 2016).

No julgamento da ADPF 132/RJ (Rel. Min. Ayres Britto, J. 05.05.2011), relativa ao reconhecimento de efeitos civis às uniões homoafetivas, observa-se que o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, invocou os casos *Loayza Tamayo vs. Peru* e *Cantoral Benavides vs. Peru*, como exemplos de casos em que a CorteIDH havia reconhecido a possibilidade de ressarcimento por dano ao projeto de vida (Brasil, 2011), de forma a sustentar a necessidade de reconhecimento de efeitos civis às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Ao conceder a medida cautelar solicitada na ADPF 378/DF (Rel. Min. Edson Facchin, Red. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 17.12.2016), relativa ao cumprimento das garantias judiciais no processo de *impeachment*, o Ministro Roberto Barroso, ao lançar seu voto, argumentou que a Corte Interamericana, ao apreciar o caso *Tribunal Constitucional vs. Peru*, no qual foram estendidas ao processo de *impeachment* as garantias processuais relativas aos atos judiciais.

Por sua vez, ao apreciar os Vigésimo Quinto, Vigésimo Sexto e Vigésimo Sétimo Agravos Regimentais na Ação Penal nº 470/MG (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Red. p/o Ac. Min. Teori Zavaski, J. 18.09.2013), sagrou-se vencedora a tese de que, mesmo nos casos submetidos à jurisdição exclusiva do Supremo Tribunal Federal, deve ser oportunizado ao acusado o duplo grau de jurisdição, consoante precedente específico da CorteIDH (caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*).

Quanto ao *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ (Rel. Min. Marco Aurélio, J. 29.11.2016), que dizia respeito à impossibilidade de penalização da interrupção

INQ 2.606/MT, 2.842/DF e RE 669.367/RJ: registram a ausência do Ministro Joaquim Barbosa para participar de solenidade na CorteIDH; INQ 3.983/DF, em que admitida a denúncia oferecida contra Eduardo Cosentino da Cunha pela prática de crimes de corrupção: invoca a Convenção Interamericana contra a Corrupção; PET 3.388/RR, relativa à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: encontra-se breve invocação do caso *Awas Tingni vs. Nicarágua*, julgado pela CorteIDH em 31.08.2001; RE 592.591/RS, deduzido contra ordem judicial que determinou a realização de obras na casa de albergado de Uruguaiana: foram realizadas referências aos julgamentos da CorteIDH quanto à situação das penitenciárias brasileiras; e AgRg-SE 5.206, relativa à homologação de laudo arbitral originário da Espanha: houve citação da Convenção Interamericana de Arbitragem Internacional.

da gravidez nos três primeiros meses de gestação, a Ministra Rosa Weber invocou o caso *Artavia Murillo y Otros* (“*Fecundación in Vitro*”) vs. *Costa Rica*, julgado pela CorteIDH em 28 de novembro de 2012, de modo a conferir sustentação ao argumento de que a proteção à vida consagrada no art. 4º da CADH não abrange o feto, razão pela qual a magistrada entendeu não ser punível o aborto.

Por sua vez, no Recurso Extraordinário nº 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.06.2009, o Relator invocou o precedente estabelecido pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 5/1985, para o fim de declarar a não recepção do inciso V do art. 4º do Decreto-Lei nº 972/1969 – que exigia o “diploma de curso superior de jornalismo...” para o exercício da profissão de jornalista – pela Constituição Federal de 1988.

A melhor ilustração acerca da ausência de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se no julgamento proferido, pelo tribunal local, no julgamento da ADPF 153, em que se discutiu sobre a inconstitucionalidade do art. 1º (*caput* e § 1º) da Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) (Brasil, 2010).

Apesar da existência de precedentes específicos na CorteIDH – casos *Loayza Tamayo vs. Peru* (1998), *Barrios Altos vs. Peru* (2001) e *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* (2006), em que havia sido declarado que as leis de anistia elaboradas ao final dos regimes ditatoriais instaurados na América Latina careciam de efeitos jurídicos e não poderiam representar impedimento à investigação dos crimes e punição dos agentes estatais que haviam praticado crimes, bem como de outros processos em tramitação perante aquela Corte, inclusive contra o Brasil (caso *Gomes Lund y Otros – Guerrilha do Araguaia*) –, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, com fundamento na constitucionalidade do ato normativo perante a Constituição vigente à época da sua edição e na impossibilidade de

⁷ O referido dispositivo encontra-se assim redigido:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração direta e indireta, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

aplicação retroativa das disposições do Texto Constitucional de 1988 (Brasil, 2010).

Não é nosso propósito discutir, no presente momento, a fundamentação do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim a ausência de diálogo desse Tribunal com a CorteIDH. Ao longo de mais de 250 páginas, apenas o Ministro Celso de Mello faz referência aos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana nos julgamentos anteriormente referidos (Brasil, 2010), estabelecendo a diferença entre as situações ocorridas nos países latino-americanos – em que as leis de anistia beneficiavam tão somente os agentes estatais – daquela sob julgamento no STF, o que o levava a adotar solução diversa daquela admitida pela CorteIDH.

Há, também, uma pequena referência do Ministro Ricardo Lewandowski (Brasil, 2010) à orientação adotada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU quanto à possibilidade de responsabilização internacional do país que deixar de cumprir as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como a julgamento da CorteIDH no caso *Goiburú y Otros vs. Paraguay*, que tratava da responsabilização internacional daquele Estado pela ausência de investigação de delitos cometidos durante período ditatorial instaurado naquele país. Mostra-se importante salientar que o Paraguai – diversamente do que ocorreu em outros países da América Latina – não havia editado qualquer disposição normativa conferindo anistia aos agentes públicos.

O que se demonstra, a partir do exame do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é a ausência de diálogo com a Corte Interamericana. Apenas um – Ministro Celso de Mello – dos onze julgadores analisou as decisões anteriormente proferidas pela CorteIDH, descrevendo os fatos por ela examinados, comparando-os com o caso *sub judice*, buscando suas semelhanças e suas diferenças para afastar a incidência dos precedentes interamericanos (Brasil, 2010).

Este é o sentido de diálogo que se busca: a utilização racional e fundamentada do precedente interamericano pelos julgadores brasileiros, com exposição dos elementos que levaram o julgador à adoção da *ratio decidendi* exposta no julgamento tomado como parâmetro, ao seu afastamento ou à sua superação, o que possibilita a todos acompanhar o raciocínio desenvolvido e evita a mera escolha arbitrária dos precedentes invocados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão primordial desenvolvida no presente estudo diz respeito à aferição sobre a efetiva existência de um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para responder a essa pergunta, mostrou-se necessário apontar que o diálogo ocorre quando os juízes de um determinado tribunal buscam, nos precedentes de Cortes estrangeiras ou supranacionais, elementos que possam servir de fundamento à decisão por eles adotada. Para tanto, é indispensável que exista uma linguagem comum e que os valores protegidos sejam semelhantes em cada um dos ordenamentos jurídicos. Isso exige um esforço argumentativo por parte do julgador para justificar a escolha desse precedente e não de outros, bem como para descrever as razões pelas quais ele entende que a solução estrangeira ou supranacional se mostra adequada para o caso concreto.

Indicamos como vêm sendo estabelecidos esses diálogos entre a CorteIDH e as Cortes Constitucionais latino-americanas, destacando a ausência de relação hierárquica entre tais órgãos jurisdicionais e a necessidade de trocas de experiências, com possibilidade de influências recíprocas, e destacamos que, nos julgamentos da Corte Interamericana, essa forma de diálogo já vem sendo realizada, com uma análise profunda dos ordenamentos jurídicos locais e a possibilidade de afastamento das disposições convencionais que integram o *corpus juris* interamericano quando o direito nacional confira maior proteção à pessoa ou ao grupo protegido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Destacamos que os ordenamentos jurídicos argentino e mexicano exigem dos seus agentes públicos – em especial dos juízes – a adoção de uma postura de diálogo aberto com a CorteIDH, com vistas à realização do princípio *pro homine*.

Descrevemos a situação brasileira, na qual subsiste uma visão tradicional dos conceitos de soberania e de supremacia absoluta da Constituição Federal, apesar da existência de cláusulas de abertura aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos e da colocação da pessoa como centro do ordenamento jurídico pátrio. Referimos que tais fatos, aliados ao desconhecimento das disposições convencionais e dos precedentes interamericanos e dos métodos adequados para a sua aplicação ao caso concreto, têm dificultado a interação entre os Tribunais nacionais e a CorteIDH.

Por derradeiro, apontamos que a atuação do Supremo Tribunal Federal reflete, ainda, um diálogo incipiente com a Corte Interamericana de Direitos

Humanos. Poucos são os precedentes citados (apesar de os julgadores invocarem com certa regularidade julgamentos ocorridos na Suprema Corte norte-americana ou no Tribunal Constitucional alemão). Além disso, no julgamento da ADPF 153 (que dizia respeito à aferição da constitucionalidade da Lei de Anistia – Lei nº 6.683/1979), apenas um dos onze Ministros do STF citou os precedentes sobre leis de anistia já apreciados pela CorteIDH (dois casos envolvendo o Peru e um envolvendo o Chile), apontando suas semelhanças e diferenças com a lei brasileira que se encontrava sob exame.

A discussão sobre o diálogo entre Cortes encontra-se em aberto. Não se trata de um método miraculoso cuja aplicação forneça uma solução mágica para todos os casos. Da mesma forma, não deve ser descartado de imediato. Mostra-se indispensável a realização de novos estudos e o aprofundamento do tema, para que esse instituto venha a ser melhor compreendido e mais divulgado, possibilitando sua adoção também pelo Supremo Tribunal Federal como um instrumento para a promoção e proteção da pessoa humana e dos grupos vulneráveis em nosso País, atendendo ao disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e evitando eventual responsabilização no plano internacional.

REFERÊNCIAS

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: Livro Primeiro. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. 328 p.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Brasília/DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132,. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília/DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Vigésimo Quinto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Vigésimo Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal nº 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276512>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Vigésimo Sexto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de Convencionalidad Interamericano: Una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 33, p. 149-172, 2014. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

_____. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 11, p. 593-624, enero 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100020&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Un Nuevo Panorama Constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 9, n. 2, p. 123-164, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art04.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2017.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUZA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233-277.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 26 fev. 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). San Rosé, 27 jun. 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, 20 mar. 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2017.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Cosmopolitismo e controle de convencionalidade. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Ed.). *Controle de convencionalidade*. Coord. Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz e Tarciso Dal Maso. Brasília, 2016. p. 35-60. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

DIAS, Roberto; MOHALLEN, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de Cortes Constitucionais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 153-205.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Austin, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 547-656.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “Navegación Americana” de los Derechos Humanos: Hacia un *ius commune*. In: FIX-FIERRO, Héctor Felipe; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 459-500. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

_____. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, p. 115-152, 2015. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol5/iss1/5/>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 236 p.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son Vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y de convencionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, v. 10, n. 19, p. 131-155, 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 2015, n. 2, p. 193-210, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3667>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le droit international privé postmoderne (volume 251). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Disponível em: <http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/identite-culturelle-et-integration-le-droit-international-privé-postmoderne-volume-251-ej.9789041102614.009_267>. Acesso em: 31 ago. 2016.

KELSEN, Hans. La Transformación del Concepto de Soberanía. *Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 58, p. 32-42, 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2303/1193>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____ (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 16-67.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade? In: PAGILARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito Constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 293-315.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 236 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1472 p.

MÉXICO. Constituição (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

MIRAGEM, Bruno. “*Eppur si Muove*”: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. El Nuevo Paradigma de la Apertura de los Órdenes Constitucionales: Una perspectiva sudamericana. In: BOGDANDY, Armin von; SERNA DE LA GARZA, José Maria (Org.). *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Max Planck Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht; Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 233-282. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3705-soberania-y-estado-abierto-en-america-latina-y-europa>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual 2000 nº 54/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Washington DC, 4 abr. 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 61-97.

_____. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 115-145.

RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 396 p.

RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the Struggle to Achieve a Definitive Interpretation of Human Rights: The Brazilian experience. *Revista IIDH*, San José, v. 32, n. 64, p. 11-32, 2016. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36237.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

RIBEIRO, Daniela Menegoti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 159-174, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3714>>. Acesso em: 8 jan. 2017.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina: ¿Ante las puertas de La “Constitución Convencionalizada”? In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Ed.). *Controle de convencionalidade*. Coord. Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz e Tarciso Dal Maso. Brasília, 2016. p. 107-121. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-118.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

TELLO MENDOZA, Juan Alonzo. La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, v. 35, n. 80, p. 197-220, dez. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O sistema interamericano*

de proteção dos direitos humanos e o Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
p. 103-179.

Submissão em: 09.06.2017

Avaliado em: 15.06.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.06.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 12.12.2017

A CÉDULA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

THE CREDIT CARD REAL ESTATE

Jean Carlos Fernandes¹

Pós-Doutor na Universidade de Coimbra (UC, Coimbra, Portugal)

Caio de Barros Santos²

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC, Nova Lima/MG, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito empresarial.

RESUMO: O presente trabalho acadêmico versa sobre a Cédula de Crédito Imobiliário, um instrumento oriundo da “nova geração” dos títulos de crédito, não mais voltados exclusivamente à circulação cambial, mas também à captação de recursos no mercado econômico. Para a apresentação da CCI – Cédula de Crédito Imobiliário, o estudo tratará dos agentes que participam de sua dinâmica, tais como a emissão, o registro, a negociação e a

liquidação. Além disso, será explicitada a pormenorização dos mecanismos de funcionamento da CCI, elucidando cada uma de suas etapas integrantes. Trata-se de um instrumento de relativa incipiência, não obstante a sua crescente importância no cenário econômico contemporâneo, razão pela qual se apresenta, neste estudo científico, a Cédula de Crédito Imobiliário.

ABSTRACT: *This academic paper address the Real Estate-backed Security. The CCI forms part of the new generation of fixed income securities which are designed to*

¹ Doutor em Direito (PUCMG, Belo Horizonte/MG, Brasil). Mestre em Direito Comercial (UFMG, Belo Horizonte/MG, Brasil). Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Milton Campos e Professor do Programa de Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais (FDMC, Nova Lima/MG, Brasil). Professor de Direito Empresarial (PUCMG, Belo Horizonte/MG, Brasil). Advogado empresarialista. E-mail: jeancarlos@sagef.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8440572441441204>>.

² Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito (CAD, Belo Horizonte/MG). Advogado. E-mail: caiobrasos@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7453149393820684>>.

raise funds in the market. Because it is still a relatively rare security, despite its growing importance in today's market, this paper will analyze the instrument in depth. As an introduction to the CCI, the paper will examine the agents involved in all areas of the market, including issuance, registration, trading and settlement. Furthermore, the paper will analyze in detail each step in the CCI life cycle.

PALAVRAS-CHAVE: direito empresarial; títulos de crédito; cédula de crédito imobiliário.

KEYWORDS: *business law; debt securities; the credit card real estate.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 2 Dos procedimentos básicos e dos agentes envolvidos nas operações realizadas com a CCI; 3 Do regime fiduciário; 4 Da liquidação financeira da CCI; 5 Da executividade da CCI escritural; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Development; 2 The basic procedures and the agents involved in the operations carried out with the CCI; 3 Offiduciary modality; 4 The financial settlement of CCI; 5 Of executivity of the CCI; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Cédula de Crédito Imobiliário (CCI) é um instrumento criado pela Lei nº 10.931/2004 e consubstancia-se em um título de crédito extrajudicial, representativo de créditos oriundos de negócios de ordem mobiliária.

Melhim Chalhub³ ensina que “a CCI é instrumento de representação e de cessão de créditos vinculados a negócios imobiliários, notadamente os créditos decorrentes de comercialização de unidades imobiliárias componentes de incorporações imobiliárias”.

A CCI foi instituída com o fim de dinamizar a circulação de créditos imobiliários, atribuindo simplicidade de redução de custos das operações que as permeiam, em suas diversas etapas.

O título de crédito, objeto do presente estudo, enquadra-se no grupo de títulos “novos” no mercado cambiário, criado para a fomentação da atividade

³ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

de nichos específicos, sendo, atualmente, um potencial fomentador para o incremento do mercado imobiliário.

Inseridos nas dinâmicas das operações de securitização, a Cédula de Crédito Imobiliário guarda características jurídicas que lhe atribuem grande mobilidade e eficácia operacional, tornando-a um título de crédito de enorme valia para o mercado imobiliário e de crédito.

Embora dotado de crescente importância, o instrumento jurídico da Cédula de Crédito Imobiliário ainda foi pouco explorado pela doutrina pátria, o que justifica o tema proposto para abordagem no presente estudo acadêmico, o qual objetiva elucidar o seu contexto de utilização, as suas características e o seu funcionamento.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 DAS CARACTERÍSTICAS DA CÉDULA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIA

A Cédula de Crédito Imobiliário é um título executivo extraordinário, o que se denota, quer seja pela expressa atribuição de tal característica no texto da lei instituidora, quer pela presença de suas características cambiais.

A CCI é emitida pelo próprio credor imobiliário, sendo que a sua emissão e negociação independem da aquiescência de seu devedor.

Quanto aos negócios passíveis de configuração do crédito, pode-se mencionar:

- a) financiamentos imobiliários realizados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI);
- b) promessas de compra e venda de imóveis;
- c) operações de mútuo com garantia imobiliária;
- d) direitos oriundos de contratos de locação;
- e) créditos junto ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), classificado com crédito imobiliário por força do § 3º do art. 1º da Lei nº 10.150/2000, com exceção dos créditos renegociados pelo Tesouro Nacional;
- f) debêntures destinados à captação de recursos para o financiamento dos imóveis nestes discriminados;

g) Cédula de Crédito Bancário destinada à captação de recursos para financiamento dos imóveis nestes discriminados.

A CCI pode ser integral, representando a totalidade do crédito imobiliário incorporado, ou pode ser emitida na modalidade fracionária (parte do crédito).

O § 1º do art. 18 da Lei nº 10.931, de 2004⁴, instituidora da Cédula de Crédito Imobiliário, determina que a soma das cédulas fracionárias não pode ter valor superior ao preço integral do crédito, regra, ao nosso ver, desnecessária, pois decorre da lógica.

Os títulos fracionários não precisam decorrer de um só ato de emissão, podendo ser originadas em momentos diferentes, desde que respeitado o limite temporal máximo, a sua data de vencimento.

Ao contrário do Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI), que só pode ser se valer da forma escritural, a CCI pode ser emitida nas duas modalidades possíveis: escritural e cartular.

A CCI escritural se faz por meio de um instrumento (escritura pública ou instrumento particular), devendo tal documento representativo permanecer custodiado em uma instituição financeira e registrado no sistema de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizado pelo Banco Central do Brasil, atualmente, a Cetip.

Cabe aqui abrir um parêntese para mencionar a Cetip, integradora do mercado financeiro, é uma companhia de capital aberto, e, em decorrência da outorga de competência da administração federal, realiza os serviços de registro; central depositária; negociação e liquidação de ativos e títulos escriturais de quase a totalidade das Cédulas de Crédito Imobiliário registradas no País.

As operações envolvendo os títulos são feitas por meio de um conjunto de módulos e serviços, integrantes de uma plataforma eletrônica operacionalizada pela Cetip, destinados, entre outras finalidades, ao registro de operações realizadas através dos títulos escriturais.

O módulo eletrônico é integrado, sendo que as instituições participantes, tais como registradoras/emissoras e custodiantes, possuem acesso à plataforma

⁴ BRASIL. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

virtual administrada pela Cetip, podendo realizar as operações que lhes competem, como o registro de um crédito constituído em um título escritural, seu acompanhamento, entre outros.

Já a CCI cartular deve ser emitida, com lastro nos recebíveis imobiliários e entregue pelo banco pagador, na sede da central de registro, a Cetip, para ser endossada e entregue ao titular da cédula ou ao participante cujo cliente seja o titular (como a securitizadora). Os procedimentos operacionais serão abordados mais detalhadamente em tópico posterior.

Quanto à forma, o art. 19 da Lei nº 10.931, de 2004, estipula elementos de presença obrigatória na Cédula de Crédito Imobiliário, conforme a seguir transcrito:

Art. 19. A CCI deverá conter:

I - a denominação “Cédula de Crédito Imobiliário”, quando emitida cartularmente;

II - o nome, a qualificação e o endereço do credor e do devedor e, no caso de emissão escritural, também o do custodiante;

III - a identificação do imóvel objeto do crédito imobiliário, com a indicação da respectiva matrícula no Registro de Imóveis competente e do registro da constituição da garantia, se for o caso;

IV - a modalidade da garantia, se for o caso;

V - o número e a série da cédula;

VI - o valor do crédito que representa;

VII - a condição de integral ou fracionária e, nessa última hipótese, também a indicação da fração que representa;

VIII - o prazo, a data de vencimento, o valor da prestação total, nela incluídas as parcelas de amortização e juros, as taxas, seguros e demais encargos contratuais de responsabilidade do devedor, a forma de reajuste e o valor das multas previstas contratualmente, com a indicação do local de pagamento;

IX - o local e a data da emissão;

X – a assinatura do credor, quando emitida cartularmente;

XI – a autenticação pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, no caso de contar com garantia real; e

XII – cláusula à ordem, se endossável.⁵

Caso seja o crédito imobiliário (que lastreia a CCI) garantido por direito real, a emissão da CCI será averbada no Registro de Imóveis competente. Quando da averbação, serão consignados na respectiva matrícula apenas o número, a série e a instituição custodiante.

Além disso, determina a lei instituidora da CCI que a constrição judicial, que incida sobre o respectivo crédito, será efetuada nos registros da instituição custodiante, ou mediante a própria apreensão física do título.

Nessa hipótese, o credor da Cédula de Crédito Imobiliário deverá ser imediatamente intimado da constrição, sendo que, em se tratando da CCI na modalidade escritural, caberá à instituição custodiante identificar e intimar o credor.

Uma das características que emprestam eficiência à Cédula de Crédito Imobiliário está estampada no art. 21 da Lei nº 10.931/2004⁶, o fato de sua emissão independer da autorização do devedor do respectivo crédito imobiliário. Tal regra vale também para a negociação do título.

2 DOS PROCEDIMENTOS BÁSICOS E DOS AGENTES ENVOLVIDOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS COM A CCI

2.1 DA CONSTITUIÇÃO E DO REGISTRO

Como já explicado, o lastro da Cédula de Crédito Imobiliário são os recebíveis de ordem imobiliária, como o mútuo em dinheiro para a aquisição de um imóvel (o qual será pago em prestações mensais, por exemplo), os direitos oriundos de contrato de locação de imóvel (pagamento de aluguel mensal), entre outros.

Assim, de posse da comprovação dos referidos créditos de ordem imobiliária, o credor emite CCI, que se consiste em um título de crédito, um

⁵ Idem.

⁶ Idem.

título executivo extrajudicial, consoante a redação expressa do art. 20 da Lei nº 10.931/2004⁷.

A CCI pode ser constituída sob a forma escritural (eletrônica) ou cartular e, embora as centrais de custódia eletrônica autorizadas pelo Banco Central, pela Cetip e pela Bovespa possuam a denominação de centrais de registro, custódia, compensação e liquidação de títulos escriturais, elas também registram e operam as cédulas de CCI cartular, conforme se verá explicado adiante. Em ambos os casos (cédula escritural e cartular), a CCI pode ser registrada “com liquidação financeira” ou “sem liquidação financeira”, características que também serão aclaradas à frente.

Após a emissão da Cédula de Crédito Imobiliário, devidamente amparada no contrato entabulado que lhe dá origem, ela deve ser registrada junto a uma das centrais referida antes, participando, assim, do seu fluxo de operação e negociação.

Dessa forma, o registro da CCI, realizado pela própria instituição denominada “registradora”, é executado junto à plataforma eletrônica de registros disponibilizada e administrada pela central de registro, custódia, compensação e liquidação de títulos escriturais. Como já mencionado, as instituições autorizadas a figurar nessa função, no âmbito privado, são a Cetip e a Bovespa.

No corrente ano, a Comissão de Valores Mobiliários aprovou a incorporação da Cetip pela Bovespa, que passou a designação social de “B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão”. Não obstante a incorporação da entidade, as marcas da BM&FBovespa e da Cetip e de produtos e serviços, câmaras de compensação e liquidação, central depositária e sistemas de registro, bem como os normativos que disciplinam as atividades da BM&FBovespa e da Cetip, não sofreram alterações significativas.

A função de registrador do título, segundo as normas aplicáveis e os procedimentos internos adotados, podem ser as seguintes pessoas jurídicas: banco comercial; banco de desenvolvimento; banco de investimento; banco múltiplo; Caixa Econômica Federal; companhia hipotecária; sociedade corretora de títulos e valores mobiliários; sociedade de crédito, financiamento e investimento; sociedade de crédito imobiliário e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários.

⁷ Idem.

Ressalta-se que, antes de realizar o início do procedimento de registro, é dever da instituição (registradora): verificar a conformidade da CCI com as disposições das normas legais e regulamentadoras aplicáveis; verificar a conformidade da CCI com as normas operacionais da central de custódia, compensação e liquidação de títulos escriturais (Cetip/Bovespa); verificar a autenticidade e regularidade do crédito imobiliário representado na CCI, bem como quando for o caso da garantia vinculada.

Para a efetuação do ato de registro da CCI, a instituição que participará como registradora (previamente cadastrada) acessará a plataforma de registro eletrônico, a fim de lançar todos os dados atinentes à cédula de crédito e submetê-los à validação da central de registro, custódia compensação e liquidação de títulos escriturais (Cetip/Bovespa).

Para melhor visualização da operação, veja-se, a seguir, a tela eletrônica que o registrador terá acesso junto ao sistema eletrônico da Cetip (Sistema Cetip21)⁸, para o registro da CCI (Figura 1):

Registro de CCI - Cédula de Crédito Imobiliário

Instrumento Financeiro

Conta do Registrador 10020 .40 .3 Conta do Agente de Pagamento 10020 .40 .3
 Conta do Custodiante 05000 .00 .5 Data da Constituição do Crédito 28 /6 /2013
 Data de Vencimento 28 /6 /2014 Prazo do Crédito 365
 Data de Emissão 28 /6 /2013
 Quantidade 1 Valor Unitário do Crédito 1000
 Valor Financeiro do Crédito 1000 em
 Valor de (unitário) em
 Código ISIN
 Condição de Resgate Antecipado Tem condição Fração de CCI SM
 Percentual do Crédito 10 Tipo de Emissão ESCRITURAL
 Rentabilidade/Indexador/Taxa Flutuante PREFIXADO
 Segunda Curva de Remuneração

Crédito SCR

Ativo Informado no SCR? NÃO
 Detalhamento do Cliente (Responsável pelo Registro no SCR)
 Natureza do Cliente (Devedor)
 Código do Cliente (CPF/CNPJ) do Devedor
 Código do Contrato
 Modalidade da Operação

Forma de Pagamento

Formas de Pagamento Pagamento de juros e principal no vencimento

Confirmar Limpar Campos Voltar Desistir

Figura 1: Tela eletrônica de registro de CCI junto à Cetip

⁸ Tela eletrônica de registro de CCI junto à Cetip.

O correto preenchimento dos dados da CCI, pelo registrador, é fundamental para o sucesso da operação envolvida, tendo em vista que, uma vez registrada, as negociações e intervenções na cédula serão concretizadas na mesma plataforma eletrônica, mesmo em se tratando de CCI na modalidade cartular. Nesse caso (CCI cartular), a cártula será também manejada em alguns momentos das operações, o que não dispensa registros feitos por meio do sistema eletrônico.

Portanto, os lançamentos realizados pela instituição registradora no sistema acompanharão a CCI até a sua liquidação, devendo constar (conforme se vê na tela de registro exemplo da Cetip) informações, entre outras, as exemplificadas a seguir:

- a) Fracionamento: campo onde se indica se a CCI será fracionada ou integral, conforme possibilidade que lhe garante a Lei nº 10.931/2004. Caso seja fracionário o título, deve-se preencher o percentual do crédito imobiliário a ser registrado;
- b) Tipo de emissão: deve-se informar se a CCI registrada consta no suporte cartular ou escritural;
- c) Rentabilidade/indexador/taxa flutuante: o campo de seleção com as opções do tipo de remuneração do CCI, contendo informações como o índice de preço (IGP-M, IGP-DI, IPC-A, INPC, INCC-M, INCC-DI), o indexador de juros prefixado e as taxas de correção monetária (flutuante DI ou Selic, TR e poupança);
- d) Dia, mês e ano da constituição do crédito: o qual deve ser menor ou igual à data de emissão da CCI;
- e) Valor financeiro da emissão: que corresponde ao valor unitário da emissão, multiplicado pela quantidade;
- f) Condição de resgate: indica se o resgate poderá ser antecipado, bem como se há condições para a antecipação do resgate;
- g) Modalidade de pagamento: podendo esse ocorrer dentro ou fora do âmbito da Cetip. Nos domínios

da Cetip, o pagamento pode se dar das seguintes formas:

- Pagamentos de juros e principal no vencimento;
- Pagamento periódico de juros e principal no vencimento;
- Pagamentos de juros e amortização periódicos;
- Pagamentos de amortização periódicos e juros no vencimento;
- Tabela Price prefixada;
- Pagamento de principal no vencimento sem taxa de juros;
- Pagamentos de amortização sem taxa de juros;
- Pagamento de valor calculado pelo emissor.

2.2 DA CUSTÓDIA E DA TRANSFERÊNCIA

Após registrar a Cédula de Crédito Imobiliário, devidamente acatada pela Cetip, a instituição registradora deve providenciar a transferência da propriedade fiduciária do ativo imobiliário para o custodiante eletrônico (Cetip). Embora a legislação não seja clara nesse ponto, entende-se que a transferência da propriedade fiduciária, na hipótese de CCI escritural, se dá nos moldes do art. 45 da Lei nº 10.931/2004⁹, por meio da inscrição em termo de tradição eletrônico constante do Sistema de Informações do Banco Central (Sisbacen), possuindo essa inscrição os mesmos efeitos do endosso.

Na hipótese de CCI cartular, a registradora deve providenciar a aposição do endosso mandato e a transferência da propriedade fiduciária da CCI endossável para a Cetip, previamente ao depósito da cédula. A título de esclarecimento, cumpre mencionar que o depósito, nesse caso, afigura-se na admissão do

⁹ BRASIL. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

ativo no sistema de custódia eletrônica e registro em conta de titularidade do participante (instituição registradora ou outro custodiante constituído).

Ainda em se tratando de CCI não escritural, a registradora deve entregar a cártula na sede da Cetip para que ela seja endossada em favor do participante endossatário. Em ato contínuo, o registrador retirará a CCI cartular endossada e a entregará ao participante endossatário.

Ressalta-se que o participante endossatário é a figura do titular da cédula e, conseqüentemente, dos direitos imobiliários nela representada. O participante endossatário pode ser, ainda, a instituição cujo cliente é o titular da cédula. Esse participante, pessoa jurídica, receberá a propriedade fiduciária e a atribuição de endossar a CCI ao cliente titular da cédula.

No trâmite das operações narradas, percebe-se que a instituição registradora também funciona como custodiante (o que não se confunde com a custódia eletrônica exercida pela Cetip) dos títulos. Essa função deve ser exercida pela própria instituição registradora, exceto se for indicado outro participante para exercer essa atividade, seja na modalidade da cédula cartular ou escritural. A instituição custodiante assumirá, para todos os efeitos legais, a qualidade de fiel depositária da Cédula de Crédito Imobiliário.

2.3 DO AGENTE DE PAGAMENTO E SEUS PROCEDIMENTOS

A função do agente de pagamento pode ser exercida pela própria instituição registradora, bem como por outra participante indicada, desde que esse se enquadre em uma das naturezas jurídicas mencionadas para a condição de registrador, somada às figuras da securitizadora de crédito.

Com efeito, podem exercer a função de agente de pagamento as seguintes pessoas jurídicas:

- a) banco comercial;
- b) banco de desenvolvimento;
- c) banco de investimento;
- d) banco múltiplo;
- e) Caixa Econômica Federal;
- f) companhia hipotecária;
- g) sociedade corretora de títulos e valores mobiliários;

- h) sociedade de crédito, financiamento e investimento;
- i) sociedade de crédito imobiliário e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários;
- j) securitizadoras de crédito imobiliário.

O agente de pagamento é figurante das relações da CCI quando o registro é feito, junto à Cetip, na modalidade de CCI com liquidação financeira.

Assim, quando presente, na modalidade registrada, a participação da Cetip na liquidação financeira torna imprescindível a figura do agente de pagamento, o qual exerce algumas funções de relevo, a seguir relatadas:

Primeiramente, cabe ao banco pagador efetuar na plataforma eletrônica o lançamento dos preços unitários dos eventos (evento é a obrigação estabelecida no crédito mobiliário representado na CCI), na hipótese em que esses valores não forem calculados pelo sistema da Cetip, inclusive se a cédula for de titularidade de seu cliente;

Função não menos importante, é incumbência do banco pagador efetuar a cobrança dos valores relativos às obrigações imobiliárias representadas pela cédula, bem como repassá-los aos participantes que detenham a sua titularidade (em nome próprio ou de seu cliente);

Por fim, cabe ao banco pagador informar ocorrência de inadimplência de pagamento relativo à obrigação imobiliária que lastreia a cédula de crédito.

Tais informações devem ser dar no âmbito da Cetip e perante o titular do título, comunicação essa que, caso não seja realizada tempestivamente, pode prejudicar todo o trâmite das operações realizadas, eis que o pagamento do lastro lhe é essencial.

2.4 DA VINCULAÇÃO DA CCI AO CRI

Uma das possibilidades atribuídas à Cédula de Crédito Imobiliário é a sua vinculação a um Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI), facilitando a sua utilização na operação de securitização de créditos imobiliários.

A vinculação da CCI ao CRI pode ser feita no próprio âmbito do agente de custódia eletrônica (Cetip), sendo que, para tanto, basta que a CCI esteja disponível para movimentação na conta própria do emissor do CRI, a securitizadora.

Para se efetuar a vinculação, a securitizadora (emissora exclusiva de CRI, segundo a Lei nº 9.514/1997¹⁰) a efetua na plataforma eletrônica da Cetip, mediante lançamento de vinculação de ambos os títulos.

Conforme previsto pela lei instituidora, a emissão do CRI deve ser precedida pela lavratura do Termo de Securitização de Créditos, no qual constarão as informações precípuas do título. Devem estar informados no termo, pois, segundo a Lei nº 9.514/1997¹¹, os seguintes dados:

- a) A identificação do devedor e o valor nominal do crédito que lastreia a emissão, bem como a especificação do imóvel a que esteja vinculado ao crédito, a matrícula e o cartório de imóveis respectivo;
- b) A identificação de todos os títulos emitidos;
- c) Se houver, a constituição de outras garantias de resgate dos títulos.

Uma vez realizada a vinculação, no âmbito da Cetip, da Cédula de Crédito Imobiliário ao Certificado de Recebíveis Imobiliários, a operação de securitização é levada à próxima etapa, com a oferta feita pela securitizadora ao eventual investidor, na modalidade de título de crédito ou valor imobiliário.

É possível realizar, junto à Cetip, o procedimento inverso, ou seja, a desvinculação da CCI ao Certificado de Registros. Para tal procedimento, é necessária a confirmação pelo detentor do CRI ou do agente fiduciário (caso o título seja gravado por regime fiduciário).

O ato de lançamento de desvinculação pelo emissor, bem como de confirmação do detentor do CRI, é denominado pela Cetip de “duplo comando” e pode ser visualizado por meio da tela eletrônica¹² utilizada na operação, a seguir transposta (Figura 2):

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹¹ Idem.

¹² Cetip: Tela eletrônica de vinculação/desvinculação da CCI ao CRI.

| Vinculação/Desvinculação de CCI a CRI | | | |
|---------------------------------------|-------------|---------------|-------------|
| Dados do CRI | | | |
| Código IF | 12D0008006 | Emissão | 0001 |
| Série | 0001 | Tipo da Série | SENIOR |
| Ação | VINCULAR | | |
| Subordinação | | | |
| Código IF | 12D0008016 | Emissão | 0001 |
| Série | 0001 | Tipo da Série | SUBORDINADO |
| Dados das CCT's | | | |
| Código IF | 12D00007808 | | |

Figura 2: Cetip - Tela eletrônica de vinculação/desvinculação da CCI ao CRI

Após a desvinculação ao CRI, a CCI é novamente liberada para movimentação na conta própria, a conta destinada à custódia eletrônica dos ativos.

3 DO REGIME FIDUCIÁRIO

De acordo com a dicção da Lei nº 9.524/1997¹³, na contratação de uma operação de securitização, a companhia securitizadora pode instituir um regime fiduciário sobre os créditos imobiliários destinados a lastrear um CRI.

Como é aplicável a qualquer crédito imobiliário que lastreia a emissão do CRI, a instituição do regime fiduciário pode ser realizada sobre uma CCI. Dessa forma, o agente fiduciário será uma instituição financeira ou uma companhia autorizada para esse fim pelo Banco Central. Os beneficiários da segregação serão os adquirentes dos títulos que representam o crédito imobiliário.

Segundo o art. 10 da citada lei¹⁴, o regime fiduciário será instituído mediante declaração da companhia securitizadora, lançada no Termo de Securitização de Créditos, documento essencial à operação de securitização.

A declaração que institui o regime fiduciário deverá ter consignado, pois, segundo a norma:

- a) a constituição do regime fiduciário;

¹³ BRASIL. Lei nº 9.524, de 2 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a abrir aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, crédito suplementar no valor de R\$ 955.767.787,00, para os fins que especifica. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1995_1997/19524.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹⁴ Idem.

- b) a constituição de patrimônio separado, composto pela totalidade dos créditos imobiliários que lastreiam a emissão do título;
- c) a nomeação do agente fiduciário, definindo-se os seus deveres, a sua remuneração e as suas responsabilidades. Serão definidas também hipóteses em que o agente poderá ser destituído;
- d) por fim, será definida a forma de liquidação do patrimônio separado.

A instituição do regime fiduciário constitui uma das formas da segregação do patrimônio envolvido na operação de securitização, sendo parte fundamental para o sucesso das operações desse jaez, uma vez que mitiga o risco e confere mais segurança aos investidores captados pela securitizadora de créditos.

Assim, como consequência da instituição do regime fiduciário, os créditos imobiliários, objeto da segregação, passarão a constituir patrimônio separado, os quais não se confundirão, para nenhum fim de direito, ao patrimônio próprio da seguradora. Tais créditos, a partir da segregação, se afiguram lastro da CCI (ou outro título imobiliário que os constitua) até que se completem os resgates das cédulas a que estejam afetados.

Como resultado jurídico da segregação, os créditos instituídos com regime fiduciário não podem ser objeto de qualquer execução (ou demais ações judiciais, inclusive falência) por parte dos credores da companhia securitizadora, bem como não serão passíveis de constituição de garantias ou excussão por credores da securitizadora.

Os efeitos da segregação imposta pelo regime fiduciário à CCI (ou outros títulos congêneres) são também estatuídos na Lei de Falências, nº 11.101/2005¹⁵, ao dispor, em seu art. 136, § 1º, o seguinte:

Art. 136. Reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor.

§ 1º *Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em*

¹⁵ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador. (grifos nossos)

Pode-se perceber a importância da figura da companhia securitizadora nas operações em estudo, na medida em que essas, além de gerir as operações envolvidas na securitização (sempre em obediência às normas e aos trâmites tratados neste trabalho), são responsáveis pelo patrimônio segregado em posse do agente fiduciário, cabendo-lhe manter seus registros contábeis e publicar suas respectivas demonstrações financeiras.

Tal responsabilidade jurídica é evidenciada pelo § 1º. Do art. 11 da Lei nº 9.514/1997¹⁶, eis que dispõe que poderá ser conferido aos beneficiários do crédito segregado o direito de haverem seus créditos contra o patrimônio da própria companhia securitizadora, na hipótese de os créditos se tornarem insuficientes.

A regra visa proteger os credores de má administração da securitizadora contra o patrimônio segregado, permitindo que seu próprio patrimônio responda por atos que dilapidem os créditos objeto do regime fiduciário. A medida protetiva, contudo, deve constar expressamente do Termo de Securitização lavrado na operação, sob pena de não poder ser aplicada.

Por outro lado, na hipótese de a companhia de securitização constatar a insuficiência dos ativos objetos da segregação, ela deve providenciar a sua recomposição, por meio da inclusão de novos créditos imobiliários no patrimônio afetado, o que deverá ser formalizado através de instrumento aditivo ao Termo de Securitização.

Já, quanto ao agente fiduciário, a Lei nº 9.514/1997¹⁷ também lhe atribui funções de valia quanto ao objeto da segregação patrimonial, consoante se vê no artigo da norma, transcrito a seguir:

Art. 13. Ao agente fiduciário são conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive os de receber e dar quitação, incumbindo-lhe:

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹⁷ Idem.

I - zelar pela proteção dos direitos e interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado;

II - adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, bem como à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça;

III - exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado;

IV - promover, na forma em que dispuser o Termo de Securitização de Créditos, a liquidação do patrimônio separado;

V - executar os demais encargos que lhe forem atribuídos no Termo de Securitização de Créditos.

Embora não disponha de dispositivos expressos acerca das possíveis penalidades aplicáveis aos agentes fiduciários, na hipótese de descumprimento dos deveres elencados anteriormente, prevê o § 1º do mesmo artigo a responsabilização por prejuízos causados por “descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária”.

A instituição que figurará como o agente fiduciário, na forma prevista pela Lei nº 9.514/1997¹⁸, naturalmente, deve preencher requisitos e condições inerentes ao exercício do encargo. Tais características legais estão dispostas, sobretudo, no art. 66 da Lei nº 6.404/1976¹⁹, a Lei de Sociedade por Ações, segundo atribuição da própria lei em comento, o qual se transcreve a seguir:

Art. 66. O agente fiduciário será nomeado e deverá aceitar a função na escritura de emissão das debêntures.

§ 1º Somente podem ser nomeados agentes fiduciários as pessoas naturais que satisfaçam aos requisitos

¹⁸ Idem.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

para o exercício de cargo em órgão de administração da companhia e as instituições financeiras que, especialmente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, tenham por objeto a administração ou a custódia de bens de terceiros.

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários poderá estabelecer que nas emissões de debêntures negociadas no mercado o agente fiduciário, ou um dos agentes fiduciários, seja instituição financeira.

§ 3º Não pode ser agente fiduciário:

- a) pessoa que já exerça a função em outra emissão da mesma companhia, a menos que autorizado, nos termos das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários; (Redação dada pela Lei nº 12.431, de 2011)
- b) instituição financeira coligada à companhia emissora ou à entidade que subscreva a emissão para distribuí-la no mercado, e qualquer sociedade por elas controlada;
- c) credor, por qualquer título, da sociedade emissora, ou sociedade por ele controlada;
- d) instituição financeira cujos administradores tenham interesse na companhia emissora;
- e) pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de conflito de interesses pelo exercício da função.

§ 4º O agente fiduciário que, por circunstâncias posteriores à emissão, ficar impedido de continuar a exercer a função deverá comunicar imediatamente o fato aos debenturistas e pedir sua substituição.

Nenhuma pessoa jurídica está imune à situação de insolvência, razão pela qual a lei prevê que, caso tal estado venha atingir a securitizadora, a

instituição que figurar como agente fiduciário assumirá, de imediato, a custódia e administração dos créditos imobiliários que lastreiam os títulos segregados.

Nesse caso, determina a lei que o agente fiduciário convoque assembleia-geral dos beneficiários dos títulos, a fim de deliberar sobre a forma de administração do patrimônio segregado.

Quanto ao procedimento da assembleia referida, determina a norma aplicável²⁰ no § 2º do art. 14:

§ 2º A assembléia geral, convocada mediante edital publicado por três vezes, com antecedência de vinte dias, em jornal de grande circulação na praça em que tiver sido feita a emissão dos títulos, instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de beneficiários que representem, pelo menos, dois terços do valor global dos títulos e, em segunda convocação, com qualquer número, sendo válidas as deliberações tomadas pela maioria absoluta desse capital.

A extinção do regime fiduciário atribuído se dá pela satisfação dos créditos em favor de seus beneficiários, implementando-se, assim, as condições de realização previstas pelo Termo de Securitização.

Extinguindo-se o regime fiduciário, o agente fiduciário deverá fornecer à companhia securitizadora, no prazo de três dias, o termo de quitação, que servirá para a formalização dos procedimentos de baixa da segregação patrimonial.

A jurisprudência do TJRS já manifestou entendimento acerca da aplicabilidade do regime fiduciário à Cédula de Crédito Imobiliário, legitimando a consequente consolidação da propriedade em razão do inadimplemento, com fulcro na Lei nº 9.514/1997. É o que se constata na ementa transcrita a seguir²¹:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - LIMINAR DEFERIDA - AÇÃO

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22c%C3%A9dula+de+cr%C3%A9dito+imobili%C3%A1rio%22>>. Acesso em: 17 out. 2017.

REVISIONAL EM ANDAMENTO - A dívida em questão decorre da emissão de uma cédula de crédito imobiliário, vinculada a um instrumento particular de alienação fiduciária, restando a ação de reintegração de posse, interposta pela instituição financeira agravada, fundamentada na regra dos arts. 23 e 37-A, da Lei nº 9.514/1997. A consolidação da propriedade é mera consequência do inadimplemento e da aplicação da legislação específica, qual seja, o art. 26, da Lei nº 9.514/1997. Sequer a interposição da ação revisional tem o condão de suspender a pretensão, porquanto a discussão das cláusulas contratuais não deve impedir a reintegração de bem alienado fiduciariamente, ainda mais quando o argumento tem referência direta à impossibilidade de arcar com o que fora ajustado, em face ao desemprego. Ademais, o credor tem o direito de adotar medidas que entende plausível para recuperação de seu crédito. Precedentes. Negaram provimento ao agravo de instrumento. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70073151839, 19ª Câmara Cível, Rel. Eduardo João Lima Costa, J. 13.07.2017)

No julgado a seguir, embora se consigne decisão favorável à possibilidade revisional dos juros pactuados, constata-se a emissão da cédula de crédito imobiliário e instituição da alienação fiduciária como modalidade de financiamento bancário²²:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INSTRUMENTO PARTICULAR DE FINANCIAMENTO COM CONSTITUIÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E EMISSÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO - REVISIONAL - TARIFAS E ENCARGOS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (Súmula nº 297 do STJ). Revisão. Possibilidade da

²² Idem.

revisão de contrato, para o fim de apurar eventual abusividade. Tarifa e serviços de administração. É abusiva a cobrança por tais serviços, por corresponder ao ônus da atividade econômica da demandada. Demais encargos. Os demais encargos são devidos nos termos da sentença. Apelos desprovidos. Unânime. (TJRS, Apelação Cível nº 70061999538, 17ª Câmara Cível, Rel. Giovanni Conti, J. 13.11.2014)

4 DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA DA CCI

Consoante mencionado na exposição inicial sobre a CCI, é permitida à instituição registradora do título indicar se ele terá o procedimento de liquidação financeira fora ou dentro do âmbito da Cetip, bastando que o faça, no ato do registro, por meio da escolha de tal opção na plataforma de registro eletrônico.

Vale lembrar que a liquidação financeira consiste no processo de extinção da obrigação pecuniária representada pela cédula, por meio do devido pagamento da quantia acordada.

Além da indicação da opção de liquidação financeira na plataforma eletrônica, para a sua concretização é necessário, ainda, que o agente de pagamento registre o preço unitário do evento (obrigação estabelecida no crédito imobiliário lastro da CCI), na forma e no prazo estabelecidos pela normatização interna no agente de custódia eletrônica (Cetip).

A liquidação financeira feita no âmbito da Cetip é realizada por meio do procedimento denominado como “LBTR”, ou liquidação bruta em tempo real, pela qual as obrigações são apuradas, pagas e, via reflexa, extinguem-se as obrigações imobiliárias representadas pela CCI.

5 DA EXECUTIVIDADE DA CCI ESCRITURAL

Por força do § 3º do art. 18 da Lei nº 10.931/2004²³, a Cédula de Crédito Imobiliário, além de contar com a ordinária forma cartular, pode também

²³ BRASIL. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

ser emitida na modalidade escritural, seguindo, assim, os procedimentos de registro, transmissão e liquidação já elucidados neste artigo.

O suporte escritural da CCI pode, por sua vez, erigir indagação acerca de sua executividade, argumento que se estearia na ausência de instrumento físico para aparelhar a execução judicial.

O saneamento da questão inicia-se pela própria redação da Lei nº 10.931/2004, instituidora da CCI, na medida em que o art. 20 lhe atribui, de forma expressa, a condição de título executivo extrajudicial, consoante se vê no teor do dispositivo a seguir transcrito: “Art. 20. A CCI é título executivo extrajudicial, exigível pelo valor apurado de acordo com as cláusulas e condições pactuadas no contrato que lhe deu origem”.

Dessa forma, em razão de disposição expressa, a Cédula de Crédito Imobiliário encontra-se albergada pelo art. 784, XII, do Código de Processo Civil de 2015²⁴, o qual outorga à legislação especial a possibilidade de conferir executividade ao título nela estatuído.

Além disso, os títulos de crédito contam com executividade garantida por força do art. 49 do Decreto nº 2.044/1908²⁵, aplicável em razão das reservas da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/1966²⁶).

Resolvido o caráter da executividade, resta dissertar sobre a representação física a ser apresentada na ação executiva. Já se concluiu no presente trabalho a possibilidade executiva do título escritural, restando, nesta análise, indicar o objeto de apresentação na ação judicial, enquanto não virtualizada.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.115 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908. Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

²⁶ Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

Segundo mencionado pelos autores Jean Carlos Fernandes e Alejandro Melo Toledo²⁷, a Lei nº 12.149/2010²⁸ atribuiu à certidão expedida pela Cetip a representação física dos créditos por ela custodiados eletronicamente, nos moldes do registro realizado na competente plataforma eletrônica. Assim, na hipótese de inadimplemento da obrigação cambial representado pela CCI escritural, cabe a proposição de ação judicial executiva, carreando-se à inicial, para tanto, a certidão expedida pelo agente custodiante eletrônico (Cetip), a fim de dar início ao movimento judicial de execução forçada.

Ressalta-se que não é a certidão do agente custodiante que possui força executiva, mas sim o título escritural por ela representado, a fim de aparelhar seu manejo físico junto ao Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

No âmbito das novas práticas comerciais, os títulos de créditos, não mais destinados somente à circulação clássica de crédito nele representado, são atualmente dotados de dinamicidade, responsável pela realização de negócios mais ágeis e comercialmente vantajosos.

Especialmente no mercado imobiliário, a Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), título de crédito abordado no presente estudo, ganha notoriedade na eficiência e na crescente transmissão de valores que propicia ao mercado.

Em um recente histórico, de dezembro a maio de 2011, a emissão e negociação de CCI cresceu no patamar de 14%. No final de maio daquele ano, a posição desses “papéis” já somava a monta de R\$ 27,7 bilhões de reais.

²⁷ FERNANDES, Jean Carlos; TOLEDO, Alejandro Melo. Desmaterialização e imaterialização dos títulos de crédito do agronegócio e a sua executividade. Disponível em: <http://media.wix.com/ugd/63c759_1b27f108410f4888b62284a531bac0b0.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

²⁸ BRASIL. Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010. Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste - Repenec; cria o Programa Um Computador por Aluno - Prouca e institui o Regime Especial de Aquisição de Computadores para Uso Educacional - Recompe; prorroga benefícios fiscais; constitui fonte de recursos adicional aos agentes financeiros do Fundo da Marinha Mercante - FMM para financiamentos de projetos aprovados pelo Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante - CDFMM; institui o Regime Especial para a Indústria Aeronáutica Brasileira - Retaero; dispõe sobre a Letra Financeira e o Certificado de Operações Estruturadas; ajusta o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV; [...] e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12249.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

De 2011 a 2012, o estoque valorizado dos CCIs cresceu 57,86%, evoluindo, de R\$ 32,3 bilhões, em setembro de 2011, para aproximadamente R\$ 50,9 bilhões, em igual período de 2012²⁹.

No ano de 2012, estoque de ativos imobiliários (que compreende, além da CCI, outros títulos, como CRI, LCI e LH) chegou ao patamar de R\$ 141,3 bilhões no final de agosto. Esses títulos tiveram crescimento de R\$ 42,4 bilhões em comparação com o mesmo período do ano anterior³⁰.

Já, em outubro de 2014, as aplicações ligadas ao mercado imobiliário já haviam crescido 44,3% e atingiram R\$ 262 bilhões de reais no final de setembro. No período de 2015 a 2017, também se registrou crescimento nos títulos imobiliários, não obstante o cenário econômico atual não ter sido favorável.

Pode-se concluir, portanto, que o mercado de crédito muda a passos largos, agentes novos entraram no mercado econômico, os quais, certamente, ainda permanecerão por grande tempo.

Por esse motivo, o presente trabalho se destinou à análise doutrinária da Cédula de Crédito Imobiliário, instrumento dotado de crescente importância no cenário da economia contemporânea.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Red Livros, 1945.

BORGES, Eunápio. *Título de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

²⁹ CETIP. Cédula de Crédito Imobiliário. Disponível em: <<http://www.cetip.com.br/Noticias/Cedula-de-Credito-Imobiliario#sthash.36pQVLoW.dpuf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

³⁰ CETIP. Imobiliários ultrapassam a marca de R\$ 140 bi em estoque. Disponível em: <<http://www.cetip.com.br/Upload/publicacao/e16cab2e-866c-4e5c-a240-adf2027e975c.html>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22c%C3%A9dula+de+cr%C3%A9dito+imobili%C3%A1rio%22>>. Acesso em: 17 out. 2017.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1996.

CAMINHA, Unie. *Securitização*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CETIP. Cédula de Crédito Imobiliário. Disponível em: <<http://www.cetip.com.br/Noticias/Cedula-de-Credito-Imobiliario#sthash.36pQVLoW.dpuf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Imobiliários ultrapassam a marca de R\$ 140 bi em estoque. Disponível em: <<http://www.cetip.com.br/Upload/publicacao/e16cab2e-866c-4e5c-a240-adf2027e975c.html>>. Acesso em: 18 out. 2017.

CHAVES, Natália Cristina. *Securitização de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Jean Carlos. *Teoria contemporânea dos títulos de crédito: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FERNANDES, Jean Carlos; TOLEDO, Alejandro Melo. Desmaterialização e imaterialização dos títulos de crédito do agronegócio e a sua executividade. Disponível em: <http://media.wix.com/ugd/63c759_1b27f108410f4888b62284a531bac0b0.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

PONT, Manuel Broseta. *Manual de Derecho Mercantil*. 14. ed. Atualização de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2007.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de; FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. A assinatura digital e o tabelião digital. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito & Internet*. São Paulo: Edipro, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Submissão em: 24.09.2017

Avaliado em: 12.12.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 03.10.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 06.12.2017

DESLOCAMENTO DO MAGISTRADO ESTADUAL: INTERESSE PÚBLICO A SERVIÇO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE STATE MAGISTRATE'S DISPLACEMENT: PUBLIC INTEREST AT THE SERVICE OF HUMAN DIGNITY

José Neto Rossini Torres¹
Advogado no Espírito Santo

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito processual penal.

RESUMO: A força das organizações criminosas pelo mundo é gigantesca, sendo que a tendência atual é que em todos os seus aspectos haja um desenvolvimento acentuado. O surgimento de diversos aparatos investigatórios nas legislações especiais é um progresso; porém, o poderio dessas empresas é impressionante, e essa própria legislação processual não consegue proteger a agente dotado de jurisdição, ou seja, aquele que detém o poder-dever de julgar. Um dos principais focos dessas organizações é o magistrado, em especial o estadual, que sofre com a constante insegurança, por meio de ameaças e atentados. Como meio de preservação da atuação do

magistrado, em um devido processo penal constitucional, e a integridade física e psicológica do indivíduo, entende-se necessária sua remoção, em determinados casos, para outros Estados da Federação. Tal deslocamento buscará sua justificativa junto à indefinição da expressão “interesse público”, analisando sua ligação com a dignidade da pessoa humana e respeitando a unidade jurisdicional.

ABSTRACT: *The strength of Criminal Organizations around the world is enormous, and the current tendency is that there will be a development in all its aspects. The emergence of various investigative apparatuses in special legislations is a step forward, but the strength of these companies is impressive, and the procedural law cannot protect the agent with jurisdiction,*

¹ Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito (EPD, São Paulo/SP, Brasil). Membro da Comissão de Políticas Criminais e Penitenciária da OAB/ES. E-mail: jnrossinitorres@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/0325313970602263>>.

that is, the one who has the power-duty to judge. One of the focus of these organizations is the magistrate, especially the state magistrate, who suffers with constant insecurity through threats and attacks. As a mean of preserving the magistrate's performance, in a due constitutional criminal procedure, and their physical and psychological integrity, it is considered necessary to move them, in certain cases, to other states of the federation. Such displacement will seek its justification along with the "public interest's" lack of definition, analyzing its connection with the dignity of human person and respecting the jurisdictional unity.

PALAVRAS-CHAVE: crime organizado; inamovibilidade; interesse público; dignidade da pessoa humana.

KEYWORDS: *organized crime; immobility; public interest; dignity of human person.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Organizações criminosas pelo mundo: breve panorama geral; 2 Magistrados e suas garantias; 3 Requisitos para o deslocamento; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Criminal organizations around the world: brief overview; 2 Magistrates and their guarantees; 3 Requirements for displacement; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A criminalidade em geral sempre se mostrou inovadora, no sentido de, ao longo dos séculos, constantemente criar meios eficientes para burlar o que a lei delimita como ilícito. As organizações criminosas estão longe de serem uma inovação da criminalidade; pelo contrário, pode-se dizer que sempre estiveram presentes nas sociedades, até nas mais primitivas. Porém um traço relevante dessas organizações é a sua mutação, isso quer dizer, sua atualização com o passar do tempo. Com isso, por óbvio, seu desenvolvimento criminoso acompanhou a expansão intelectual, cultural, financeira, tecnológica e militar da sociedade em geral.

No estudo, o fenômeno organizacional não passará em branco, em que, de forma breve, serão vislumbradas as características de algumas organizações pelo mundo. Apesar de terem suas vicissitudes, as organizações criminosas têm alguns traços comuns. O poder econômico e o alto armamento, que propicia uma grande atuação violenta, são características marcantes na maioria dessas "empresas".

Dada a força indiscutível dessas organizações, as legislações pelo mundo procuram meios investigativos e repressivos eficientes para o combate. O Brasil, apenas no ano de 2013, promulgou a Lei nº 12.850, que delimita o tipo penal de organização criminosa e também detalha várias atuações investigativas, que antes eram deveras imprecisas.

Nota-se, ainda, que o Poder Legislativo e, também, o Executivo pecam na proteção dos indivíduos que estão em efetivo julgamento de possíveis atos criminosos das referidas organizações criminosas. A figura do juiz se mostra totalmente vulnerável, mesmo com as garantias constitucionalmente defendidas, quando no exercício de suas funções. Nesse sentido, qual o instrumento hábil para proteção efetiva desse profissional quando está sob ameaça? Entende-se que existem meios possíveis para amenizar essa insegurança – dada a disparidade existente –, os quais serão tratados no decorrer do presente estudo.

Notória é a importância desses profissionais para não somente o Judiciário, mas à sociedade em um todo. A atuação do magistrado se configura como uma constante e direta resposta social, pois a todo momento está decidindo sobre as atividades humanas. Logo, suas proteções pessoais e funcionais são imprescindíveis para o saudável desenvolvimento social.

Veja que o *animus* originário do presente estudo é a proteção desse magistrado estadual, procurando uma forma plausível de atenuar sua insegurança latente perante as diversas organizações criminosas.

1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PELO MUNDO: BREVE PANORAMA GERAL

Para que se possa compreender a realidade brasileira, necessita-se voltar os olhos para algumas organizações criminosas pelo mundo, identificando suas peculiaridades e percebendo certas semelhanças fundamentais.

Com toda a certeza, a ideia de máfia é a maior caracterização de crime organizado conhecido pelo mundo. As máfias italianas ganharam grande cenário mundial, principalmente pela sua longevidade e pelo poderio – seja em qualquer aspecto – adquiridos.

Rodolfo Maia² acredita que o surgimento ocorreu como forma de reação dos camponeses sicilianos à exploração desmedida sofrida ao longo dos tempos

² Maia apud FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juará, 2010. p. 76.

por seus senhores feudais. Destaca-se a esmagadora opressão feudal na época, a não ocorrência de reforma agrária, dado os grandes latifúndios improdutivos da época, e, também, a ausência perceptível do Estado, como pontos que incentivaram o surgimento primitivo das máfias. Esses aspectos propiciaram que os camponeses da região se unissem para o combate do abuso constantemente sofrido. Ao passar dos anos, a evolução foi gigantesca, logo na década de 80 do século XIX, e houve a inserção da máfia no meio político, pelo clientelismo, que nada mais era do que um sistema de troca. Impulsionados pelo sufrágio eleitoral, alguns membros conseguiram com o tempo se eleger como deputado. Essa que é uma grande característica das organizações criminosas mafiosas, qual seja, a inserção de integrantes no Estado, que ocorreu principalmente no Sul da Itália, abaixo de Roma, pela maior fragilidade do Estado no controle da gestão pública. Isso é o que as organizações buscam para se fixarem, a parte mais frágil do Estado. A proximidade com o poder administrativo faz com que a organização obtenha diversos privilégios. Como supracitado, a máfia teve como berço a Sicília, mas com grande representação em todo o território italiano. É nesse país que esse tipo de organização criminosa ganha suas principais características e se expande para o mundo. Para Juarez Cirino dos Santos³, entende-se que a máfia é “uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional [...]”.

A América do Sul também tem participação efetiva quanto à formação de organizações criminosas, principalmente na Colômbia (e Bolívia). Como Juan Pablo Montiel doutrina:

*Su posicionamiento en el escenario global como uno de los países con mayor superficie de cultivos de coca y como uno de los mayores productores de cocaína dio lugar a una guerra contra el narcotráfico, emprendida por el mismo Estado colombiano, apoyada fuertemente desde fuera por los Estados Unidos.*⁴

Estudos⁵ feitos no ano de 1994 identificaram a existência de 5 núcleos organizados na Colômbia. O mais conhecido no mundo é o Cartel de Medellín,

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 218, jan./mar. 2003.

⁴ MONTIEL, Juan Pablo. Principales Rasgos Dogmáticos y Político-Criminales del Derecho Penal del Narcotráfico em Colombia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 206, 2012.

⁵ TOLENTINO NETO, Fernando. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Org.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

atuante desde 1970, com o foco no tráfico de maconha e cocaína⁶. Em meio a um cenário de guerra entre os traficantes e o Governo surgiu um ponto curioso, que foi a atuação dos cartéis colombianos nas melhorias públicas para a comunidade, investimento esse que vinha do próprio tráfico. Mas por trás dessas atuações sociais perdura um monopólio econômico das regiões em que as organizações estão instaladas, ocasionando, assim, algumas consequências para a circunscrição territorial, como César Alfonso Velásquez Monroy demonstra:

Si el crimen organizado es una empresa que monopoliza un mercado ilegal, buscará restringir la oferta de su producto e impedir el ingreso de otros competidores para aumentar el precio de venta y los beneficios percibidos. Entonces, se desviarían menos recursos de la producción legal hacia la ilegal que en un mercado ilegal competitivo, surgido de una atomización de la oferta provocada por la represión estatal.⁷

Portanto, o comércio ilegal dessas organizações, como em outras pelo mundo, impede a entrada de outros comerciantes legais e ilegais. Aumentando a maior dependência da comunidade para com os traficantes da região, que controlam de maneira explícita a localidade.

A título de curiosidade, em recente pesquisa feita em 2012, a UNODC⁸ (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) constatou um lucro estimado de 870 bilhões de dólares por ano dessas organizações transnacionais. Ademais, a matéria relaciona que essa alta renda criminosa equivale “a mais de

⁶ Inicialmente, como retrata Eduardo Araújo da Silva, utilizaram, no Peru e na Bolívia, como mão de obra os índios da região. Posteriormente, agricultores locais dominaram o cultivo da planta e sua transformação em pasta-base para o refinamento de cocaína, expandindo suas atividades para a Colômbia (SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24).

⁷ MONROY, César Alfonso Velásquez. *Crimen organizado: orden divergente y vecindarios urbanos vulnerables*. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/eure/v36n108/art03.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁸ É um Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) que implementa medidas que refletem as três convenções internacionais de controle de drogas e as convenções contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção. O trabalho do UNODC está baseado em três grandes áreas: saúde, justiça e segurança pública. Dessa base tripla, desdobram-se temas como drogas, crime organizado, tráfico de seres humanos, corrupção, lavagem de dinheiro e terrorismo, além de desenvolvimento alternativo e de prevenção ao HIV entre usuários de drogas e pessoas em privação de liberdade (Sobre o UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/sobre-unodc/index.html>>. Acesso em: 10 abr. 2014).

seis vezes o montante disponível para a assistência oficial para o desenvolvimento e são comparáveis a 1,5% do PIB mundial ou a 7% das exportações mundiais de mercadorias⁹. O tráfico de drogas é o ilícito principal no Brasil e, também, a mais lucrativa atuação criminoso no mundo: seus lucros giram em torno de 320 bilhões de dólares.

Ante a breve relação de organizações criminosas citadas, vislumbra-se que o poder exercido por essas atividades ilícitas é indiscutível e assustador. Suas influências giram em torno de todas as esferas sociais, adaptando-se à cultura da comunidade *in loco*. No próximo tópico, a atuação dessas organizações no Brasil será brevemente debatida, expondo os principais casos de atentados contra magistrados nacionais.

1.1 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: ATENTADOS CONTRA MAGISTRADOS

A realidade de desigualdade – genericamente – no cenário brasileiro sempre foi um atrativo para a instalação e o surgimento de grandes organizações criminosas no País. Esse abismo entre dois mundos em uma mesma localidade gera um conflito inevitável, e Juarez Cirino dos Santos conclui que

o Brasil, possuidor da maior economia da América Latina, com uma sociedade civil marcada por extrema desigualdade social e um Estado emperrado pela burocracia, minado pela corrupção e pela ineficiência administrativa, seria um mercado atraente para a expansão dos negócios e do poder do chamado crime organizado, segundo os meios de comunicação de massa.¹⁰

Nesse diapasão, o Brasil é um local propício para o desenvolvimento de organizações criminosas, principalmente pela falta de competência estatal. A ausência de políticas públicas eficientes, a organização processual e o combate real à corrupção – entre outros crimes – são marcos que maculam o País.

⁹ Crime organizado transnacional gera 870 bilhões de dólares por ano, alerta campanha do UNODC. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/crime-organizado-transnacional-gera-870-bilhoes-de-dolares-por-ano-alerta-campanha-do-unodc/>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

¹⁰ Santos, op. cit., p. 220.

Por além, no Brasil perdurou uma lacuna legislativa por diversos anos. Certo é que a tipificação do que caracterizaria uma organização criminosa só surgiu no ano de 2013, por intermédio da Lei nº 12.850. Tal hiato acarretou uma grave insegurança jurídica, prejudicando o combate a esse ilícito mundialmente difundido e, também, inserido na lógica nacional.

A força econômica dessas organizações ilícitas, em conjunto com uma estrutura armada avançada, propicia a ocorrência de crimes contra magistrados de maneira constante. Esse caráter violento é um dos vários meios de atuação ilícita do crime organizado em busca da repressão do agente que “incomoda” a vida ativa dessas empresas. Como meio de atuação e agrupamento para fins ilegais, as organizações criminosas sempre utilizaram a força da violência quando lhe era conveniente.

No Brasil esse aspecto de violência não se difere. Verifica-se como traço comum desses ataques a atenção especial aos magistrados, como no caso da Juíza Patrícia Acioli¹¹, que foi vítima da criminalidade organizada do Estado do Rio de Janeiro. Patrícia, que era titular da 4ª Vara Criminal de São Gonçalo, estava atuando em vários processos contra Policiais Militares da região, o que levou cerca de 60 policiais à prisão (por crimes relacionados a milícias e grupos de extermínio). A devida atuação processual da mesma fez com que o crime organizado respondesse, e em agosto de 2011 a juíza foi assassinada em frente à sua casa com cerca de 21 tiros. Todos os onze réus já foram processados e condenados, sendo todos eles policiais.

Outro grande caso que ganhou repercussão nacional foi o do Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, lotado na capital do Espírito Santo, mais precisamente na 5ª Vara Criminal de Vitória/ES, conhecida na época como VEP (Vara de Execuções Penais). Tal magistrado foi assassinado no dia¹² 24 de março de 2003, ao chegar em uma academia logo cedo, sendo surpreendido por um indivíduo que acabara de descer do carona de uma moto, levou o primeiro tiro no peito, e, mesmo ferido, conseguiu sacar sua arma, que estava na cintura, e efetuou um tiro que atingiu a janela do 8º andar de um prédio da localidade. Ato contínuo, o condutor da moto saltou e disparou contra a cabeça da vítima, com

¹¹ BARREIRA, Gabriel; ELIZARDO, Marcelo. Últimos 2 PMs julgados por morte da Juíza Patrícia Acioli são condenados. Disponível em: <<http://zip.net/bxpZxs>>. Acesso em: 2 maio 2014.

¹² SOARES, Luiz Eduardo; LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro; MIRANDA, Rodney Rocha. *Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 26.

o juiz caído veio o terceiro disparo, que acertou o braço e o tórax. Tal atentado foi por supostamente estar o magistrado atrapalhando um grupo organizado criminoso por intermédio de suas ações legais.

Vários outros casos de violência contra magistrados em razão da sua atuação processual são de conhecimento comunitário. Sabendo, desde já, de uma falta de estrutura estatal para combate às organizações criminosas, bem como a proteção dos funcionários públicos, resta como necessário vislumbrar quais mecanismos a Constituição Federal dispõe para salvaguardar o magistrado, e se os mesmos são eficientes.

2 MAGISTRADOS E SUAS GARANTIAS

A magistratura sempre foi vista como uma profissão com agentes bem-sucedidos, sendo que suas atuações decisórias chamam grande atenção social e impõe deveras respeito. Sem dúvida é uma das profissões mais notáveis do meio jurídico, que demanda extenso conhecimento – não só do seguimento do Direito – em conjunto com uma vocação necessária.

Apesar de atribuições pessoais do agente para a função, é imprescindível que o funcionário, no caso o magistrado, siga os ditames processuais penais acusatórios conforme o escopo garantista da constitucional. Isto quer dizer que, por além de boas intenções, o magistrado deve preservar sua imparcialidade, o não acúmulo de funções, propiciar a paridade de armas, o contraditório, a ampla defesa, entre outros elementos. Feita essa observância prática e processual, o magistrado deve ter suas garantias preservadas para que tais elementos elencados subsistam em um devido processo penal constitucional, legitimando, assim, o poder de punir estatal.

Quanto às garantias e orientações, o art. 1º do Código de Ética da Magistratura Nacional, nos dispositivos gerais, explicita diversos princípios que o juiz deve seguir na sua atuação cotidiana, quais sejam:

Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo

profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.¹³

Esses princípios são positivados na Constituição Federal de 1988 como forma de garantia profissional, não seriam meras prerrogativas funcionais, mas, sim, garantias para que qualquer magistrado possa exercer de forma plena e eficaz sua função. Deve-se, então, compreendê-los como vetores interpretativos para os demais ordenamentos infralegais, como as legislações especiais que versam sobre o combate ao crime organizado, e também o Código de Processo Penal.

Essas garantias necessárias para o devido desenvolvimento profissional estão positivadas no art. 95 da Carta Magna:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998:

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.¹⁴

Como cerne do trabalho, juntam-se esforços para a total compreensão do instituto da inamovibilidade, a fim de que a proposta do trabalho alcance os

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 19 maio 2014.

¹⁴ BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

objetivos desejados. Além da previsão constitucional (art. 93, II), encontra-se respaldo nos arts. 30 e 31 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Faz-se *mister* entendermos, *a priori*, que a inamovibilidade “consiste em não se permitir, sem seu consentimento, a remoção de um juiz, de um lugar para outro”¹⁵. É inerente a todo juiz, seja titular ou substituto.

O magistrado só poderá ser removido com seu próprio consentimento, punição ou por motivo de interesse público. Porém, essa expressão não é devidamente delimitada, sendo, assim, ponto de grande abstração e subjetividade atual. Consta que, segundo a Resolução nº 135 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), todos os magistrados – incluindo toda a hierarquia jurisdicional – estão sujeitos à pena disciplinar de remoção compulsória pelo interesse público. Portanto, vislumbra-se nessa posição um caráter punitivo do interesse público.

Segundo outra óptica, entende-se que o interesse público está ligado à efetiva necessidade da prestação judicial; sendo essa precária ou inexistente, poderá o magistrado ser removido para outra comarca que necessita de um juiz. Há, então, um caráter de necessidade social para configurar o tal interesse público.

Veja que a abstração possibilita várias interpretações quanto à expressão, algo que em determinados momentos pode ser favorável, mas, em outros, um grande problema. Pode-se sustentar, como problema, uma quebra à segurança jurídica, consequência da violação do princípio da legalidade.

A segurança jurídica é uma situação que se busca em grande escala no dia a dia forense, para que a atuação dos seus profissionais seja coerente com a legalidade, e que a sociedade consagre a atuação plena da Justiça. Partindo desse entendimento, há quem critique ferozmente as imprecisões no ordenamento jurídico e outros que admitem tal situação por uma questão de conveniência.

A jurisprudência atual não ajuda na compreensão da expressão; assim, o termo continua sendo usado sem nenhum limite. Veja, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça que relata sobre a ajuda de custo de magistrado removido

¹⁵ CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 194.

por pedido, que em nenhum momento a corte delimita qual o sentido desse interesse público, deixando uma interpretação extremamente aberta.

ADMINISTRATIVO – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO STJ – INOVAÇÃO RECURSAL – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – REMOÇÃO DE MAGISTRADO – INTERESSE PÚBLICO – AJUDA DE CUSTO – POSSIBILIDADE – 1. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial 2. Verifica-se não ter sido demonstrada ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. 3. *A recente jurisprudência desta Corte está firmada em que, na remoção do Magistrado, seja ela ex officio ou a pedido, encontra-se presente o interesse público, de modo que o juiz faz jus à ajuda de custo prevista no art. 65, I, da Loman. Precedentes: AgRg-Ag 1.368.615/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 09.06.2011; AgRg-Ag 1.354.482/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJe 18.02.2011; AgRg-REsp 943.682/PA, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJCE), DJe 09.05.2011; e AgRg-REsp 945.420/SC, Rel^a Min. Laurita Vaz, DJe 27.09.2010 (AgRg-Ag 1.340.614/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 21.05.2012).* 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 1^a Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, J. 09.04.2013) (grifo nosso)¹⁶

Ora, apenas afirma-se que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firma a ocorrência do interesse público, em nenhum momento esclarece o

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, AgRg-AREsp 174203/SC, 2012/0068109-3, Rel. Min. Sérgio Kukina. Brasília/DF, 15 abr. 2013.

interesse público no caso concreto, positivando suas vicissitudes. Confirmando, assim, o grande juízo precário para deferimento ou não.

2.1 “INTERESSE PÚBLICO” COMO FORMA DE DESLOCAMENTO DO MAGISTRADO ESTADUAL: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inúmeras são as compreensões da expressão “interesse público”, muito em razão da sua larga abrangência, o que proporciona grande poder a quem lhe usa indiscriminadamente. Certo é que tal expressão tem utilização em solo nacional tradicionalmente como sinônimo de “vontade geral”, demonstrando, assim, um “respeito” à construção de Rousseau, o qual expõe que a vontade geral tem um caminho reto e predominante para a utilidade pública¹⁷.

A doutrina histórica remonta para a Revolução Francesa, movimento contra o Estado Absoluto, a ligação entre vontade geral e liberdade, instrumentos esses caracterizados como a base de uma lei justa¹⁸. Em meio a este contexto, a busca pela legalidade, na figura do Estado de Direito, traria maior segurança social e legal contra os recorrentes arbítrios do déspota.

Partindo dessa base, o estudo do interesse público tem intrínseca relação com o Direito Administrativo, em foco nos seus atos e no seu escopo processual. No Direito brasileiro, uma das doutrinas precursoras no debate quanto ao interesse público foi a de Celso Antonio Bandeira de Mello, o qual positiva tal vontade geral como um princípio, *in verbis*: “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”¹⁹.

Bandeira de Mello ainda contempla que o interesse público, como um interesse conjunto, “nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de *cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses [...]*”²⁰.

¹⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, ano X, n. 23, p. 7-28, abr./jun. 2011, p. 7.

¹⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99.

²⁰ *Ibid.*, p. 60.

Para certa doutrina, o princípio da supremacia do interesse público se justifica como a sustentação do direito público. Porém, com a recente construção constitucional determinando um esperado Estado Democrático de Direito, que em suma potencializa a proteção de direitos fundamentais, a lógica de igualdade com a “vontade geral” pode estar ultrapassada. Isso se justifica no contraponto entre um Estado de Direito e o citado Estado Democrático de Direito, esse que transpõe uma construção de Estado autoritário, preocupado com os atos absolutistas de sua época, e impõe respeito e desenvolvimento dos ditos direitos fundamentais (razão cidadã), incorporando, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana.

Vejam que, por vezes, a Administração fica à mercê de uma genérica delimitação de “interesse público”, proferindo decisões com base em elementos não tangíveis e imprecisos, o que acarreta corriqueiramente a violação de direitos individuais indispensáveis em uma construção democrática de Direito. Sabendo disso, Thiago Lima Breus é preciso ao relacionar o interesse público com a dignidade humana, senão vejamos:

Desta questão avulta mais um ponto de intercruzamento nos caminhos da dignidade humana e do interesse público, pois este, necessariamente, deve servir de instrumento para a concretização daquela. Em outras palavras, afirmar a supremacia da dignidade da pessoa humana significa a alocação de múltiplos meios aptos para a sua efetivação, dentre os quais detém o *interesse público* função essencial.²¹

Ante a lógica de instrumento à serviço da proteção da dignidade da pessoa humana, a análise de casos em que há o “interesse público” deverá acompanhar uma lógica de ponderação entre direitos. Desse modo, não haverá uma resposta predefinida, sendo necessária uma análise casuística, que não dispensará seu escopo protetivo de direitos fundamentais constitucionalmente positivados.

Partindo dessa ideia constitucional/sistêmica – verificando que não há previsão infraconstitucional protetiva eficiente para os magistrados estaduais, que estão julgando processos de organizações criminosas –, a constante

²¹ BREUS, Thiago Lima. Interesse público: um instrumento necessário à concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, p. 615-628, 2004, p. 624.

imprecisão da expressão, e tendo como base o verificado poderio econômico e a periculosidade das organizações criminosas no Brasil e no mundo, o interesse público positivado no art. 93, inciso II, da Constituição pode, sim, ser utilizado como forma de justificar a remoção do magistrado estadual e sua família, que está sofrendo com as investidas do crime organizado para outra jurisdição.

Essa forma interpretativa preserva e proclama todo o ideário de proteção ao indivíduo, não só quanto à saúde e segurança, mas também ao livre desenvolvimento laboral e produtivo, preservando um devido processo penal em iras acusatórias. Em um cenário de constantes ameaças e medo, o Estado – autointitulado Democrático de Direito²² – deve buscar meios que assegurem a proteção (eficiente) constitucional positivada. Ademais, verifica-se que tal modificação jurisdicional em nada prejudicará a divisão de tarefas definida pelo Judiciário.

2.2 UNIDADE JURISDICIONAL

Em um País de grande extensão territorial como o Brasil, o Judiciário sofre, por diversas vezes, para que se faça presente até nas mais remotas localidades. Para que essa jurisdição seja mais eficiente, seja pela celeridade ou pela equidade no caso concreto, há uma divisão quanto à função. É um modo de administração da justiça, para que preserve a sua atuação.

A organização assevera sobre tudo, sobre posição de estruturas, requisitos para a investidura, carreira judiciária, estabelecendo o prazo para o trabalho forense e dividindo o território nacional em circunscrições para o efeito do exercício da função jurisdicional²³.

Quanto à carreira, podemos citar os magistrados federais, estaduais e do trabalho. Em uma óptica de inserção e hierarquia, não há nenhuma disparidade entre eles. A diferença está na circunscrição do foro de atuação, que seriam os limites da sua jurisdição. Entende-se isso com base no princípio da aderência ao território, onde, no caso do magistrado estadual, segundo o art. 110 da Carta Magna, terá atuação na sua unidade federada em comarcas.

²² Reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 506).

²³ Cintra; Grinover; Dinamarco, op. cit., p. 126.

Portanto, o entendimento atual é que essa atuação em outro Estado, pelo magistrado, não seria possível, pois, mesmo sendo o Judiciário uno e nacional, o juiz estadual só teria jurisdição no seu respectivo Estado – onde adentrou por concurso público –, devido à divisão de competências. Porém discorda-se desse entendimento a partir do momento que tratamos da segurança e do livre desenvolvimento laboral de um dos servidores do Estado em um novo cenário de proteção às garantias fundamentais.

Verifica-se a importância ímpar do juiz; assim, como forma de celebração de outros princípios também de deveras importância democrática, como proteção individual do cidadão e seguridade social, o magistrado e seus familiares devem ser resguardados de um mal que está cada vez mais presente e forte no cenário brasileiro. Veja, não se pode negar o caráter unitário do Poder Judiciário, sendo, assim, um ato de remoção de um magistrado estadual ameaçado para outro Estado da União não irá ferir em nada a soberania nacional, muito menos a segurança jurídica pretendida; ao contrário, irá preservar a atuação de um profissional imprescindível para a celebração das garantias sociais, contemplando um processo penal acusatório.

Por meio da “brecha” do interesse público, o magistrado poderia, então, requerer sua remoção para outro Estado, identificados os requisitos da insegurança por meio de uma sumária instrução probatória administrativa, ou o próprio Conselho Nacional de Justiça identificar a necessidade e também justificar com base na expressão “interesse público”.

3 REQUISITOS PARA O DESLOCAMENTO

Os atos jurisdicionais e administrativos precisam se pautar a uma legalidade necessária. É imprescindível entender que, apesar de todo o cenário de perigo que os profissionais em julgamento de organizações criminosas estão, são necessários alguns requisitos básicos para que, mesmo de forma administrativa, o Conselho Nacional de Justiça reconheça a real necessidade do deslocamento. Tal ação seria um meio de preservar o possível instituto de uma banalização.

Entende-se que o tipo legal de ameaça, positivado no art. 147 do Código Penal brasileiro, pode ser utilizado como base mínima para demonstração ponderativa no caso concreto, por meio de petição simples.

Como no tipo de ameaça é necessário que a vítima se sinta realmente ameaçada, demonstrando o sentimento de medo, haja vista a tutela jurídica de proteção à liberdade pessoal, nas palavras de Paulo César Busato “a ameaça afeta a possibilidade do juízo tranquilo e refletido a respeito dos fatos e das coisas da vida, constituindo, portanto, uma afetação do âmbito de liberdade digna da proteção jurídico-penal”²⁴. Apesar da imprecisão da expressão “medo” e sua variação em cada pessoa, é importante que o mesmo se sinta violado pelo ato injusto, afetando o seu psicológico (*vis compulsiva*). Podendo, ainda, afetar a liberdade física do agente, “[...] pois em razão da gravidade da ameaça produz-se grande temor acompanhado de sensação de insegurança, que tolhe a liberdade de movimento”²⁵. Acompanhando o raciocínio de Mirabete, “a avaliação de ameaça não é abalizada pelo agente, mas sim pela vítima, contra quem é dirigida a promessa do mal”²⁶.

Já o caráter objetivo prega requisitos mais palpáveis para identificação da ameaça, sendo qualquer instrumento que a demonstre. Entende-se que a ameaça pode ser oral, de forma direta à vítima ou indireta, escrita, não necessitando de identificação direta, por algum gesto ameaçador ou por qualquer outro meio simbólico²⁷.

No caso em tela, não é preciso que a ameaça seja direcionada ao magistrado para que o mesmo faça o requerimento. Mesmo que o ato injusto seja direcionado a um membro da família do juiz, estará configura a insegurança, o que justificará o pedido. Ora, não podemos descartar o sentido da ameaça, essa deve ter alguma relação (clara ou implícita) com a atuação de combate do juiz contra o crime organizado.

Existem casos em que a ameaça não demonstra o seu autor, mas, em face do contexto, pode se vincular à ação criminosa com a atuação do magistrado, por exemplo, um juiz que recebe uma carta com intimidações a ele e seus familiares após a expedição de mandado de prisão contra um integrante da organização criminosa. Nesse viés, a carta não positiva o autor, mas compreende-se ter clara relação com ação jurisdicional.

²⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte especial 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 301.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 442.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 161.

²⁷ Bitencourt, op. cit., p. 444.

Não há de forma alguma a intenção de restringir o requerimento do magistrado, mas, para que se tenha efetividade, os dois requisitos – subjetivo e objetivo – precisam estar cumulados. O que não pode ocorrer é uma atuação de má-fé, ou seja, o magistrado, por uma questão alheia à intimidação da criminalidade organizada, requerer o deslocamento por esse instrumento. Portanto, o fundamento não pode destoar da visível fragilidade ao seu bem-estar e de sua família, e, se o Conselho Nacional de Justiça perceber essa atuação indevida, deverá imediatamente negar o requerimento.

CONCLUSÃO

A fim de alcançar o propósito construído no presente trabalho, entende-se que a atuação ilícita, por intermédio de grupos organizados, é um aspecto mundial, tendo em cada localidade suas especificidades próprias, mas mantendo elementos gerais de acúmulo de riquezas e aspecto de periculosidade repressiva. Diante da atuação processual do magistrado foram citados alguns exemplos de atos violentos contra eles, como forma de resposta desse poder paralelo que é o crime organizado.

Cediço é que as garantias delimitadas pela Constituição, em conjunto com uma estrutura precária de Estado, não conseguem efetivar uma esperada “tranquilidade” profissional para o magistrado, em foco no trabalho estadual, em seus atos processuais. Dessa forma, torna-se imprescindível uma atuação mais competente para resguardar os magistrados, tidos como “inimigos” dessas organizações.

Nesse diapasão, a imprecisão da expressão “interesse público” pode ser utilizada como mecanismo protetivo para determinados casos, analisando-a como expressão de necessária prestação jurisdicional – no caso na preservação do agente que detém jurisdição – e de caráter indiscutivelmente voltado para a dignidade da pessoa humana. Fazendo, assim, um deslocamento do magistrado em situação de risco para Comarca de outro Estado Federal, não podendo ser considerada qualquer ilegalidade funcional, haja vista a divisão de tarefas estar submetida aos ditames constitucionais, em especial a princípios fundamentalmente protetivos à dignidade humana e um devido processo penal acusatório.

Por amor ao debate, há também a possibilidade de positivação desse deslocamento (caso a interpretação extensiva da expressão “interesse público”

não perdue) por intermédio de uma proposta de emenda à Constituição, sendo o caminho mais seguro, acrescentando, assim, alguns pontos no art. 95 da Constituição Federal da República. Ante ao exposto e analisando as fases necessárias, apreende-se que o art. 95 da Constituição Federal da República, que positiva as já mencionadas garantias aos magistrados nacionais, seria o objeto de mudança na proposta de emenda à Constituição. Portanto, o texto sugerido ficaria assim: “II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII ou nos casos de magistrados estaduais em julgamento de organizações criminosas, com a devida demonstração do justo receio, para outros Estados da Federação”.

Feita essa sumária explicitação, o Conselho Nacional de Justiça determinaria, de forma sigilosa, a remoção do magistrado para outro Estado do Brasil. Então, como forma de preservação não há que se falar em publicidade do ato, pois como determinação de preservação não faria nenhum sentido dar divulgação. Ademais, essas garantias podem ser entendidas como cláusulas pétreas, assim, não passíveis de modificação. Entretanto, nesse caso não haverá uma restrição ao direito, mas sim ocorrerá uma ampliação dessas garantias, não gerando qualquer violação.

Esses meios surgem como sugestões protetivas ao magistrado estadual e a sua família, haja vista que o procedimento penal atual e as legislações específicas não dispõem de dispositivos que asseverem, de forma eficiente, sobre a sua segurança, deixando-os à disposição dos contínuos atentados das organizações criminosas.

Feito todo o estudo, a conclusão é uma: o magistrado está desprotegido para julgar um grande “mal social”. O crime organizado indiscutivelmente se encontra em posição estrutural acima dos juízes, por isso a preservação deles é necessária para que sua função social seja efetivamente desempenhada, respeitando todos os ditames constitucionais. Cabe ao Estado ter uma atuação mais presente na preservação dos seus profissionais e também no desenvolvimento social, a fim de coibir o ingresso de novos integrantes nas organizações criminosas.

Contudo, entendemos que esse não seria um meio apto para solucionar, em definitivo, o problema de insegurança latente dos magistrados. Entretanto, propostas que visem amenizar essa violação devem ser estimuladas e desenvolvidas.

REFERÊNCIAS

- BARREIRA, Gabriel; ELIZARDO, Marcelo. Últimos 2 PMs julgados por morte da Juíza Patrícia Acioli são condenados. Disponível em: <<http://zip.net/bxpZxs>>. Acesso em: 2 maio 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça, AgRg-AREsp 174203/SC, 2012/0068109-3, Rel. Min. Sérgio Kukina. Brasília/DF, 15 abr. 2013.
- BREUS, Thiago Lima. Interesse público: um instrumento necessário à concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, p. 615-628, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juará Editora, 2010.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, ano X, n. 23, p. 7-28, abr./jun. 2011, p. 7.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MONROY, César Alfonso Velásquez. Crimen organizado: orden divergente y vecindarios urbanos vulnerables. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/eure/v36n108/art03.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- MONTIEL, Juan Pablo. Principales Rasgos Dogmáticos y Político-Criminales del Derecho Penal del Narcotráfico em Colombia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2012.

ONU. Crime organizado transnacional gera 870 bilhões de dólares por ano, alerta campanha do UNODC. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/crime-organizado-transnacional-gera-870-bilhoes-de-dolares-por-ano-alerta-campanha-do-unodc/>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SOARES, Luiz Eduardo; LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro; MIRANDA, Rodney Rocha. *Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

TOLENTINO NETO, Fernando. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Org.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNODC. Sobre o UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/sobre-unodc/index.html>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Submissão em: 24.07.2015

Avaliado em: 14.06.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 07.08.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 07.06.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 06.12.2017

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA COLÔNIA E NO IMPÉRIO: (DES)CENTRALIZAÇÃO, INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA

THE BRAZILIAN JUDICIARY IN THE COLONY AND IN THE EMPIRE: (DE)CENTRALIZATION, INDEPENDENCE AND AUTONOMY

Luciano Athayde Chaves¹

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN, Natal/RN, Brasil)

Digo simplesmente que a história, ao iluminar o passado, ilumina o presente e, ao iluminar o presente, ilumina o futuro. (Benjamin Nathan Cardozo)²

Não me coloco hipocritamente fora do Brasil oficial, nem se trata de nos opormos à verdadeira modernidade. Trata-se de recriar as instituições do Brasil oficial de acordo com a verdade do Brasil real. Assim, lembro apenas que, como fez Euclides da Cunha, sempre que nos

descobrirmos no caminho do erro e do processo histórico oficial, devemos obrigar-nos a um exame de consciência tão rigoroso quanto os religiosos, procurando então retomar o caminho real oposto. É o que teremos de fazer a cada instante, se é que desejamos realmente transformar o nosso País numa verdadeira Nação, num Brasil que seja grande e justo, e não apenas vulgar, injusto e falsamente próspero como se vem tentando. (Ariano Suassuna)³

¹ Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (*Lato Sensu*). E-mail: lucianoathaydechaves@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5567771993934287>>.

² CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 37.

³ SUASSUNA, Ariano. Discurso de posse na Academia Brasileira de Letras (ABL). Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; organização dos poderes; Poder Judiciário.

RESUMO: O presente artigo objetiva explorar aspectos relevantes da formação e organização do Poder Judiciário no Brasil durante os períodos colonial e imperial, em ordem a oferecer uma compreensão crítica das características das instituições judiciárias contemporâneas. Privilegiando o recurso histórico na investigação, buscou-se destacar a importância do papel dos magistrados, enquanto integrantes da elite da burocracia oficial, nos programas políticos da época, bem como a influência que o pensamento político exerceu nas diversas propostas de reforma judiciária realizadas no período estudado, o que permitiu observar que as diversas opções de organização da magistratura, adotadas pela metrópole e, depois, pelo Império, levaram em conta, de forma pendular, as tendências por maior ou menor centralização do poder político.

ABSTRACT: *This article aims to explore relevant aspects of the formation and organization of the judiciary in Brazil in the colonial and imperial periods, in order to provide a critical understanding of the characteristics of contemporary judicial institutions. Emphasizing the historic resource in the investigation, it sought to highlight the important role of judges as members of the elite of the official bureaucracy, the political programs of the time, and the influence that the political thought exerted in the various judicial reform proposals in the period studied, which allowed us to observe that the various options for organizing the judiciary, adopted by Metropolis and then the Empire, took into account, in pendulum way, the trends for greater or lesser centralization of political power.*

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; organização histórica; centralização; autonomia; independência.

KEYWORDS: *Judiciary; historical organization; centralization; autonomy; independence.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A função judiciária no período colonial; 2 O Poder Judiciário no século XIX: do movimento pela independência ao Império brasileiro; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The judicial function in the colonial period; 2 The Judiciary in the 20th century XIX: from the independence movement to the Brazilian Empire; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Parece já constituir consenso que o Poder Judiciário recebeu grande impulso e fortalecimento com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial pelas garantias institucionais de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, asseguradas pelos arts. 96 a 99. A Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu uma reforma organizacional e funcional em diversos órgãos judiciários, complementou o trabalho do constituinte originário, atribuindo-lhes, em especial ao Supremo Tribunal Federal, novas competências e prerrogativas institucionais, inclusive a possibilidade de edição de súmulas vinculantes. Além disso, um novo ator institucional foi acrescido à organização judiciária: o Conselho Nacional de Justiça.

Esperado ou não⁴, o fato é que o Judiciário acabou, no atual regime democrático, assumindo relevante protagonismo político, com a sua transformação em arena de disputas travadas por atores sociais e políticos, o que tem colocado esse Poder em uma posição próxima da centralidade em muitos episódios do atual regime constitucional.

Em contrapartida, questões importantes e fundamentais sobre o Poder Judiciário no Brasil, em uma perspectiva democrática, ainda desafiam um olhar mais atento sobre seu perfil institucional, no panorama do funcionamento do Estado brasileiro. A formação de seus quadros de magistrados, sua organização interna, sua independência, a repartição de poderes e atribuições administrativas e, não menos importante, a permanente *crise judiciária*, traduzida essencialmente pelo número elevado de processos em tramitação⁵, integram, entre outros, o catálogo de problemas que ainda reclamam melhor investigação.

Contrasta essa realidade com o fato de que, historicamente, a organização judiciária mostra traços conservadores ao longo de sua trajetória, quer no aspecto

⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 12.

⁵ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 17 jul. 2017. A edição de 2015, a 11ª, é apresentada como comemorativa de uma década de “rompimento com o histórico desconhecimento, em nível nacional, das características estruturais, orçamentárias e processuais dos tribunais”. No que se refere à litigiosidade, o Relatório aponta que os órgãos do Poder Judiciário receberam, no ano de 2014, nada menos que 28,9 milhões de casos novos, que se somaram aos 70,8 milhões de processos em estoque, com taxa decrescente de produtividade. Isso significa dizer que estavam em circulação na Justiça brasileira aproximadamente 100 milhões de processos em 2014.

organizacional⁶, quer no aspecto político de sua atuação⁷, sendo aquele aonde as mudanças chegam de forma mais lenta.

Nada obstante, ainda se nota um déficit na literatura brasileira sobre o Poder Judiciário, em especial uma literatura crítica sobre o seu funcionamento, sobre suas instituições, sobre suas inter-relações políticas, sociais e organizacionais⁸, conquanto muitas vezes já tenham procurado reverberar a necessidade de preenchimento dessa lacuna⁹.

O que parece ser importante, em uma perspectiva investigativa crítica e teórica sobre a atual – e ainda recente – arquitetura judiciária no Brasil, é ter presente o valor que o recurso histórico exerce, como premissa metodológica, para o seu desenvolvimento.

Como procura acentuar Martonio Mont'Alverne Barreto Lima¹⁰, as características do Poder Judiciário brasileiro parecem não se ajustar ao modelo burocrático weberiano, na medida em que o exercício de suas atribuições, em uma leitura histórica, sugere indicar “a convivência de formas burocráticas arcaicas com setores consideravelmente modernizados”, o que impõe considerar a necessidade de visita ao nosso passado para melhor compreender o funcionamento das instituições do Estado.

Nesse mesmo sentido da relevância do componente histórico na compreensão das instituições estatais, sustentou Benjamin Cardozo¹¹ que concep-

⁶ SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário: bases para reorganização*. São Paulo: Forense, 1975. p. 14; KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

⁷ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do estado brasileiro*. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁸ ROCHA, José Albuquerque da. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 39.

⁹ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Unesp, 2006; KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998; FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; entre outros.

¹⁰ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro*. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 3.

¹¹ CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 37.

ções do Direito devem sua forma corrente quase que exclusivamente à história e, portanto, devem ser entendidas como produtos históricos, afastando-se, assim, de uma visão formal e normativista, de recorte idealista. Por isso, dizia: “A história, ao iluminar o passado, ilumina o presente e, ao iluminar o presente, ilumina o futuro”.

Essa postura metodológica, exploratória da perspectiva histórica de análise, mostra-se especialmente útil quando se pretende estudar o desenvolvimento das instituições do Poder Judiciário, como se busca fazer neste trabalho, investigando-se o seu perfil mais ou menos centralizado, sua independência e autonomia, principalmente quando se pretende empreender um *olhar crítico*, de permanente “atitude suspeita”, em especial quanto a narrativas essencialmente centradas apenas no Estado e nas estruturas oficiais do Poder, bem como na perspectiva de que somente há continuidades, como observa José Reinaldo de Lima Lopes¹².

É o recurso histórico que pode arrefecer a opacidade que costuma marcar os estudos sobre as instituições judiciárias, precisamente porque não buscam investigar as possíveis dissociações¹³ entre as funções *manifestas*, ou seja, aquelas previstas na ordem jurídica e nos discursos oficiais, e as *latentes*, assim consideradas como aquelas que realmente são cumpridas e observadas na sociedade ou, mais precisamente, no âmbito dos próprios tribunais¹⁴.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3-5.

¹³ Admite Zaffaroni que certa disparidade entre as funções manifestas e latentes das instituições é algo inevitável em uma sociedade. No entanto, “quando a distância entre o que se diz e o que se faz chega a ser paradoxal, essa disparidade se transforma em ‘disparate’, ou seja, dispara contra a própria instituição, desbaratando-a” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995. p. 22).

¹⁴ *Ibidem*, p. 23. Essa visão de Zaffaroni se aproxima do olhar do escritor Ariano Suassuna (SUASSUNA, Ariano. Discurso de posse na Academia Brasileira de Letras (ABL). Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl>>. Acesso em: 26 nov. 2014) sobre os problemas políticos e sociais. Inspirado em Machado de Assis, esse autor costumava tratar dos problemas contemporâneos a partir de uma consideração de “dois Brasis”: o “oficial” e o “real”. O primeiro, o oficial, é caracterizado pelos discursos hegemônicos dos atores sociais de mais destaque e instâncias de autoridade (como o tecido formal e positivado da ordem jurídica, os quais, frequentemente, deixam de observar os movimentos marginais e periféricos). O segundo, o real, é representado pelas práticas sociais, comumente ignoradas pelas instituições oficiais, mas que, de alguma forma, está presente, ainda que como força de resistência em torno de suas crenças e tradições, nos processos históricos de construção da tessitura social. Para Suassuna, citando Machado de Assis, “o ‘país real’, esse é bom, revela os melhores instintos. Mas o ‘país oficial’, esse é caricato e burlesco”.

No que se refere ao cenário brasileiro, sustenta Fábio Konder Comparato¹⁵ que a sociedade, desde o início da colonização portuguesa, sempre apresentou um “caráter dúplice”: por trás do mundo jurídico oficial, desenvolve-se outra realidade, protagonizada pelos titulares do poder efetivo, os quais agem muitas vezes à margem ou revelia da ordem jurídica, como sucedeu com a sobrevivência do tráfico de escravos, mesmo após a edição de leis (como as de 1818, 1831 e 1850, esta última conhecida como *Lei Eusébio de Queirós*). Esse contexto formaria, portanto, uma *dualidade estrutural da sociedade brasileira*, traduzida em uma resistente aliança entre os potentados econômicos privados e os agentes estatais, traço presente também nos estudos de Vitor Nunes Leal¹⁶ e Andrei Koerner¹⁷.

O objetivo que se pretende concretizar neste texto é o de investigar os aspectos mais importantes na formação do Poder Judiciário no Brasil, *entre o período colonial até o Império*, em especial no que se refere às questões voltadas para os seus elementos organizacionais e as suas garantias, como forma de contribuição à compreensão crítica dos predicamentos constitucionais contemporâneos.

Justifica-se o apontado recorte temporal, não somente em razão dos limites deste estudo, mas também porque o período anterior à Proclamação da República é aquele a que menos se tem dado atenção quando das pesquisas sobre a burocracia judicial¹⁸.

Nesse propósito, será dada atenção às tensões políticas e ao pensamento dos grupos políticos organizados na (re)construção do Poder Judiciário, e suas contribuições na formulação de instituições constitucionais relacionadas com o exercício e o controle da jurisdição.

Também se buscará privilegiar o papel dos graduados em Direito, como importante estrato na formação da elite política brasileira, nos movimentos e debates em torno do desenho institucional da magistratura no Brasil, inclusive quanto ao seu perfil mais ou menos centralizado.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, 2015.

¹⁶ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹⁷ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

¹⁸ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 30.

1 A FUNÇÃO JUDICIÁRIA NO PERÍODO COLONIAL

Investigar as instâncias de exercício do poder jurisdicional no período em que o território brasileiro estava subsumido, como colônia, ao Império português implica levar em conta, desde logo, o importante papel que a burocracia exercia por toda a vasta dimensão do domínio lusitano em vários continentes. Como aponta Schwartz¹⁹ havia, àquele tempo, a compreensão de que a administração da justiça era o atributo mais importante do governo, possivelmente como projeção da responsabilidade imanente à autoridade real quanto à distribuição da justiça.

Assim, é possível afirmar que a autoridade das monarquias sobre aqueles territórios tinha, na aplicação da lei, por meio dos representantes constituídos, um valioso instrumento de coesão. Por essa razão, assinala Schwartz que “a administração da justiça é a chave para o entendimento dos Impérios de Espanha e Portugal”²⁰.

De outro lado, também é preciso considerar a impossibilidade de se relevar que, no período marcado pela chegada do europeu às terras brasileiras até o advento do Império, as atividades tipicamente judiciárias estavam difusamente distribuídas, ainda que, já a partir do século XVII, o Brasil já passasse a contar com tribunais, em especial o Tribunal de Relação da Bahia, instituído em 1609²¹.

1.1 O REGIME DAS CAPITANIAS: TODO O PODER AOS DONATÁRIOS?

No regime das capitanias, ainda na primeira metade do século XVI, a *carta de doação* e o *foral da capitania* (carta foral) asseguravam ao donatário uma série de direitos e deveres. Em especial, concediam-lhe jurisdição civil e

¹⁹ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 27.

²⁰ *Ibidem*, p. 28. De acordo com Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 3, 2015), a função judiciária tem-se importante não somente para a organização política desde a baixa Idade Média, mas está na base da formação do Estado Moderno. Desde então, questões atinentes ao exercício da função jurisdicional, seus protagonistas e seu controle mostram-se fundamentais para a compreensão do exercício do poder político.

²¹ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

criminal relativamente ampla, além de importantes poderes para organizar a administração local e impor cobrança de tributos²².

Por suposto que os donatários não exerciam diretamente essas funções, era-lhes conferida a prerrogativa de nomear um ouvidor (magistrado superior) e outros funcionários (escrivães, tabeliães, meirinhos). Na medida do crescimento populacional, um segundo ouvidor poderia ser nomeado.

Conquanto fosse assegurada ao donatário a constituição dessa organização política local, isso não implica considerar qualquer nível de autonomia ou independência no exercício da atuação de seus designados, fosse ouvidor, membro da Câmara municipal ou qualquer outro funcionário. Ao donatário era garantida a isenção de visitas de qualquer magistrado da Coroa, mesmo que ele próprio fosse acusado de um crime. Esperava a metrópole que fossem obedecidas e aplicadas as leis portuguesas²³. Este contexto oferecia ao donatário exercício pleno e irrestrito de seus poderes sobre as vastas terras que recebeu para conduzir a povoação.

Não é difícil concluir que, no regime das capitanias, havia baixa condição de controle da Coroa sobre o território brasileiro. Além disso, o sucesso econômico de apenas duas (São Vicente e Pernambuco) implicou a adoção de um modelo diferente, que conviveu com as capitanias: instalou-se o Governo-Geral em 1549, sendo o governador-geral um residente em território brasileiro e representante direto do rei.

Além de atribuições militares e administrativas, foi assegurado ao governador-geral ampla competência jurisdicional cível e criminal, “podendo aprovar a condenação até à morte de colonos, que cometessem determinados delitos”²⁴. Nada obstante, o acesso à jurisdição era basicamente restrito aos europeus que viviam na colônia. Para os índios não havia qualquer estatuto de direitos ou mesmo acesso a qualquer serviço do governo, inclusive à justiça²⁵.

²² MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 39.

²³ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 43.

²⁴ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 44.

²⁵ Como enfatiza Stuart Schwartz (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 48), os abusos e arbítrios cometidos contra os índios foram muitos e dos mais variados modos.

Com a presença do primeiro governador-geral, Tomé de Souza, que aportou na Bahia à frente de uma grande expedição, começava a se delinear um fenômeno que pode ser percebido ao longo de toda a trajetória da organização política no Brasil, em especial a judiciária: uma tensão entre modelos de centralização e a descentralização do exercício do poder²⁶. Em substituição ao modelo de colonização de poder descentralizado, de que se constituía o regime de capitanias, introduziu-se um elemento de *governo central* na colônia.

A primeira medida adotada no período, quanto à organização judiciária, foi a designação de um *ouvidor-geral*, posto exercido por um funcionário designado pela metrópole, que exercia a jurisdição superior de forma delegada pelo governador-geral. Não houve a instituição imediata de uma nova estrutura judiciária. O ouvidor-geral se colocava como autoridade acima dos ouvidores locais, os quais, como se viu, eram designados pelos donatários.

Era um modelo, portanto, que não assegurava, na prática, a administração da justiça de acordo com os interesses do governo central, consideradas as dimensões do território da colônia, já que conservava o poder local, com a administração da justiça a cargo dos prepostos nomeados pelos donatários, tornando o sistema “confuso e às vezes inoperante de controle exercido pelo rei e pelo donatário”²⁷.

Acresça-se que, na metrópole, encontravam-se os órgãos judiciários máximos do Império Ultramarino: a Casa de Suplicação e o Desembargo do Paço²⁸.

Essa preocupação com a obediência à lei da Coroa, por meio da administração judiciária, vai ficar mais evidenciada com a nomeação de Mem de Sá, em 1557, para o posto de governador-geral, ele próprio um magistrado

²⁶ Ao longo do presente estudo, procuremos demonstrar que a organização judiciária reflete essa tensão histórica, com momentos de maior ou menor centralização da jurisdição, movimento que ainda se encontra vivo e com bastante intensidade, como podemos observar nos debates anteriores à criação do Conselho Nacional de Justiça e nas questões relevantes quanto à sua atuação, como o questionamento alusivo ao seu poder correicional, se concorrente ou meramente subsidiário à atuação das corregedorias locais. Sobre o tema, conforme o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* (STF, Mandado de Segurança nº 28.003/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.11.2012).

²⁷ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 46.

²⁸ *Ibidem*, p. 51.

letrado, isto é, com formação jurídica na Universidade de Coimbra²⁹, já tendo exercido anteriormente o cargo de desembargador dos agravos na Casa de Suplicação e no Desembargo do Paço em Lisboa³⁰⁻³¹.

O governo de Mem de Sá é considerado como um avanço na administração da justiça, que recebeu grande impulso e desenvolvimento, seja por sua formação intelectual, seja por sua capacidade administrativa e como articulador político. Sua aliança com a ordem dos jesuítas foi considerada importante na proteção da população indígena às incursões dos colonos e na preservação da lei e da ordem³².

Esse esforço de centralização, com maior êxito a partir da gestão de Mem de Sá, trilhava o caminho do maior controle da colônia pela metrópole, propósito baseado na burocracia – em especial a judiciária –, e não apenas na forma militar³³.

²⁹ Sublinha Lima (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015) que a Universidade de Coimbra, ao longo de toda a existência do Império Ultramarino português, atuou como importante agente unificador da ideologia dos representantes da Coroa, na medida em que oferecia a mesma formação jurídica a todos os magistrados letrados designados por Lisboa para ter exercício na metrópole ou em quaisquer das colônias. Constituiu-se no único centro de formação profissional e intelectual superior. No mesmo sentido, observou Schwartz (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 79) que “o estudo do Direito em Coimbra era um processo de socialização que tinha como cerne a criação de um senso de lealdade e obediência ao rei. É significativo que, ao longo dos trezentos anos da era colonial no Brasil, a única faculdade de Direito no Império português tenha sido a de Coimbra”. Note-se que, mesmo com a chegada da família real ao Brasil, em 1808, Coimbra permaneceu como a única escola de formação de bacharéis. Somente após a independência, já durante o Império brasileiro, foram criados os cursos de Olinda e São Paulo, em 1827.

³⁰ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 50; MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 46.

³¹ O propósito de dotar o Governo-Geral no Brasil de representantes letrados prosseguiu no período. Os sucessos de Mem de Sá também eram magistrados: Luis de Brito de Almeida e Antonio de Salema. Nada obstante, havia dificuldade de preenchimento de cargos na colônia com talentosos e bem dispostos letrados, nomeadamente em razão da distância e dos riscos da viagem (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 63).

³² *Ibidem*, p. 52.

³³ Essa característica é destacada por Lima (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <<http://>

1.2 O TRIBUNAL SUPERIOR (DA RELAÇÃO) DA BAHIA: A REFORMA FILIPINA E O ESFORÇO PARA UMA MAIOR PRESENÇA DO PODER DA METRÓPOLE NA COLÔNIA BRASILEIRA

Em 1580, eclode a crise dinástica, em razão da vacância do trono português. Após um breve período de disputas, as Cortes de Tomar, em abril de 1581, formalizam o domínio espanhol sobre Portugal e suas colônias, sob o reinado de Felipe II. É interessante notar que não houve unificação dos reinos. A solução das Cortes, tida como liberal, foi a de preservação da administração, dos costumes e das leis de cada um, criando-se o Conselho de Portugal para aconselhamento do rei e designando-se um vice-rei para governar Lisboa em nome da Coroa espanhola, o que se sucedeu por sessenta anos (até 1640).

O domínio espanhol se debruça sobre a questão judiciária, até mesmo porque os problemas de morosidade processual já se faziam sentir àquela época nos órgãos judiciários portugueses³⁴, tanto que do tema se ocuparam as Cortes de Tomar, em que ficou indicada a necessidade de uma reforma judicial que promovesse mudanças, em especial quanto ao número de desembargadores (considerado excessivo), à seleção dos magistrados e ao valor dos seus salários, considerados, então, inadequados para que se “evitasse que os magistrados caíssem na tentação do suborno”³⁵.

Conquanto estivesse presente o desejo de Felipe II de adotar um perfil espanhol à reforma, prevaleceu a força do acordo selado nas Cortes de Tomar,

www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015), ao sublinhar importante passagem da obra de Thomas Flory, “Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871: social control and political stability in the new State”, que retrata essa estratégia da Coroa portuguesa, que provavelmente é a maior razão do prestígio e da força política de que os bacharéis em Direito vão desfrutar a partir de então no cenário brasileiro. Afirmou Flory: “When a Portuguese monarch desired to regulate some crucial aspect of colonial life, he seldom sent troops, royal intendants, or tax collectors. More often he sent judges” (FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1971: control social y estabilidad política en el Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986).

³⁴ Quanto a essa questão da morosidade no Judiciário português, Schwartz (2011, p. 31) assentou: “A Casa do Cível estava estabelecida em Lisboa desde 1434. Todos os casos cíveis em Portugal, com direito a recurso, eram ouvidos por esse tribunal, que exercia jurisdição final em disputas que envolvessem pequenas somas. Ações em que estavam em jogo somas maiores poderiam recorrer à Casa da Suplicação. A Casa do Cível também tinha jurisdição em todos os casos criminais da província de Estremadura e da Cidade de Lisboa, sem recurso de apelação de suas decisões. A Casa do Cível tinha a reputação de excesso de trabalho acumulado e de extrema lentidão na solução dos litígios”.

³⁵ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 60.

de modo que a reforma que se seguiu no sistema judiciário português abraçou as tradições lusitanas. Investigações sobre os magistrados, seu desempenho e sua probidade, foram realizadas por todo o território das colônias, inclusive no Tribunal Superior de Goa, único ultramarino até então, que se ajustou a novos procedimentos adotados nas cortes da metrópole, inclusive no novo Tribunal Superior do Porto (Relação do Porto).

Neste contexto, decide-se pela criação de um tribunal superior também no Brasil: a Relação da Bahia. Instituído em 1588³⁶, seu funcionamento somente foi possível em 1609, diante das dificuldades de reunir todos os magistrados letrados designados³⁷. Essa dificuldade prosseguiria no cumprimento do regimento da corte, tido como inadequado para a realidade brasileira, ao exigir um número elevado de magistrados (dez no total) para a realização de seus trabalhos, uma vez que não havia formação de letrados na colônia³⁸.

³⁶ Fernando Mathias (MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 50) aponta que a data de criação da Relação da Bahia seria 1587.

³⁷ A primeira composição do Tribunal, embarcada em 1588, não conseguiu aportar no Brasil integralmente, em virtude de contratempos náuticos (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 64).

³⁸ Em que pesem essas dificuldades, é de grande relevo a presença desses magistrados no processo de formação, mais adiante, do Estado brasileiro, na medida em que indica as origens históricas do papel que os letrados, em especial os bacharéis em Direito, inicialmente com formação em Coimbra, passarão a exercer no panorama político local. Para Schwartz (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 74), “a chegada dos primeiros desembargadores pode ser vista como o começo do governo magistrático no Brasil”. A importância desses atores – os bacharéis em Direito – no Estado brasileiro ficará ainda mais evidenciada no período imperial, como procuraram sublinhar Roderick e Jean Barman, ao se destacar a forte presença dos bacharéis em Direito na elite política do Brasil, e, portanto, não somente nos cargos propriamente judiciários. Nas suas pesquisas, apurou-se, por exemplo, que 66% dos senadores no Império eram graduados em Direito, grupo que também representava nada menos do que 67% dos ministros no mesmo período (BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Beverly Hills/London, v. 18, n. 4, p. 423-450, nov. 1976, p. 426). Esse mesmo diagnóstico, quanto à proeminência dos graduados em Direito no cenário político do Brasil imperial, é traçado por Eul-Soo Pang e Ron L. Seckinger, os quais atribuem a esses atores a designação de “mandarins” do Império, aproveitando-se, em realidade (e isso é expressamente reconhecido no seu texto), de uma adjetivação feita pelo brasileiro *Aureliano Cândido de Tavares Bastos*, que atribui tal epíteto aos políticos conservadores brasileiros da época, ainda que se sublinhe, no referido texto, que a propriedade do termo se relaciona com aquelas autoridades chinesas não eleitas, mas designadas pela dinastia ou pelo governo no comando do país, tendo como principal função a legitimação da ordem política ou do governante a quem serviam. No caso brasileiro, o candidato a “mandarim” deveria aceitar posições em variadas províncias até atingir o maduro estágio de “mandarim”. Mais do que isso, deveria

Sua atividade precária, entre outros fatores³⁹, levou à extinção da Relação, por alvará de 5 de abril de 1626. Refundada pela Lei de 12.09.1652, a Relação da Bahia permaneceu, sozinha, como instância superior da Colônia até 1751⁴⁰. No período de vácuo deixado pela extinção da Relação, a ouvidoria-geral da colônia teve suas funções ampliadas⁴¹.

Aspecto importante sobre a Relação, no que se refere à organização política e judiciária, diz respeito à posição que o governador-geral ocupava como presidente nato do tribunal, podendo ali comparecer quantas vezes desejasse⁴². De outro lado, competia à Relação proceder a uma correição administrativa no governo. Essa peculiar composição, prevista no seu regimento, acabava estabelecendo, pelo menos no campo formal, um recíproco controle, fruto de uma estratégia do Conselho Ultramarino⁴³.

Sucede que, na realidade, esse poder de fiscalização poderia não implicar uma verdadeira autonomia dos membros da Relação. Eram muitas as estratégias do presidente do tribunal para cooptar os demais membros. A mais famosa

superar suas "origens provinciais" (*to overcome their provincial origins*) para adquirir indicadas atitudes nacionais (PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. *The mandarins of imperial Brazil. Comparative Studies in Society and History*, London/New York, v. 14, n. 2, p. 215-244, 1972, p. 216, nota 3, e p. 218).

³⁹ "Entre as causas mais importantes, pelo mau funcionamento e conseqüente extinção da Relação, apontam-se a ocupação da Bahia pelos holandeses (1624-1625), o alto custo operacional da Corte e o fato de não ter jamais alcançado os fins para os quais fora criada." (MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 50)

⁴⁰ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 6.

⁴¹ A reforma filipina não extinguiu o cargo de ouvidor-geral, tendo sido este incorporado à estrutura da Relação, com algumas competências específicas que lembravam a do corregedor da Casa de Suplicação (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 71).

⁴² LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 6; COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Brasil. Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 7, 2015.

⁴³ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 7.

dessas estratégias era a concessão de gratificações extraordinárias, denominadas de *propinas*⁴⁴.

Em outro ângulo, o perfil administrativo centralizador da metrópole depositava expectativa na fiscalização exercida pelo Conselho Ultramarino sobre as autoridades das colônias. Contudo, pelo menos até o século XVIII, havia somente uma viagem marítima oficial entre Lisboa e Brasil⁴⁵.

Outro ponto que corroía a legitimação e atuação dos magistrados eram os constantes desvios de conduta, seja pela prevaricação, fruto de várias denúncias à Coroa, seja pela exploração de negócios particulares pelos juízes⁴⁶. Somese a isso uma tendência patrimonialista na formação dessa burocracia e das incipientes instituições políticas, em particular as judiciárias.

Com efeito, nas funções abaixo da magistratura, as centenas de cargos eram, não raro, ocupadas por pessoas sem a qualificação e a experiências necessárias para o seu exercício. Muitos deles eram objeto de compra ou apenas concedidos como forma de recompensa pela Coroa àqueles que lhe prestaram algum tipo de serviço, inclusive militar. Os cargos nos tabelionatos eram dos mais valiosos. Ocupados majoritariamente por portugueses, essas designações funcionavam também como forma de obter a lealdade, com grande eficácia política. Os ocupantes desse estrato da burocracia ficaram conhecidos como “os filhos da folha”⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 7, 2015.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 8.

⁴⁷ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 76-77.

⁴⁸ É notável perceber como essa estratégia patrimonialista de ocupação dos cargos e das funções públicas impregnou a cultura política no Brasil. Séculos mais tarde, mesmo com a nova ordem constitucional, inaugurada em 1988, os valores de moralidade e de impessoalidade pareceram distantes da prática política, inclusive no Poder Judiciário. Os chamados “filhos da folha”, daquela época colonial, continuaram a ocupar cargos e funções durante muito tempo. A profissionalização dos quadros de servidores público, esperada em razão da norma contida no art. 37 da Constituição Federal e de outras leis ordinárias posteriores, foi em grande medida ignorada. Somente após o tema ser objeto de deliberação, inicialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2005, e, em seguida, pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 12), o cenário começou a ficar mais claro na direção de uma mudança. A

No período que se seguiu à denominada restauração, em 1640, com a coroação do duque de Bragança como D. João IV, o problema da administração da justiça volta à agenda da metrópole.

A simbiose de funções administrativas, policiais e jurisdicionais de que se investiam a maior parte das autoridades coloniais, ainda que denominadas de juízes, implicou o desenvolvimento de um *ethos* que mais representava os interesses locais e dos potentados das capitanias, muito distante da ideia de uma organização judiciária como se compreende hoje. Por isso, pontuou Comparato⁴⁹ que, nesse período, a administração da justiça era uma verdadeira *caricatura*.

Retomando as iniciativas mais centralizadoras e de controle, são instituídos os juízes ordinários ou *da Terra*, eleitos pela comunidade e não letrados, com competência restrita à aplicação do direito local (forais). A ideia aqui era a de retirada da jurisdição dos donatários e de seus prepostos⁵⁰. Sua jurisdição era simbolizada pelo uso de um bastão ou uma vara de cor vermelha⁵¹.

Para a aplicação das ordenações do Reino, foram designados *juízes de fora*, figura instituída em Portugal desde o século XIV. Seus titulares eram bacharéis letrados, com exercício itinerante, e tinha a precípua missão de exercer jurisdição para além das competências limitadas dos juízes ordinários. Portavam, como símbolo, um bastão ou uma vara de cor branca.

Abaixo desses magistrados estava o juiz de vintena⁵², também chamado de *pedâneo*, com alçada pequena e exercício nas aldeias situadas a certa distância

Súmula Vinculante nº 13 foi, então, editada, proibindo a prática em toda a Administração Pública, séculos depois, portanto.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 6, 2015.

⁵⁰ De acordo com Victor Nunes Leal (LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 183), esse objetivo não se concretizou. Pelo contrário, a justiça eletiva se tornou um instrumento de dominação do senhorio rural, lançando as bases para um fenômeno político-social denominado de “coronelismo”. A influência exercida pelos donos de terra era bastante para eleger juízes e membros das câmaras municipais. Por isso, a importância da estratégia de designação de juízes de fora, no sentido de imposição da ordem central.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 6, 2015. Sobre esse tema do uso de varas como símbolos do poder e das atribuições dos juízes, conferir SOUSA, Otávio Tarquínio de. Vara branca e vara vermelha. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 245-6, nov. 1947.

⁵² “Juízes das vintenas eram os das aldeias e julgados dos termos, provindo-lhes o nome de vigésima parte (daí vintena), isto é, do menor número (onde houvesse, pelo menos, vinte vizinhos), sujeitos à sua jurisdição, em causas de mínima importância. Deles cuidaram as Ordenações Manuelinas (Liv. I,

das vilas ou cidades, e sem competência para o crime. Havia, ainda, em algumas localidades, os juízes de órfãos⁵³.

Merece destaque a reforma na organização judiciária levada a efeito pela *Lei da Boa Razão*, de 1769, elaborada pelo Marquês de Pombal, secretário de Estado no reinado de D. José. A medida mais importante foi a criação da Relação do Rio de Janeiro. São ainda desse período as Juntas de Justiça e as Juntas de Comércio, as primeiras instituídas para terem lugar em toda a colônia, onde houvesse um ouvidor. As últimas, de caráter praticamente administrativo, voltadas para o “bem comum do comércio”⁵⁴.

Ainda sobre o período colonial, é importante explorar alguns aspectos sobre a natureza do cargo, a seleção e o recrutamento dos magistrados letrados. Quanto à natureza do cargo, os magistrados eram servidores reais, portanto, subordinados à Coroa. Não desfrutavam, assim, de um estatuto de autonomia ou independência, mesmo porque a autoridade do Estado absoluto monárquico era o rei⁵⁵.

O ingresso na função exigia do candidato a admissão prévia em um exame, para o qual geralmente começava a se preparar já no último ano da universidade. Com 28 anos de idade e pelo menos dois anos de prática da advocacia, deveria o candidato fazer uma petição ao Desembargo do Paço, que realizava uma investigação pessoal⁵⁶ e acadêmica para aferição dos requisitos.

Tit. LXIV, §§ 64 a 68) e as Filipinas (Liv. I, Tit. LXV, §§ 73 e 74).” (MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 101)

⁵³ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 182.

⁵⁴ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 76.

⁵⁵ Observa Schwartz (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 80) que a teoria do jesuíta espanhol Francisco Suarez, muito influente em Coimbra, respaldava, ainda que de forma contraditória à sua posição em defesa da vontade popular, a concepção de que o magistrado estava submetido à Coroa e não ao povo, e isso “representava um sólido alicerce teórico para a subserviência da burocracia ao rei”. Essa subserviência nem sempre se verificava, porquanto o magistrado, além de suas interações pessoais e ideológicas desde o tempo da universidade de Coimbra, estava submetido a uma atmosfera muito complexa, sendo possível exercer, para além ou eventualmente contra os interesses da Coroa, também programas pessoais (p. 82). Esse aspecto informa que não se pode aplicar um olhar simplista ou reducionista à relação entre a Coroa e seus magistrados letrados.

⁵⁶ Talvez a preocupação da Coroa com a lealdade fosse tamanha que essa investigação implicava a checagem de informações dos pais e avós do candidato, para o que se remetia um questionário para o juiz real ou local do distrito onde eles residiam. Buscava-se, no questionário, identificar dados como profissão dos ascendentes e a “pureza de sangue”, de modo a confirmar a inexistência de mácula com

Esse processo é considerado dos mais representativos exames de admissão para a burocracia portuguesa⁵⁷.

Ultrapassada essa fase de investigação pessoal, o candidato deveria se apresentar perante o Desembargo do Paço para ser examinado em sua competência. Somente após esse processo, completava-se a seleção e o nome do candidato aprovado entrava em uma lista à espera de nomeação. No caso dos postos ultramarinos, os candidatos solteiros eram os preferidos.

Até 1808, quando a família real deixou Portugal em direção ao Brasil, a organização judiciária brasileira não apresentou mudanças dignas de nota, ainda que, na linha metodológica assentada para este trabalho, essa organização oficial não diga tudo sobre a administração da justiça na colônia. A vastidão do território brasileiro e as atribuições conferidas aos donatários, em regime que perdurou por quase todo o século XVIII, permitem afirmar que pouco se sabe, de fato, como se distribuiu a justiça entre os colonos e os demais povos autóctones e escravos.

2 O PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XIX: DO MOVIMENTO PELA INDEPENDÊNCIA AO IMPÉRIO BRASILEIRO

O século XIX foi um dos períodos históricos brasileiros mais ricos em termos de acontecimentos e mudanças.

Os desdobramentos da celebração do *Tratado de Fontainebleu* (1807) e a subsequente invasão do território português precipitaram a decisão da Coroa portuguesa de se trasladar para a colônia brasileira, onde aportou em 1808, instalando-se no Rio de Janeiro.

A elevação da então colônia à condição de sede do Império português trouxe consideráveis mudanças sociais, políticas e econômicas. Na colônia, onde (quase) tudo era até então proibido, foram criadas diversas instituições político-administrativas, além de uma imprensa oficial e um banco público.

No que se refere à organização judiciária, vários órgãos foram criados, sendo o de maior relevo a Casa de Suplicação do Brasil (1808), que passou a ser

sangue “mouro, mulato, judeu ou outra raça infecta”. Esse processo ficou conhecido como “leitura dos bacharéis”, a qual supostamente assegurava à Coroa a confiabilidade esperada na sua ortodoxia religiosa e política (Ibidem, p. 80-81).

⁵⁷ Ibidem, p. 80.

o tribunal mais elevado até então instituído fora de Portugal⁵⁸. De outro lado, reforçando a estratégia de imposição do poder central da Coroa, aumentou-se o número de ouvidores e de juízes de fora⁵⁹.

2.1 O DEBATE SOBRE A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NAS CORTES GERAIS E CONSTITUINTES DE LISBOA E SUA INFLUÊNCIA NA ARQUITETURA DO PODER JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL

O fim da ocupação francesa e a crise econômica que se instalou em Portugal no período em que esteve sob a proteção britânica e com a família real em solo da então colônia brasileira são fatores que contribuíram para a eclosão da Revolução Liberal do Porto (1820), que projetaria grandes mudanças políticas nas relações entre Brasil e Portugal. Vitorioso o movimento, instalaram-se as *Cortes Gerais e Extraordinárias e Constituintes de Lisboa* (1821), as quais passaram a tomar diversas decisões contrárias aos interesses brasileiros e, por outro lado, a exigir o retorno do Rei D. João VI a Portugal. Além disso, impuseram a extinção de tribunais criados pelo rei.

O Brasil, como parte do império lusitano, teve direito a participar das Cortes, em especial da assembleia convocada para a discussão de uma Constituição, com uma deputação de setenta membros⁶⁰. Sob instruções atribuídas a José Bonifácio, os deputados brasileiros pregaram a constituição de um reino unido, o Império Luso-Brasileiro. De outro lado, estavam presentes propostas ajustadas com ideias liberais de divisão dos poderes do Estado, bem como uma proposta de um governo autônomo para o Brasil, presidido pelo

⁵⁸ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 93.

⁵⁹ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 184.

⁶⁰ Manuel de Oliveira Lima (LIMA, Manuel de Oliveira. *O movimento da independência (1821-1822)*. Rio de Janeiro: Top Books, 1997. p. 149) destacou a qualidade desses representantes, muitos com formação universitária em Coimbra, aspecto que reforça o importante papel dos graduados em Direito nesse período histórico, como já destacaram Barman e Barman (BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* Beverly Hills/London, v. 18, n. 4, p. 423-450, nov. 1976). Esses bacharéis iriam compor a primeira elite do Império, ainda que sob certa desconfiança, dada a sua formação na universidade da antiga metrópole, o que precipitou a criação dos cursos jurídicos no Brasil (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 9).

herdeiro da Coroa. No caso do Judiciário, temas como a sua organização⁶¹, o regime de responsabilidade e a independência dos juizes, bem como a unidade da magistratura no reino, foram debatidos. Porém, a insistência da maioria portuguesa no sentido do rebaixamento do Brasil precipitou o movimento por sua independência⁶².

Declarada a independência, instala-se o Império do Brasil, com forma e regime de governo amalgamados pela primeira Constituição outorgada em 1824.

O acúmulo de debates constitucionais no país, observado na atuação brasileira nas Cortes portuguesas de 1821, reverbera na arquitetura da organização política do novo Estado, que adota um regime de monarquia constitucional, com a divisão política em quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judicial e Moderador (arts. 3º e 9º da Constituição de 1824), e que devem guardar harmonia entre si⁶³ como “princípio conservador dos direitos dos cidadãos” (art. 9º).

⁶¹ É de se destacar a proposta - rejeitada pelas Cortes - feita pelo representante brasileiro Borges de Barros (*Visconde de Pedra Branca*), no sentido de que uma futura Corte Suprema do reino tivesse sua composição repartida, por igual, de membros portugueses e brasileiros. Nota-se, assim, uma profunda rejeição das Cortes a qualquer prestígio que pudesse ser conferido à então sede do Reino, mas ex-colônia. Por isso, observou Oliveira Lima: “A intransigência das Cortes acabaria fatalmente por estimular a resistência brasileira” (LIMA, Manuel de Oliveira. *O movimento da independência (1821-1822)*. Rio de Janeiro: Top Books, 1997. p. 165).

⁶² *Ibidem*, p. 150-63.

⁶³ Nesse particular das relações entre poderes, é relevante considerar o pensamento constitucional da época do que se refere à possibilidade de submissão de questões de ordem administrativa, isto é, questões afetas ao exercício do poder político, em especial pelos outros poderes, ao crivo do Poder Judiciário. Comentando a Constituição imperial, Pimenta Bueno sustentava que os poderes não deveriam invadir as órbitas em torno das quais gravitavam os poderes constitucionalmente estabelecidos, assentando que o Judiciário “não possui jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertencem à competência exclusiva do governo” (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958. p. 35). Essa questão ficará em aberto durante muito tempo, notadamente durante todo o século XIX e invadirá o século XX, já na República e sob o regime da Constituição de 1891, como uma dos aspectos mais polêmicas do nosso constitucionalismo. É exemplar, para ilustrar esse tema, a posição de Rui Barbosa em defesa do Estado do Amazonas, em 1904, pela posse do Acre setentrional, em demanda movida contra a União junto ao Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, Barbosa defendeu, com apoio em farta referência do Direito Constitucional norte-americano, como aspecto preliminar da demanda, a competência do Poder Judiciário para conhecer da “natureza política” do caso, objeção que considerava “bordão clássico de todas as ditaduras” (BARBOSA, Rui. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura/Fundação Casa de Rui Barbosa, v. XXXVII, t. V, 1983. p. 95).

A Constituição de 1824 declarou a independência formal do Poder Judicial – nomenclatura adotada na oportunidade –, bem como a perpetuidade dos juízes de direito, que somente podem perder o lugar por sentença, ainda que o Imperador pudesse suspendê-los “por queixas” (arts. 151 e seguintes). Quanto à organização judiciária, previu a criação do Supremo Tribunal de Justiça e de tribunais da Relação na sede do Império e nas demais Províncias (art. 163). Além disso, dispôs sobre os juízes de paz, eleitos no tempo e na forma dos vereadores das Câmaras, com atribuições a serem estabelecidas em lei (art. 162).

A Constituição de 1824 fixou composição do Poder Judicial, que seria integrado por juízes e jurados para decidirem tanto casos cíveis como criminais, assentando, ainda, que “os jurados [se] pronunciam sobre o fato e os juízes aplicam a lei”, em nítida inspiração do modelo saxônico (juízes de fato e de direito)⁶⁴⁻⁶⁵.

Essa inspiração saxônica era, no entanto, muito mais estrutural. Isso porque, paradoxalmente, a ideia de “aplicação da lei”, de acordo com a sistemática constitucional do Império, mais se aproximava com a fórmula encontrada pela Revolução Francesa para retirar do magistrado qualquer possibilidade de interpretação da ordem jurídica. Com efeito, a Constituição de 1824 atribuía à Assembleia-Geral o poder de “interpretar” as leis (art. 15, inciso VIII).

Logo, a independência do magistrado, na substância da atividade jurisdicional, era meramente formal, pois qualquer interpretação de textos legais poderia, em tese, ser tomada como ato de usurpação das atribuições do Poder

⁶⁴ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 140.

⁶⁵ O processo de introdução da instituição do júri no Brasil resultou de variadas influências e de grandes debates, e foi um dos pontos mais proeminentes do desenho da organização da Justiça no início do Império, desde o processo constituinte de 1823. José Reinaldo de Lima Lopes dedicou-se com profundidade a esse tema, pontuando se tratar – o júri – de uma instituição totalmente nova e desconhecida na tradição portuguesa: “Previsto no projeto apresentado à Constituinte de 1823, foi discutido em outubro daquele ano pelos deputados, e voltou a aparecer na Carta outorgada de 1824. Sua aplicação generalizada e efetiva deu-se a partir da edição do Código de Processo Penal do Império (1832)”. E mais adiante: “O júri era visto como a solução inglesa, e, portanto, mista e moderada, para opor-se à magistratura antiga”. Para esse autor, a absorção do instituto do júri teve direta relação com a proposta de construção de um “governo misto” no Brasil, assim considerado pela combinação de órgãos populares (corpo de jurados) com órgãos aristocráticos, formados por representantes do governo, inclusive juízes (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Governo misto e abolição dos privilégios: criando o Judiciário imperial*. In: OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles; BITTENCOURT, Vera Lúcia Nagib; COSTA, Wilma Peres. *Soberania e conflito: configurações do Estado nacional no Brasil do século XIX*. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 149 e 152-3).

Legislativo, o que o subsumia à possibilidade de ser removido ou suspenso pelo exercício do Poder Moderador⁶⁶.

Na teoria do Estado Imperial, o Poder Moderador era considerado um poder neutro, régio, “a chave de toda a organização política” (art. 98) e delegado exclusivamente ao Imperador, de modo que cabia, efetivamente, aos demais poderes o encargo de cuidar de “interesses seccionais ou de paixões da hora”⁶⁷. A extensão e profundidade das faculdades concedidas ao Imperador foram consideradas por Tobias Barreto como o maior dos problemas do direito público brasileiro àquele tempo⁶⁸. Não sem razão, porque, na prática, mesmo às autoridades judiciárias não poderia ser reservado qualquer espaço de independência ou autonomia, dada a possibilidade de suspensão do juiz por ato do titular do poder régio. Além disso, ao Imperador, no exercício dessa prerrogativa, como primeiro representante da Nação, era possível perdoar e moderar penas impostas aos condenados por sentença, o que, na realidade, fazia do sistema judiciário um simulacro de poder independente⁶⁹.

Se, no disciplinamento na magistratura, a independência anunciada, em relação ao Imperador, era muito mais formal, também não havia qualquer garantia institucional de autonomia administrativa ou financeira, aspecto que, aliás, está em consonância com a época⁷⁰.

Isso não implica dizer que a magistratura imperial não cumpria, pelo menos em tese, um importante papel de representante do poder central nas províncias do extenso território da nova Nação, tal como sucedeu com a atuação, por exemplo, dos juízes de fora no período colonial.

⁶⁶ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 41.

⁶⁷ TORRES, João Camillo de Oliveira. *A democracia coroada*. Petrópolis: Vozes, 1964. p. 80.

⁶⁸ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 375.

⁶⁹ É interessante notar como a literatura constitucional, debruçada sobre essa questão, legitimava a atuação do Poder Moderador. É o que se vê dos comentários de Pimenta Bueno à Constituição Imperial, ainda que haja neles algumas ponderações: a de que a suspensão de juízes, por exemplo, deveria ser precedida da oitiva do acusado, de coleta de informações e de consulta ao Conselho de Estado, neste caso em razão do disposto no art. 154 da Constituição de 1824 (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958. p. 209).

⁷⁰ Até os dias atuais, em muitas democracias ocidentais, senão na maioria delas, não existe um regime de garantia institucional de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, como hoje se apresenta na Constituição Federal brasileira (arts. 96 a 99).

Nessa linha, nota-se que a Constituição de 1824 fez uma opção de unidade da autoridade judiciária, ao estabelecer uma centralização da jurisdição, até mesmo por se constituir o Império um Estado unitário. Essa questão, no entanto, não ficaria estancada nos anos seguintes, especialmente no período regencial (1831-1840), que se inicia com a abdicação do Imperador Pedro I em favor de seu filho, o qual não tinha a idade suficiente para ser coroado, de acordo com a Constituição, que previa uma regência trina (art. 123) até a sua maioridade.

2.2 AS REFORMAS LIBERAIS NO PERÍODO REGENCIAL E O REGRESSO CONSERVADOR

Durante esse período, destaca-se a centralidade da tensão entre os grupos políticos formados entre *liberais* e *conservadores*. A alternância dessas forças no poder regencial refletiu também na questão da organização judiciária⁷¹.

Um aspecto dessas tensões que merece destaque diz respeito ao problema da (des)centralização do poder político. O pensamento liberal defendia a descentralização do sistema administrativo, como medida que atenderia, antes de tudo, a uma questão geográfica, em função das distâncias entre as províncias e as vastas extensões territoriais. Por isso, a autonomia das províncias brasileiras, tal como sucedeu na experiência norte-americana, seria medida de aperfeiçoamento do Estado, promovendo a liberdade e o progresso, valores sufocados pela política centralizadora⁷².

Durante a *Regência Trina Permanente*, esse pensamento liberal deu vida ao Ato Adicional (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834), que, promovendo alterações

⁷¹ De acordo com Lima (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juizes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 10), entre 1824 e 1841 houve uma considerável atividade legislativa, objetivando formar e reformar a estrutura judiciária no País, tarefa de que se ocupou o parlamento em 1824, 1827, 1830, 1834, 1840 e 1841, e que resultou em significativa alteração da competência, da formação e do alcance do Judiciário.

⁷² BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares Bastos. *A província*. Brasília: Senado Federal, edição fac-similar, 1997. p. 32-4. Os estudos desse autor situam o problema da (des)centralização do poder – que também se projeta na questão da organização da autoridade judiciária – em momento bem anterior à Constituição de 1891, quando adotado o regime federativo de Estado. Logo, não houve simples mimese do modelo norte-americano, quando da fundação da República. O debate sobre a maior ou menor autonomia das províncias – depois Estados da federação – ocupou o centro das tensões constitucionais ao longo do século XIX no Brasil.

na Constituição do Império⁷³, instituiu as Assembleias Legislativas Provinciais, ampliando significativamente as competências deliberativas nas Províncias, dotando estas de maior autonomia administrativa. Além disso, extinguiu o Conselho de Estado, então órgão consultivo integrado por membros vitalícios nomeados pelo Imperador, e instituiu a regência una (art. 26).

No terreno do Judiciário, o Ato Adicional assegurou às Assembleias Provinciais o poder de decretar a suspensão ou demissão do magistrado, alterando, assim, de forma substancial, o regime então vigente, em que a suspensão era prerrogativa do Imperador (poder central) e o perdimento do cargo uma consequência de uma sentença. Além disso, conferiu competência legislativa para tratar da divisão judiciária (art. 10, § 1º).

Proseguiu-se a reforma liberal descentralizadora com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 (Lei nº 29), o qual promoveu uma profunda mudança na organização judiciária do país, tema de que se ocupou a parte primeira do Código. Extinguiram-se as ouvidorias, os juízes de fora e os juízes ordinários, estabelecendo-se que a justiça criminal teria lugar por intermédio dos juízes de paz (nos distritos), do juiz municipal e do conselho de jurados (nos termos), e de um juiz de direito (nas comarcas), sendo que, nas mais populosas, poderia haver até três, sendo um deles o chefe de polícia⁷⁴.

Sucede que a figura do juiz de paz, eleita no seu distrito e prevista na Constituição (art. 162)⁷⁵, recebeu desse diploma legal significativas atribuições criminais⁷⁶, além de outras cíveis e eleitorais que já lhes eram atribuídas, sem falar

⁷³ Note-se que a Constituição do Império, em seu art. 173, dispunha sobre a sua modificação, mediante processo legislativo perante a Assembleia-Geral, sendo a lei o instrumento de modificação. Não se cogitava, assim, de emenda à Constituição. Observe-se, de outro lado, que a Constituição Imperial, outorgada, tinha, ela própria, a condição de lei (*Carta de Lei*).

⁷⁴ Aqui percebemos, ainda, a mesma simbiose de funções judiciárias e de polícia que havia desde o período colonial (LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 181).

⁷⁵ É interessante notar que o art. 162 da Constituição sugere que a função principal do juiz de paz e a de tentar a “reconciliação” entre os litigantes (art. 161), ainda que tenha deixado em aberto para a lei regulamentadora fixar “suas atribuições e distritos”.

⁷⁶ Nos processos-crime, era da competência dos juízes de paz realizar o corpo de delito, prender e interrogar os suspeitos, bem como denunciá-los perante o juiz de direito. Nos processos cíveis, era sua missão procurar a conciliação e julgar as causas de pequeno valor. Em matéria eleitoral, competia-lhe determinar em cada pleito que teria direito a voto (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Brasil*. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 10, 2015).

nas adicionais funções policiais⁷⁷, reservando-se ao juiz de direito a presidência dos conselhos de jurados e a supervisão dos juízes de paz e municipais.

Essas mudanças no perfil da administração da justiça causaram variadas repercussões que, mais adiante, ajudariam a pavimentar uma reação do pensamento e das forças conservadoras, movimento conhecido como “regresso”.

Uma primeira consequência da redução dos juízes ordinários, nomeados pelo Imperador⁷⁸ e subordinados ao governo e aos tribunais do Império, foi o enfraquecimento da influência do poder central, mercê do objeto da corrente liberal, no sentido de afastar a herança lusitana de um governo centralizado. Escapava à aceitação conservadora que a formação de culpa em crimes dolosos fosse feita por uma autoridade eleita pela comunidade local, sem qualquer interferência do governo⁷⁹.

Outro efeito, decorrente da difusão do poder dentro da província para os potentados locais – beneficiados, principalmente, pelas atribuições eleitorais do juiz de paz –, foi a aprovação de leis, pelas Assembleias provinciais, dispendo sobre a possibilidade, conferida (ainda que de forma bem genérica) pelo Ato Adicional, de livre nomeação dos prefeitos pelo Presidente da Província, até porque aqueles também exerciam as atribuições policiais. Foi a chamada *lei dos prefeitos*⁸⁰.

A propósito das lideranças locais, não era incomum que proprietários de terras e fazendeiros se fizessem eleger como juiz de paz, o que acabou por transformar uma medida aparentemente democrática – eleição de magistrados

⁷⁷ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 187; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 10-11.

⁷⁸ Não é demasiado sublinhar que os membros integrantes da regência praticavam os atos do governo em nome do Imperador, todos não submetidos, pela Constituição, a qualquer responsabilidade por seus atos (art. 129).

⁷⁹ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 11.

⁸⁰ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 186.

leigos não remunerados – em instrumento de exercício arbitrário e parcial de poder pelas lideranças locais⁸¹.

Essa descentralização do poder político, projetado pelo Ato Adicional, na direção do que Bastos⁸² denomina de “monarquia federativa”, foi objeto de duras críticas do conservador Visconde de Uruguai (Paulino José Soares de Souza), que, no seu *Ensaio sobre direito administrativo*, ao criticar a falta de coesão do sistema político e sustentar, de outro lado, a necessidade da centralização política, anotou: “Pensou-se que o Ato Adicional, introduzindo o elemento federativo e o *self government* nas províncias remediaria o mal, porém os 27 anos decorridos desde 1834 devem ter trazido o desengano”⁸³.

Por fim, também esse período foi tingido por muita instabilidade política e social (atentados, desordens, motins e revoluções), o que reforçou e desacreditou o mérito da reforma, não somente entre os conservadores, mas igualmente entre alguns liberais da época, até mesmo em razão da crescente preocupação com a ordem pública e a unidade nacional⁸⁴.

Adveio, então, na regência do conservador Araujo Lima, a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, que materializa o “regresso”, impondo importantes alterações no Ato Adicional. Anunciada como a “lei de interpretação” deste, a medida promulgada pelo regente uno, a despeito de indicar interpretações, acaba por restringir as atribuições outrora asseguradas às Assembleias das províncias, inclusive quanto à possibilidade de criação de cargos.

No que se refere ao regime da magistratura, esclareceu que os membros das Relações e tribunais superiores não estavam subsumidos à autoridade provincial (art. 4º). Quanto aos juízes ordinários, restringiu sobremaneira o procedimento de suspensão ou demissão, exigindo fundamentação legal

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, p. 10, 2015.

⁸² BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares Bastos. *A província*. Brasília: Senado Federal, edição fac-similar, 1997.

⁸³ SOUZA, Paulino José Soares de (Visconde de Uruguai). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 133.

⁸⁴ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 185-7; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 11.

apropriada e anterioridade da norma legal violada pelo magistrado (arts. 5º e 6º).

Complementou a reforma do modelo desenhado em 1834 a Lei nº 261, de 1941, já sob o império de D. Pedro II, que modificou o Código de Processo Criminal, instituindo, logo de saída, a figura do chefe de polícia, escolhido entre os desembargadores e juizes de direito. Reformula, de forma aguda, toda a organização judiciária protagonizada pelos juizes de paz, que tornaram a exercer apenas algumas das funções conferidas pela Lei de 1827, norma regulamentadora do dispositivo constitucional e que, de acordo com Flory⁸⁵, assinalou o começo da reforma e da ascensão dos liberais. No seu lugar, retornam os juizes – municipais e de direito – nomeados pelo Imperador, entre bacharéis em direito com experiência profissional comprovada, reforçando, assim, o caráter profissional e não eletivo da magistratura.

Se, desde o projeto de lei que resultou no Código de 1832, estava presente forte oposição da magistratura profissional⁸⁶, o regresso conservador contou com esse mesmo estrato de apoio na Câmara dos Deputados, em que os magistrados representavam cerca de 40% da representação⁸⁷, o que revela a proximidade e o suporte dado ao pensamento conservador e centralizador⁸⁸

⁸⁵ FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1971: control social y estabilidad política en el Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 81.

⁸⁶ RODYCZ, Wilson Carlos. O juiz de paz imperial: uma experiência de magistratura leiga e eletiva no Brasil. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 19 nov. 2015, p. 15.

⁸⁷ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juizes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 11.

⁸⁸ Esse “regresso” ao eixo centralizador da magistratura, que retornara à subsunção do poder imperial, ou central, revela, assim como sucedeu no período colonial, com a expansão da figura dos juizes de fora, uma tendência cíclica na trajetória da administração judiciária no Brasil. Mais adiante, todas as Constituições vão, ao seu modo, tocar no problema. Seja a de 1891, com a dualidade de justiça, a de 1937, com a extinção da Justiça Federal, ou a de 1967/1969, que a restaurou, restabelecendo a dualidade. A Constituição Federal de 1988, embora tenha mantido a dualidade, acabou por emendada em 2004, para incorporar ao texto constitucional elementos de centralização, como o Conselho Nacional de Justiça, dada a forte percepção de que a autonomia das justiças estaduais findou por permitir excessos e idiosincrasias que reclamavam uma atuação de uma autoridade administrativa central. Assim, pode-se sugerir que a análise dessas tendências de (des)centralização do poder revela muito do perfil que o Judiciário assume em cada regime constitucional.

pelos representantes da magistratura imperial⁸⁹.

É preciso, contudo, ter presente o elemento contraditório desse viés centralizador. Isso porque, em território tão vasto, é de se supor a material impossibilidade de uma administração eficiente em todos os recantos do Brasil. A sobrevivência do regime dependia do que Leal⁹⁰ definiu como “compromisso” entre o governo e os líderes locais (“coronéis”⁹¹), que deu origem ao “coronelismo”, fenômeno atribuído à instituição de um regime representativo dentro de uma estrutura econômica e social inadequada⁹².

Esse compromisso – que tem suas raízes no período colonial e vai se aprofundar na Primeira República, sua “idade de ouro”⁹³ – implicava simbiose de interesses, que, em troca do apoio do chefe político local, prestigiava-se a indicação, para cargos públicos, inclusive na estrutura do Judiciário, de indicados que representassem as estratégias dessas lideranças, o que, no plano da faticidade, acabava expor o disparate⁹⁴ entre a centralização do poder e a

⁸⁹ Como se pode observar, desde o regime colonial, é forte a influência dos bacharéis em Direito e dos magistrados no cenário político brasileiro, sendo possível perceber sua direta influência na (re)construção dos desenhos institucionais, desde antes da formação do Estado brasileiro, como procuraram explorar Pang e Seckinger (PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. The mandarins of imperial Brazil. *Comparative Studies in Society and History*, London/New York, v. 14, n. 2, p. 215-244, 1972) e Barman e Barman (BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Beverly Hills/London, v. 18, n. 4, p. 423-450, nov. 1976). Sobre essa mesma perspectiva prosopográfica da elite burocrática brasileira debruçou-se Carvalho (CARVALHO, João Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 63 e ss.), apontando que a elite política no século XIX era altamente educada, com média de 76,11% portadora de educação superior (1822-1889), boa parte, pelo menos até meados do século, formada na Universidade de Coimbra.

⁹⁰ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

⁹¹ O termo tem origem na patente conferida ao comandante da guarda nacional, constituída para defender a integridade do Império e a Constituição imperial. A patente de coronel passou a ter uma equivalência de título nobiliárquico.

⁹² Nesse mesmo sentido trilham as observações de Tobias Barreto, ao criticar duramente as propostas liberais de uma monarquia parlamentar sob o regime da Constituição de 1824, diante das próprias condições sociais e políticas do povo. Nas suas palavras: “A grei dos publicistas e oradores liberais, que nos regalam todos os dias com seus sonhos de monarquia parlamentar, não se cansa de nos pintar, a seu modo, as maravilhas do *self government*. Não se lembra, porém, de que o *self government* tem por adjuto a *self reliance*, o sentimento de confiança em si mesmo, no próprio esforço de cada um; e este sentimento é de tal natureza, que não se desperta facilmente na alma de um povo esmorecido por sua má educação política” (BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 385).

⁹³ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 25.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995.

preservação do cumprimento da lei em todo o território, prevalecendo, muitas vezes, a autonomia extralegal dos chefes municipais⁹⁵.

Assim, a organização judiciária durante o regime imperial, embora tenha adquirido formal estabilidade ao longo de quase todo o reinado de D. Pedro II (Segundo Reinado), longe estava de alcançar a unidade projetada formalmente, tampouco parece que foi capaz de mostrar traços de independência e autonomia⁹⁶, porquanto também estava atrelada a uma forte subordinação constitucional e institucional ao poder imperial, nas extremidades, subsumida às forças e aos potentados locais, que, mediante compromissos de ordem política, influenciavam a administração da justiça, inclusive quanto à nomeação de autoridades reais.

O papel que os atores judiciários exerciam nas mediações das relações de poder faria com que a questão da magistratura ocupasse um lugar de destaque na agenda política, a partir da segunda metade do século XIX, culminando com a reforma de 1871, a última do Império.

2.3 NOVAS TENSÕES ENTRE O PENSAMENTO LIBERAL E O CONSERVADOR, E A REFORMA JUDICIÁRIA DE 1871

Desde a reforma de 1841, as forças políticas liberais e conservadoras não cessaram com o debate sobre a reforma do Poder Judicial.

Os liberais da segunda metade do século XIX, agrupados em novas agremiações políticas, formavam um estrato representativo um pouco distinto daquele que, nas primeiras décadas, tinha na descentralização política sua principal agenda e era integrado majoritariamente por proprietários rurais⁹⁷.

Os liberais das décadas derradeiras eram também oriundos dos novos estratos sociais urbanos, e defendiam, como pontos comuns, uma agenda que

⁹⁵ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 69.

⁹⁶ Corroborar com esse quadro o fato de que os magistrados, ainda que nomeados pelo Imperador, após a reforma de 1841, ainda eram subordinados às Relações, quanto à responsabilidade pelo exercício judicante, e administrativamente estava vinculado ao presidente da província, que, por suposto, era o responsável pelo fornecimento de todo o aparato burocrático para o exercício de suas funções (KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 36).

⁹⁷ Para esses liberais, as figuras do juiz de paz e do tribunal do júri representavam, no que tange à atividade judiciária, a expressão da descentralização, ainda que, como se procurou sublinhar neste trabalho, cuidasse de um modelo muito suscetível às ingerências dos potentados locais, que podiam controlar o processo eleitoral que resultada na escolha dos juízes de paz.

ainda envolvia ao problema da descentralização, ao lado de outras reivindicações: moralidade das eleições, abolição gradual da escravatura e reforma judiciária⁹⁸.

No tocante à questão judiciária⁹⁹, e tendo como principal formulador de propostas o magistrado e político Nabuco de Araújo, o pensamento liberal apontou os seguintes aspectos para uma reforma: a autonomia de julgamento do Poder Judicial, a estruturação da carreira dos magistrados, a supervisão judicial do processo eleitoral, as incompatibilidades do cargo e a separação entre as funções da magistratura e da polícia.

Estavam, portanto, presentes várias preocupações que o desenho da atividade judicial implicava o modelo então vigente, como a proibição de exercício de outras atividades pelos magistrados, inclusive as funções policiais e o exercício de cargos políticos. De outro lado, as propostas indicavam a necessidade de escolha de seus membros fora da atuação do governo, o que asseguraria aos magistrados a necessária independência. O processo eleitoral também poderia ficar distante das fraudes e das manipulações, caso entregue a autoridades independentes¹⁰⁰.

O pensamento conservador, nesse período, reconhecia igualmente a necessidade de mudanças no Poder Judicial, mas divergia quanto a vários pontos propostos pelos liberais. No que se refere ao reforço da carreira da magistratura, profissionalizando-a em todos os níveis, a posição das vozes conservadoras sustentava que o exercício da jurisdição apenas por juízes de direito não era compatível com as circunstâncias do país, dada sua extensão territorial. Por

⁹⁸ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 88.

⁹⁹ Uma vez mais, nesse ponto da História política brasileira, pode-se perceber como o problema da reforma do Poder Judiciário ocupa um espaço de destaque na agenda pública. Logo, em que pesem os avanços que a Constituição Federal trouxe para o tema, a resistência desse tema no período recente, passando pela discussão, tramitação e promulgação da Emenda nº 45/2004, não chega a se constituir uma inovação no cenário político. Como o Judiciário exerce uma mediação entre o sistema político e a sociedade (KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 27), as tensões que sugerem a necessidade de reforma podem se explicar a partir dessa particular posição que a atividade jurisdicional é colocada na dinâmica do poder.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 90-92. Nota-se, aqui, que essas formulações serão, com o advento da República, progressivamente incorporadas ao desenho institucional no Poder Judiciário. Os arts. 55 e seguintes da Constituição de 1891, ao dispor sobre o Poder Judiciário da União (aparece, portanto, uma nova nomenclatura), não só reiteram a vitaliciedade, como reforçam a inamovibilidade. Além disso, vai dispor sobre a autonomia de organização interna (garantia institucional da autonomia), ainda que a nomeação dos juízes federais estivesse sob a atribuição do Presidente da República (art. 4º do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890).

isso, não era possível suprimir a figura do juiz municipal. Quanto à autonomia e independência, a agenda conservadora não a concebia, distanciando-se fundamentalmente das teses liberais, porquanto entendia que “era necessário que o governo mantivesse mecanismos de controle sobre os juízes”¹⁰¹.

Do choque político dessas agendas nasceu uma nova reforma judiciária, levada a efeito pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, a qual, em substância, inclinou-se na direção das apontadas posições conservadoras, ainda que, em muitos aspectos, revele a harmonização das posições antagônicas, por meio de soluções intermediárias.

Tal sucedeu, por exemplo, com profissionalização da carreira da magistratura, reclamada pelo pensamento liberal. O art. 1º da Lei de Reforma atribui jurisdição exclusiva aos juízes de direito, mas apenas nas cidades-sede dos Tribunais de Relação e nas cidades mais importantes (comarcas especiais), conservando a competência dos juízes municipais nas demais comarcas (gerais). Criou-se, ainda, a figura do juiz de direito substituto. Além disso, estabeleceu a incompatibilidade do exercício das funções policiais pelos juízes municipais, prevendo que os chefes de polícia seriam nomeados entre magistrados letrados. Manteve-se a figura do juiz de paz, com atribuições restritas a processos sumaríssimos, de menor vulto.

Assim, no que se refere à carreira da magistratura e de suas competências cíveis, a Reforma de 1871 criou uma estrutura relativamente complexa de distribuição competencial, de acordo com a alçada, de modo que as causas poderiam ser examinadas pelos juízes de paz, pelo juiz municipal ou pelo juiz de direito, nas comarcas gerais, dependendo do valor da causa da querela. Semelhante estruturação da atuação da magistratura também sucedeu na esfera criminal¹⁰².

A reforma instituiu, de outro lado, o *habeas corpus*, como instrumento à disposição daqueles que se considerassem ilegalmente presos ou ameaçados de prisão (art. 18), o qual seria julgado pelo juiz de Direito. No entanto, uma vez pronunciado ou sentenciado o réu, a ordem não poderia ser concedida. Esse aspecto, acentua Koerner¹⁰³, também sofreu contundentes críticas dos liberais,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰² Essa assimetria entre as comarcas foi criticada pelos liberais, por contrariar o preceito da organização judiciária uniforme (*Ibidem*, p. 101).

¹⁰³ *Ibidem*, p. 111.

porque contrariava a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal de Justiça da época, dando lugar a arbitrariedades e prisões ilegais.

Temas sensíveis e fundamentais para a autonomia e a independência da magistratura, defendidos pela posição liberal, ficaram, como se vê, de fora das transformações instituídas pela Lei nº 2.033. Somente com o advento da República o regime constitucional começaria a absorvê-los, o que reforça a constatação de que a Constituição de 1891 foi influenciada por esse pensamento dos liberais brasileiros ou que, pelo menos, temas por eles debatidos já se encontravam em sintonia com as ideias republicanas acolhidas pelo movimento constitucional instaurado após a queda do Império.

Como se pode observar dos aspectos destacados da importante Reforma de 1871, a questão judiciária, mesmo ao final do Império, ocupou lugar de destaque no cenário político, assim como reforçou o papel que a burocracia judiciária exercia naquela altura, não só como mediação entre o sistema político e a sociedade¹⁰⁴, mas também na preocupação do desenho institucional.

Essa última vertente fica evidenciada na reforma com o aspecto centralizador que o poder político pretendeu assumir, dando aos juízes de direito, nomeados pelo Imperador, maiores atribuições, nomeadamente nas comarcas especiais, aquelas mais importantes do Império. Além disso, o estudo da (re) organização do Poder Judicial do Estado Imperial igualmente aponta para a importância que os órgãos judiciários assumiram no Brasil, desde a sua implantação na colônia, como projeção *império burocrático português*¹⁰⁵, o que os tornam atores de estudo indispensável para compreender o sistema político-burocrático brasileiro, principalmente quando se pretende examinar as instituições públicas do Estado brasileiro contemporâneo.

CONCLUSÃO

A exploração do recurso histórico, no estudo da organização judiciária brasileira, oferece um rico panorama de observação para a compreensão crítica das instituições políticas contemporâneas e, em particular, das judiciárias.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 27.

¹⁰⁵ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 227.

No período em que o Brasil ostentava condições de colônia do Império português, pode-se perceber a importância que a administração da justiça e os seus atores detinham na coesão, na unidade e no controle dos vastos territórios ultramarinos. Por isso, as opções iniciais de delegação da atividade jurisdicional aos donatários logo foram substituídas por uma lenta, embora progressiva, introdução de agentes públicos reais, nomeadamente magistrados, que passaram a integrar a elite burocrática brasileira, com as idiosincrasias de sua interpenetração na sociedade local, o que chegou a ser denominado de *abrasileiramento da burocracia*¹⁰⁶, e que reforça a ideia de que não se pode aplicar aqui o conceito weberiano de burocracia¹⁰⁷.

A necessidade de maior controle da metrópole sobre os interesses locais precipitou, ainda no século XVII, o fortalecimento da administração local e a criação do primeiro tribunal superior no Brasil, tendência que ganharia força com a presença da família real na antiga colônia, elevada a sede do Império.

No movimento pela independência, pode-se perceber um intenso debate político no Brasil e nas Cortes Constitucionais em Portugal sobre a organização judiciária, o qual, em grande medida, vai dar corpo ao desenho do Estado na Constituição de 1824 e, portanto, no Primeiro Reinado, mas, ainda, com forte dependência da magistratura ao Imperador, como titular exclusivo do Poder neutro ou moderador, ainda que ostentasse o Poder Judicial o atributo da “independência”, que se apresentava, na realidade dos fatos, como preceito meramente formal.

O período regencial revela-se complexo e tenso, com grandes repercussões na organização do Estado, nela se incluindo a do Poder Judiciário. As Reformas Liberais de 1834 e o “regresso” colocarão ainda mais em evidência o papel dos magistrados na organização política, principalmente porque já presente alguns dos elementos que, mais adiante, vão dar corpo aos “compromissos” entre atores sociais e políticos. Nesse cenário, a (des)centralização do poder jurisdicional mostrava-se estratégica para os interesses tanto do poder central quanto dos potentados locais.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 254.

¹⁰⁷ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015.

Durante todo o Segundo Reinado, a questão judiciária continuou a ocupar a centralidade da agenda política. O choque entre os pensamentos liberal e conservador nesse período resultou não somente na Reforma de 1871, mas plantou as bases de instituições judiciárias que somente iriam ganhar forma e existência durante o período republicano.

A investigação permitiu, assim, perceber que questões importantes na agenda atual, como o patrimonialismo, o nepotismo, a eficiência, a (des)centralização do controle disciplinar da magistratura, a autonomia e a independência judiciais, já estavam presentes desde a formação do Estado brasileiro.

No específico tema da (des)centralização das instituições judiciárias, o período estudado autoriza afirmar que houve um movimento pendular, a depender da predominância política das ideias mais ou menos concentradoras, do que é emblemática demonstração a Reforma de 1834 em contraste com a (contra)reforma de 1841, notadamente quanto às atribuições dos juízes de paz e juízes municipais.

Mais do que isso, a exploração histórica permite analisar como essas e outras questões têm sua gênese e seu desenvolvimento no contexto da burocracia brasileira e dos modelos constitucionais adotados para a repartição e organização do poder político nacional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura/Fundação Casa de Rui Barbosa, v. XXXVII, t. V, 1983.

BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Beverly Hills/London, v. 18, n. 4, p. 423-450, nov. 1976.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares Bastos. *A província*. Brasília: Senado Federal, edição fac-similar, 1997.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

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

CARVALHO, João Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. *Caderno IHUideias*, São Leopoldo, ano 13, n. 222, v. 13, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Unesp, 2006.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1971: control social y estabilidad política en el Estado*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1986.

_____. Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871: social control and political stability in the new State. Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania da constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIMA, Manuel de Oliveira. *O movimento da independência (1821-1822)*. Rio de Janeiro: Top Books, 1997.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Poder Judiciário e Estado: uma análise histórica dos juízes na formação do Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/4137339/Poder_Judici%C3%A1rio_no_Imp%C3%A9rio_do_Brasil_-_Rev._Direito_e_Cidadania_-_Praia>. Acesso em: 13 nov. 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Governo misto e abolição dos privilégios: criando o Judiciário imperial. In: OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles; BITTENCOURT, Vera Lúcia Nagib; COSTA, Wilma Peres. *Soberania e conflito: configurações do Estado nacional no Brasil do século XIX*. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 149-184.

_____. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. The mandarins of imperial Brazil. *Comparative Studies in Society and History*, London/New York, v. 14, n. 2, p. 215-244, 1972.

ROCHA, José Albuquerque da. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODYCZ, Wilson Carlos. O juiz de paz imperial: uma experiência de magistratura leiga e eletiva no Brasil. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 19 nov. 2015.

SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário: bases para reorganização*. São Paulo: Forense, 1975.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUSA, Otávio Tarquínio de. Vara branca e vara vermelha. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 245-6, nov. 1947.

SOUZA, Paulino José Soares de (Visconde de Uruguai). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

SUASSUNA, Ariano. Discurso de posse na Academia Brasileira de Letras (ABL). Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *A democracia coroada*. Petrópolis: Vozes, 1964.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995.

Submissão em: 17.07.2017

Avaliado em: 15.09.2017 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.09.2017 (Avaliador C)

Avaliado em: 12.12.2017 (Avaliador E)

Aceito em: 13.12.2017

ALÇADA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO E ISONOMIA

LIMITATIONS OF RIGHT OF APPEAL IN ADMINISTRATIVE TAX PROCESS AND EQUALITY

Luiz Felipe Silveira Difini¹

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito tributário.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é examinar a constitucionalidade do disposto nos arts. 39-A e 41, ambos da Lei Estadual nº 6.537 (do Rio Grande do Sul), com redação dada pela Lei Estadual nº 14.180/2012, a partir do princípio do duplo grau de jurisdição e da isonomia. Conclui-se pela constitucionalidade das normas, se realizada interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT: *This article examines constitutionality of articles 39-A and 41, both from RS state law nº 6.537, in regard of principles of double court review (similar to right of appeal) and equality, and how those articles can be interpreted according to Constitution.*

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Artigos 39-A e 41; Lei Estadual nº 6.537/1973; Princípio do duplo grau de jurisdição; Princípio da isonomia; Interpretação conforme a Constituição.

KEYWORDS: *Constitution; articles 39-A and 41; RS State Law 6.537/1973; right of appeal principle; equality; interpretation according to Constitution.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do princípio do duplo grau de jurisdição; 2 Do princípio da isonomia e da interpretação conforme a Constituição; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Principle of double court review (similar to right of appeal); 2 Equality and interpretation according to Constitution; Conclusion; References.*

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação na Disciplina de Direito Tributário. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: difini@tj.rs.gov.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9469097303332145>>.

INTRODUÇÃO

A Lei Estadual nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, dispõe sobre o procedimento tributário administrativo no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Em 28 de dezembro de 2012, a mencionada legislação sofreu alterações com a entrada em vigor da Lei Estadual nº 14.180, entre elas a inserção do art. 39-A², o qual estabeleceu o julgamento, em primeira e única instância, dos processos cuja soma dos autos de lançamento não ultrapassassem o montante de 3.850 UPFs-RS e daqueles cujos valores requeridos, na data da decisão, não ultrapassassem o equivalente a 3.850 UPFs-RS, em caso de restituição de tributo.

Também foi alterado o disposto no inciso I do art. 41 da Lei nº 6.537³, o qual passou a estabelecer que, nas hipóteses do art. 39-A, a autoridade julgadora poderia, em caso de decisão contrária à Fazenda, deixar de recorrer de ofício a uma das Câmaras do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais.

Observa-se que restou estipulado o julgamento em única instância, para determinados processos, de acordo com o valor econômico em discussão, sendo permitida apenas a utilização de recurso de ofício. Ao contribuinte, pois, restou vedado o direito à interposição de recurso à segunda instância administrativa nos processos em que pretendam impugnar lançamentos cujo montante não ultrapasse 3.850 UPFs-RS.

² Art. 39-A da Lei Estadual nº 6.537: “Será realizado, em primeira e única instância, o julgamento de processos cuja soma: I - dos autos de lançamento, na data de lavratura, não ultrapassem o montante de 3.850 UPFs-RS, na hipótese de impugnação; II - dos valores requeridos, na data da decisão, não ultrapassem o montante de 3.850 UPFs-RS, quando se tratar de restituição de tributo”.

³ Art. 41 da Lei Estadual nº 6.537: “Respeitado o disposto no art. 39-A, a autoridade julgadora de primeira instância recorrerá de ofício, com efeito suspensivo, a uma das Câmaras do TARF, sempre que proferir decisão contrária à Fazenda, no todo ou em parte, podendo deixar de fazê-lo quando: I - a importância pecuniária em discussão não exceder o valor de 3.850 UPFs-RS, considerada a data de lavratura do Auto de Lançamento, na hipótese de impugnação, e a data da decisão, quando se tratar de restituição de tributo; II - a decisão for fundada exclusivamente no reconhecimento de erro de fato; III - a decisão de referir exclusivamente à obrigação acessória. § 1º O recurso de ofício será interposto mediante declaração na própria decisão. § 2º Se além do recurso de ofício houver recurso voluntário, serão ambos encaminhados ao julgamento de uma das Câmaras do TARF. § 3º Se a autoridade julgadora omitir a observância do disposto neste artigo, cumpre ao funcionário que tiver de executar a decisão representar àquela autoridade, por intermédio de seu chefe imediato, propondo a interposição do recurso. § 4º Quando o processo subir à segunda instância em grau de recurso voluntário e se verificar que, não obstante o caso ser também de recurso de ofício, nos termos desta lei, este não foi interposto, as Câmaras do TARF tomarão conhecimento pleno do processo, como se houvesse tal recurso”.

Essas modificações legais impuseram um debate sobre a constitucionalidade da norma, relativamente ao duplo grau de jurisdição e à isonomia entre Fisco e contribuinte. Mencionada análise é de fundamental importância, tendo em vista repercutir diretamente no cotidiano dos operadores do Direito Tributário. Nessa senda, mostra-se imprescindível que seja examinada a matéria, especialmente no que se refere à interpretação adequada das normas à luz da Constituição Federal.

Primeiramente, expor-se-á a perspectiva doutrinária existente acerca do princípio do duplo grau de jurisdição, adentrando na divergência existente sobre se tratar ou não de garantia constitucional. Da mesma forma, as normas serão abordadas a partir do princípio da isonomia. Por fim, examinar-se-á, a partir dos princípios do duplo grau de jurisdição e da isonomia, a constitucionalidade da norma estadual em comento.

1 DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A fim de examinar a constitucionalidade do disposto nos arts. 39-A e 41 da Lei Estadual nº 6.537, primeiramente, importante adentrar no alcance do princípio do duplo grau de jurisdição, analisando se pode ser considerado uma garantia constitucional.

O princípio do duplo grau de jurisdição indica que, como regra, as lides devem ser julgadas por um órgão jurisdicional e reapreciadas por outro, como forma de adequada aplicação do direito, bem como melhoria da qualidade e uniformização das decisões judiciais⁴. Segundo Humberto Theodoro Júnior, o princípio “consiste na possibilidade de submeter a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, como garantia da boa solução”⁵.

⁴ SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 604.

Conceito similar é formulado por Guilherme Puchalski Teixeira (Análise fragmentada do duplo grau enquanto regra de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 159-182, mar./abr. 2008. p. 160), aduzindo que, em linhas gerais, o duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de a parte vencedora, por meio do recurso competente, obter novo julgamento da causa, preferencialmente por órgão de hierarquia superior.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2010. p. 572.

A doutrina é dissonante sobre o duplo grau de jurisdição se tratar de princípio elevado ao patamar constitucional pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Cassio Scarpinella Bueno sustenta que o duplo grau de jurisdição constitui princípio implícito na Constituição Federal de 1988. Ressalva, todavia, que a lei pode dar preferência, dependendo do caso, a um ou a outros princípios colidentes com ele, visando a alcançar resultados também almejados pelo sistema processual civil, devendo haver a necessária ponderação entre os valores envolvidos⁶.

No mesmo sentido, Daniel Ustárroz e Sérgio Gilberto Porto reconhecem a garantia do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, ainda que não expresso na Constituição, tendo em vista que os direitos fundamentais constituem rol aberto. Afirmam que eventuais limitações pontuais à aplicação do duplo grau não retiram seu patamar constitucional, além de salientarem que o reconhecimento de tal *status* não implica seja o princípio observado em todos os processos, desde que preservado o seu núcleo fundamental, quando em colisão com outros princípios⁷.

José Miguel Garcia Medina, em posicionamento similar, assevera que o duplo grau de jurisdição constitui princípio inserido no rol de garantias mínimas que decorrem do devido processo legal, ressaltando que,

como princípio, convive, em nível constitucional, com aquele que lhe é oposto (princípio da unicidade de juízo ou de instância, ou de julgamento único). [...] Pensamos que o princípio do duplo grau de jurisdição é proeminente em relação ao princípio que lhe é oposto, razão pela qual devem ser tidas por

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos*. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

Adotando posição semelhante, Guilherme Puchalski Teixeira (obra citada, p. 173) afirma: “É que o duplo grau de jurisdição, aqui encarado como regra constitucional implícita no que se refere às causas de competência dos juízes de primeiro grau, colide com a garantia da celeridade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), normas de mesma hierarquia, outorgadas pela própria Constituição. Caberá, portanto, ao legislador ordinário resolver, casuística e razoavelmente, este aparente antagonismo, visto que é sua a missão de legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I) e procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI)”.

⁷ USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 55/56.

contrárias àquele princípio constitucional as decisões judiciais que, sem amparo legal expresso, suprimam a possibilidade de duplo exame, por órgãos jurisdicionais hierarquicamente distintos.⁸

Mas vários doutrinadores sustentam, por outro lado, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que o princípio do duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional. Esse entendimento tem prevalecido⁹.

Nelson Nery Junior afirma que, diferentemente da Constituição do Império de 1824, que estabelecia garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, as Constituições que se seguiram limitaram-se a referir a existência de tribunais, com competência recursal, fazendo, pois, mera previsão implícita ao recurso. Como consequência da inexistência de garantia constitucional do duplo grau, pode o legislador infraconstitucional limitar o direito de recurso, como o fez, por exemplo, no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais¹⁰.

No mesmo sentido, Sílvio Ernane Moura de Sousa afirma que, da leitura das disposições constitucionais referentes ao processo, não é possível depreender intenção do constituinte em assentar o duplo grau de jurisdição como regra, havendo tão somente normas disciplinando a competência dos Tribunais Superiores para examinar recursos. É evidente que, fosse a intenção do constituinte incluir o duplo grau na Constituição, ele teria sido previsto expressamente no art. 5º, da mesma forma como ocorreu com o princípio do devido processo legal. Assim, a lei ordinária deve disciplinar as hipóteses de previsão do duplo grau de jurisdição¹¹.

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1337.

⁹ Nesse sentido, a posição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 731).

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 320-321.

Adotando o mesmo entender, a doutrina de Sérgio Shimura (Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 605).

¹¹ SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. *Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do artigo 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional*. São Paulo: Pillares, 2010. p. 39.

Também ostentando o duplo grau de jurisdição não se tratar de garantia constitucional, Marinoni e Arenhart justificam sua posição analisando o alcance do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, interpretando que “os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa”, havendo casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, a exemplo das causas de “menor complexidade” e das que possam justificar uma única decisão. A ampla defesa deve ser pensada sempre em confronto com a tempestividade e a efetividade da tutela¹². Interessante mencionar sua conclusão:

O legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVII, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em “garantir” a segurança da parte através da instituição da “dupla revisão”.¹³

Flávio Cheim Jorge salienta a impossibilidade de se confundir o duplo grau de jurisdição com os recursos. O art. 5º, inciso LV, garante tão somente o processo legal e a ampla defesa, com recursos a ela inerentes, previsão que não expressa garantia de duplo grau. Caso assim o fosse, estaria o legislador ordinário impossibilitado de ceifar o direito do litigante de interpor recursos a órgão de hierarquia superior. Contudo, o direito ao recurso objetiva tão somente o reexame da matéria, prescindindo se tratar de órgão de diferente hierarquia¹⁴.

A despeito de não haver unanimidade na doutrina acerca do tema, a posição assentada no Supremo Tribunal Federal é a de que não há inconstitucionalidade por supressão do duplo grau, uma vez que não existe garantia constitucional nesse sentido. Tal entendimento pode ser extraído da decisão no Recurso Extraordinário nº 201297-1:

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2014. p. 495-496.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 498.

¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

Não tem razão o recorrente quando pretende que, em face do disposto no art. 5º, LV e § 1º da Constituição Federal, esta constitucionalizou o princípio do duplo grau de jurisdição, não mais admitindo decisões de única instância, razão por que não foi recebida pela nova ordem constitucional a Lei nº 5.584/1970. Com efeito, a própria Constituição admite a existência de decisões em grau único de jurisdição não apenas nos casos que especifica, como os de ações originárias perante o Supremo Tribunal Federal, mas também genericamente, ao admitir, no art. 102, III, recurso extraordinário nas causas decididas em única instância, quando ocorre hipótese prevista numa das letras “a”, “b” ou “c”, do mesmo dispositivo.¹⁵

No julgamento do Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* nº 79.785-7, originário do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em afirmar que a Constituição Federal não erigiu o duplo grau de jurisdição à garantia fundamental, conforme trecho da ementa do julgado:

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.¹⁶

¹⁵ Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, J. 01.10.1996, DJ 05.09.1997.

¹⁶ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, J. 29.03.2000, DJ 22.11.2002.

No mesmo sentido, posição adotada no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216.257-4, originário de São Paulo:

Diante do disposto no inciso III do art. 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário, contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia fundamental.¹⁷

A norma do art. 39-A da Lei Estadual nº 6.537/1973 previu o julgamento em esfera administrativa única, impossibilitando, assim, interposição de recurso para aquela situação descrita. Contudo, não alcançando o princípio do duplo grau de jurisdição patamar de garantia constitucional, inexistente vício a acarretar a inconstitucionalidade da norma, a qual claramente privilegiou a garantia constitucional da razoável duração do processo, assegurada pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

2 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O princípio da isonomia, posto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No âmbito processual, referido princípio implica igualdade de tratamento às partes¹⁸, encontrando-se expresso no art. 139, I, do novo Código de Processo Civil (antigo art. 125, I), assim como no art. 106, inciso II, da Lei Estadual ora em comento¹⁹.

Celso Ribeiro Bastos bem delinea o conteúdo da igualdade, entendendo-a como um dos mais importantes princípios da Constituição Federal, tendo em vista incidir no exercício de todos os demais direitos. Entende-a como um princípio

¹⁷ Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, J. 15.09.1998, DJ 11.12.1998.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

¹⁹ Art. 106, inciso II, da Lei Estadual nº 6.537/1973: “O TAREF terá seu Regimento Interno, que determinará, no mínimo: [...] II - a rigorosa igualdade de tratamento às partes”.

informador do restante do Direito, sustentando que a lei não pode perder o critério de proporcionalidade, sob pena de ferir o princípio da isonomia²⁰.

O princípio da igualdade significa que o legislador deve elaborar a lei com disposições iguais às situações idênticas e com disparidade às situações diversas, a fim de conceder os mesmos ônus e bônus às partes²¹. Do princípio da igualdade decorre a proibição dos privilégios. As leis não podem favorecer indivíduos ou grupos, pois o Direito é o mesmo para todos²².

Nery acredita que, no âmbito normativo, somente a diferenciação justa é constitucional, devendo ser precedida de justificativa. Quando injusta a razão da discriminação, há inconstitucionalidade²³. Didier Junior, por sua vez, sustenta que a base do tratamento processual idêntico é a paridade de armas, ou seja, acesso aos mesmos instrumentos processuais²⁴.

Partindo de tais premissas sobre o princípio em comento, verifica-se que o art. 41 da Lei Estadual nº 6.537 previu o cabimento de recurso de ofício; contudo, não possibilitou recurso pelo contribuinte, ao qual impôs julgamento em instância administrativa única. Desse modo, aparentemente, houve tratamento diferenciado às partes, sem justificativa legal para tanto.

Leandro Paulsen, por seu turno, afirma que a igualdade perante a lei pressupõe a submissão de todos e que o tratamento igualitário não precisa ser justificado. Por outro lado, a desigualdade de meios sempre exige justificativa²⁵. Alexandre de Moraes lembra que a justificativa deve ser objetiva e razoável²⁶.

Dessa forma, constata-se que o art. 39-A e o art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973 – ao determinarem o julgamento em instância única, impossibilitando recurso pelo contribuinte, mas facultando o reexame necessário

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.182-183.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 106/113.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 128.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2009. p. 55-56.

²⁵ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 76.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181.

– estabeleceram diferenciação normativa entre o contribuinte e o Fisco, desacompanhada de justificativa razoável. Isso poderia levar à conclusão de sua inconstitucionalidade.

Todavia, é viável realizar-se interpretação “conforme a Constituição” às normas examinadas, pois há interpretação capaz de compatibilizá-las com o texto constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso, quando uma norma não for manifesta ou inequivocamente inválida ou quando houver, entre as interpretações possíveis, alguma que possa ser compatibilizada com a Constituição, ela não deverá ser declarada inconstitucional²⁷. Para Celso Ribeiro Bastos, a declaração de inconstitucionalidade deve ser utilizada como “medida extrema”, tendo em vista as profundas repercussões que acarreta²⁸.

A presunção de constitucionalidade das leis e, especialmente, os princípios da supremacia da Constituição²⁹ e da unidade do ordenamento jurídico³⁰ determinam seja priorizada interpretação que mantenha a norma no ordenamento, com interpretação compatível com a Constituição³¹:

No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 66.

²⁹ Acerca dos princípios justificadores do uso da “interpretação conforme”, Gilmar Ferreira Mendes (*Controle abstrato de constitucionalidade*: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei nº 9.868/1999. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 532) afirma: “Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme à Constituição, milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na ideia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional”.

³⁰ ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osório de. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 20.

³¹ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 523), “na dúvida, deve o juiz reconhecer a constitucionalidade da lei e, no caso de duas interpretações possíveis de determinada norma, deve preferir a que seja compatível com a Constituição”.

compatibilidade do acto normativo com a Constituição.
(grifo no original)³²

Segundo Barroso, o papel da interpretação conforme a Constituição é o de ensejar uma alternativa legítima para o conteúdo de determinado preceito legal por meio de uma interpretação extensiva ou restritiva³³. Para Jorge Miranda, a interpretação conforme não é apenas uma regra interpretativa, mas um método de fiscalização da constitucionalidade que privilegia a economia e o aproveitamento dos atos jurídicos, discernindo limites fora dos quais haverá inconstitucionalidade³⁴.

Na interpretação conforme, não há declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, havendo indicação, entre as diversas interpretações possíveis da lei, daquelas a serem seguidas por compatíveis com a Constituição. O dispositivo legal é preservado, com especificação das interpretações condizentes com a Constituição, ou seja, não é declarada a inconstitucionalidade “desde que a norma seja interpretada *conforme a Constituição*”³⁵.

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente admite a utilização da interpretação conforme a Constituição, a qual inclusive é reconhecida expressamente no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999. Nesse sentido, por exemplo, decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430:

Com efeito, está autorizado este Supremo Tribunal Federal a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme à Constituição Federal, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa. [...] Destaque-se que a Corte evoluiu em sua jurisprudência, com o escopo de admitir, inclusive, que o próprio pedido da ação

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 958-959.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 195.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, t. 2, 2000. p. 267-268.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263.

Nesse sentido, também Vânia Hack de Almeida (*Controle de constitucionalidade*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 221).

direta encampe o pleito de interpretação conforme à Constituição Federal se a norma objeto de apreciação detiver conteúdo semântico plurissignificativo.³⁶

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 também constituiu relevante exemplo da utilização da interpretação conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal:

União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132/RJ pela ADI nº 4.277/DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. [...]

6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.³⁷

Percebe-se, diante do exposto, que, sendo possível compatibilizar o sentido de determinada norma à Constituição, essa é a melhor solução jurídica a ser aplicável e a que preserva o princípio da supremacia da Constituição. Dessa

³⁶ Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, J. 29.06.2012, DJe 19.09.2013.

³⁷ Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, J. 05.05.2011, DJe 14.10.2011.

forma, em lugar de declarar a inconstitucionalidade de uma norma, deve-se priorizar sua interpretação em conformidade com a Constituição.

No caso dos dispositivos legais ora em exame, art. 39-A e art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973, para compatibilizar o sentido da norma à Constituição, é necessário que se lhes atribua interpretação que esteja de acordo com o princípio da isonomia.

Respeitar a isonomia, no caso de tais artigos, é prever os mesmos direitos recursais a ambas as partes. Impossibilitar o recurso de ofício, nas hipóteses do art. 41, tem o condão de conceder as mesmas garantias ao Fisco e ao contribuinte, uma vez que, para ambos, será aplicável a regra de última e única instância.

Nessa perspectiva, pode-se realizar “interpretação conforme” do disposto no art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973, entendendo a expressão “podendo deixar de fazê-lo” como hipótese de não cabimento de recurso de ofício; ou seja, nos casos previstos nos respectivos incisos do art. 41, a autoridade julgadora de primeira instância não recorrerá de ofício, respeitando-se, assim, o princípio da isonomia entre o Fisco e o contribuinte.

CONCLUSÃO

O exame da constitucionalidade dos arts. 39-A e 41, ambos da Lei Estadual nº 6.537/1973, passou, primeiramente, pela análise do alcance do princípio do duplo grau de jurisdição. Apesar de a doutrina divergir quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal não erigiu o duplo grau de jurisdição à garantia fundamental.

Da mesma forma, entendemos que o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Mencionado princípio deve ser analisado sempre em conjunto com princípios constitucionais, como o da ampla defesa e o da duração razoável do processo. A norma do art. 39-A da Lei Estadual 6.537/1973 claramente visou privilegiar a efetividade da tutela, prevendo o julgamento em única instância, especialmente por tratar de hipótese de causas de menor valor econômico. O duplo grau de jurisdição não deve se sobrepor aos referidos princípios.

De outra senda, o art. 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973 previu o cabimento de recurso de ofício; contudo, não possibilitou recurso pelo contribuinte, ao qual impôs julgamento em instância administrativa única. Em uma primeira análise da norma, poder-se-ia afirmar que houve tratamento diferenciado às partes, sem justificativa razoável para tanto.

Ocorre que o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê o direito à igualdade como garantia fundamental. Na esfera processual, significa que aos litigantes cabe receber o mesmo tratamento, devendo dispor, portanto, dos mesmos instrumentos processuais.

Trazendo tal raciocínio para as normas em apreciação, verifica-se que é possível realizar uma interpretação dos arts. 39-A e 41 da Lei Estadual nº 6.537/1973, que seja conforme a Constituição. Essa interpretação, por um lado, convalida a instância única na seara administrativa nos casos dispostos no art. 39-A, mas, por outro, impossibilita o cabimento do recurso de ofício, em respeito ao princípio da isonomia.

Frisa-se, a autoridade julgadora não recorrerá de ofício, respeitando-se o princípio da isonomia entre o Fisco e o contribuinte. E por ser preferível essa interpretação conforme a Constituição, não há de se falar em inconstitucionalidade dos dispositivos examinados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. *Controle de constitucionalidade*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osório de. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei nº 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, t. 2, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. *Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do artigo 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional*. São Paulo: Pillares, 2010.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Análise fragmentada do duplo grau enquanto regra de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 159-182, mar./abr. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2010.

USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Submissão em: 20.06.2017

Avaliado em: 28.07.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.08.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 12.12.2017

AS ORIGENS DO JUDICIAL REVIEW: PORQUE MARBURY VS. MADISON É APENAS UM ELO EM UMA LONGA CADEIA

THE ORIGINS OF THE JUDICIAL REVIEW: WHY MARBURY VS. MADISON IS JUST A LINK IN A LONG CHAIN

Marcus Firmino Santiago¹

Professor do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional.

RESUMO: Há dois séculos, o caso *Marbury vs. Madison* é apresentado como a gênese do controle judicial de constitucionalidade das leis e o ponto de virada a partir do qual o Judiciário assumiu definitivamente a defesa da Constituição. A pesquisa ora apresentada analisa a tradição judicial que conduz à decisão e os seus desdobramentos nos séculos seguintes, a fim de trazer um significado diferente ao caso, especialmente diante de sua reiterada invocação como justificativa não apenas para o *judicial review*, mas também nos momentos de maior ativismo da Suprema Corte norte-americana.

ABSTRACT: *In the last two centuries, Marbury vs. Madison's case has been understood as the genesis of the judicial review of constitutionality of laws and the turning point, from which the Judiciary branch definitively assumes the defense of the Constitution. This research analyses the judicial tradition leading to the decision and its consequences over the following centuries. The objective is to bring a new meaning to the case, especially ahead of its repeated invocation as justification not only for judicial review, but also in moments of increased activism of the U.S. Supreme Court.*

PALAVRAS-CHAVE: *Marbury vs. Madison; Jurisdição constitucional; Suprema Corte Norte-americana.*

¹ Doutor em Direito. Professor do Curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogado. E-mail: marcusfsantiago@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8405313313388657>>.

KEYWORDS: *Marbury vs. Madison*; *judicial review*; *U.S. Supreme Court*.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antes de *Marbury vs. Madison*; 2 A decisão no caso *Marbury vs. Madison* e suas consequências; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction*; 1 *Before Marbury vs. Madison*; 2 *The decision of the Marbury vs. Madison case and its consequences*; *Conclusion*; *References*.

INTRODUÇÃO

O estudo da jurisdição constitucional e os seus fundamentos conceituais legitimadores, tão necessário em tempos de aguçado ativismo judicial, sempre conduz para a análise do sistema norte-americano, fonte primeira de inspiração para todos os seus congêneres, que, com o correr dos anos, foram desenvolvidos no mundo ocidental.

Com uma tímida base constitucional normativa e sustentado fundamentalmente na tradição e na força dos precedentes, o *judicial review of constitutionality of legislation* – ou o controle jurisdicional de constitucionalidade – compõe um dos elementos estruturantes do modelo estatal norte-americano, sendo considerado essencial à manutenção da integridade constitucional. E seu estudo inevitavelmente envolve a análise do caso *Marbury vs. Madison*, apontado com frequência como o ponto de partida para a formação de todo sistema erigido naquele país. Essa ideia, embora não possa ser vista como equivocada, certamente não expressa, de maneira precisa, o significado desse precedente.

Não se pretende, aqui, destruir mitos, mas entende-se relevante elucidar que somente foi possível chegar a essa decisão graças a um conjunto de circunstâncias e precedentes que a antecederam e, após sua elaboração pela Suprema Corte, diversos outros fatores precisaram se fazer presentes, para, enfim, o modelo norte-americano se consolidar.

A tradição inglesa foi marcante para a construção do sistema judiciário norte-americano. Não se trata, naturalmente, de uma influência no plano estruturante, tendo em vista que a Grã-Bretanha do século XVIII não reconhecia qualquer autonomia ou institucionalidade à sua magistratura. O elo entre os dois lados do Atlântico reside na forma como os habitantes da América do Norte compreendiam o papel dos juízes diante das leis.

De fato, ainda ao longo do século XVII, os primeiros magistrados que começaram a atuar no Novo Mundo trouxeram consigo a compreensão acerca

de seu papel construtivo. Nesse sentido, suas decisões deveriam funcionar como o momento para atribuição de sentidos concretos às leis, conectando fatos, costumes e tradições, a base para a formação do *Common Law*, o direito natural inglês.

Quando os norte-americanos adotaram as Constituições escritas, iniciando a era do constitucionalismo, a atividade judicial manteve-se firme em seus referenciais. Em verdade, fora a diferença estrutural, com a concepção de um Poder Judiciário institucionalizado e autônomo, a principal mudança operada foi a passagem do *Common Law* para a Constituição, vista por muitos como a positivação do direito natural.

A hipótese com a qual se trabalha é que a decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison* constitui uma etapa nesse processo de transição para um sistema jurídico estruturado em torno de uma Constituição em sentido formal. Certamente contribuiu para afirmar a força dos Tribunais, mas não representaria a gênese do *judicial review*, sendo melhor compreendida como mais um elo em uma cadeia de tradições e precedentes que se formou desde a época colonial e continuou sendo tecida ao longo dos anos que se seguiram.

Essa, no entanto, não tem sido a leitura adotada por boa parte da teoria constitucional nem pela Suprema Corte norte-americana a respeito desse precedente². De fato, o sentido atribuído a *Marbury vs. Madison* parece ultrapassar em muito o seu real significado, no que reside o problema de pesquisa ora apresentado.

Seja pela leitura de sucessivos julgados da Suprema Corte, seja pela compreensão correntemente atribuída a esse caso, é fácil perceber que *Marbury*

² Na literatura constitucional brasileira, por exemplo, refiram-se as obras de Luís Roberto Barroso, que sustentam ser *Marbury vs. Madison* “o primeiro precedente” do *judicial review*, e de Gilmar Mendes, para quem “o modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803”. Também Mauro Cappelletti, em obra que é referência no estudo da jurisdição constitucional, sustenta semelhante ideia. E ilustrando parcela expressiva do pensamento jurídico norte-americano, William Nelson afirma que a decisão acerca da existência de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, que não fora tomada em 1787, restou resolvida em 1803 com o julgamento de *Marbury vs. Madison* (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1081; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimp. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 45-46; NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 2).

vs. Madison vem sendo invocado para legitimar um largo espectro de decisões, ultrapassando em muito seu sentido originário e embasando momentos de maior ativismo judicial. Essa realidade traz à tona algumas questões relevantes, cumprindo discutir, entre outros aspectos: até que ponto esse precedente pode ser elástico? Qual seu significado originário? Será que ele representa, realmente, um ponto de inflexão no processo formativo do *judicial review*?

Não se pretende aqui debater o ativismo da Suprema Corte, mesmo que os temas tenham uma relação direta e necessária. O objetivo da pesquisa é analisar o processo histórico que conduz à decisão *Marbury vs. Madison*, discutindo até que ponto a ela pode ser atribuído o significado de marco inicial do *judicial review*.

Para tanto, desenvolve-se o trabalho observando um contínuo temporal, tendo por marco inicial o processo de independência das colônias norte-americanas, momento em que são considerados os principais elementos teóricos e as práticas judiciais absorvidas da metrópole. Na sequência, são apresentados os debates que marcaram a construção dos alicerces do novo modelo estatal erigido na América do Norte, nos quais se notam, ao mesmo tempo, a preocupação em assegurar o equilíbrio do sistema federativo e resguardar a Constituição e a certeza quanto ao papel que a magistratura pode desempenhar nesse sentido. O contexto em que o caso *Marbury vs. Madison* foi proposto e os principais elementos inseridos em sua decisão são analisados, abrindo-se caminho para discutir seus desdobramentos, que se estendem pelos séculos seguintes até os tempos atuais.

O marco teórico utilizado reside nas análises críticas de Bruce Ackerman, William Nelson, José Acosta Sanches e Marian Ahumada Ruiz, autores que se debruçam sobre a questão central ora levantada, qual seja, o real significado de *Marbury vs. Madison* para o *judicial review*, os seus antecedentes e o modo como essa decisão foi sendo torcida com o fim de legitimar um processo de apreensão constitucional pela Suprema Corte norte-americana.

1 ANTES DE *MARBURY VS. MADISON*

1.1 A HERANÇA BRITÂNICA: CONTINUIDADE E RUPTURA

É evidente que as raízes do constitucionalismo norte-americano residem na tradição inglesa. Contudo, mais do que uma reprodução de modelos e práticas oriundos da metrópole, o sistema idealizado no Novo Mundo é, em

grande parte, fruto da crítica e do inconformismo que levaram à guerra de independência.

Thomas Jefferson, uma das mais influentes lideranças do movimento revolucionário e responsável pela construção das bases teóricas do novo Estado, afirmava que a Inglaterra do século XVIII houvera se afastado dos ideais de liberdade da Revolução Gloriosa e se rendido aos interesses das alas conservadoras. Via em William Blackstone, certamente o mais importante jurista inglês daquele século, um arauto do retrocesso cujas ideias não poderiam ser consideradas. Para o norte-americano, a obra de Blackstone, amplamente adotada nas escolas de Direito, tinha “pervertido” e “degenerado” a ciência jurídica. E sua ira era direcionada especialmente para a defesa que o jurista britânico fazia acerca da *soberania do Parlamento*³.

Jefferson, assim como boa parte da *intelligentsia* norte-americana, identificava-se com o pensamento *Whig*, a ala liberal da Revolução Inglesa, e via o sistema britânico de seu tempo como um desvio. Como Mayer destaca, Blackstone afirmava a onipotência do Parlamento inglês e se recusava a reconhecer qualquer direito de natureza constitucional nascido na Revolução Gloriosa, o que levava à inevitável conclusão quanto a ser o poder daquela instituição absoluto e isento de controle⁴. Daí afirmar o autor o seguinte: “*It is not surprising, then, that after 1776 Jefferson and some of his contemporaries viewed Blackstone’s concept of sovereignty not only as logically deficient but also as wholly irrelevant to the American experience*”⁵.

O desenho institucional da nova nação precisava refutar o conceito de Parlamento como *locus* da soberania, sob pena de simplesmente nacionalizar a submissão: antes o Legislativo inglês, agora o local⁶. Assim é que, em seu lugar,

³ MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. *Washington University Law Review*, v. 70, Issue 1, p. 197, January 1992. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5>. Acesso em: 15 jan. 2015. Discorrendo sobre a soberania parlamentar, dizia Blackstone que esta instituição “*can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have scrupled to call it’s power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what they do, no authority on earth can undo*” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Apud MAYER, David N. *The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism*, op. cit., p. 202).

⁴ *Ibidem*, p. 202.

⁵ *Ibidem*, p. 203.

⁶ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 27; NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 4.

ganha espaço a visão contratualista, especialmente defendida por Rousseau, que sustenta a ideia de soberania popular.

A opção por justificar o poder do novo Estado a partir de fundamentos contratualistas fica clara na defesa que Thomas Jefferson faz do direito de *autogoverno*, compreendido como um *direito natural*:

Todo homem e todo grupo de homens na terra possuem o direito de autogoverno. Recebem-no juntamente com o ser, da mão da natureza. Os indivíduos exercem-no por sua única vontade [...] isso porque a lei da maioria é a lei natural de toda sociedade humana.⁷

Como explica Hayek, a ruptura revolucionária exprimiu a quebra da confiança que os colonos tinham na Constituição inglesa e seu sistema de garantias fundamentais. Quando descobriram que os princípios nos quais haviam acreditado firmemente tinham pouca força e não podiam ser invocados contra as pretensões do Parlamento, perceberam que eles próprios precisariam construir os fundamentos que conduziriam sua sociedade⁸.

A preocupação em redigir Constituições escritas deriva, portanto, do temor quanto à fragilidade da Constituição inglesa, estruturada como um conjunto esparso de regras e princípios escritos e não escritos, somado à tradição colonial de se organizar a partir de documentos escritos. Sobre este segundo aspecto, diz Hayek:

Eles consideravam doutrina básica a existência de uma “Constituição permanente”, essencial para o governo de uma nação livre, e acreditavam que Constituição implicava governo limitado. Desde o início de sua história, estavam familiarizados com documentos escritos que definiam e circunscreviam os poderes do governo, como o compromisso assinado no *Mayflower* e os estatutos coloniais.⁹

⁷ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964. p. 79.

⁸ HAYEK, Friedrich A. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983. p. 207.

⁹ *Ibidem*, p. 207-208.

Além disso, as explicações fornecidas por diversos autores que formaram as bases teóricas dos movimentos revolucionários europeus foram absorvidas, simbolizando a influência europeia continental sobre o sistema jurídico norte-americano, especialmente com sua tradição de direito escrito, dotado de força normativa, e não meramente política¹⁰.

Desde o início da história norte-americana, como se lê nos escritos de Jefferson, subsiste a certeza de que o poder soberano pertence ao povo, que se vale da Constituição para exprimir seus anseios básicos, buscando garantir sua própria integridade em face de qualquer tentativa de abuso por parte daqueles a quem viesse a ser outorgada a representação popular: “É a vontade da nação que torna a lei obrigatória; é a vontade dela que cria ou aniquila o órgão que cabe declará-la e enunciá-la”¹¹.

Ora, se a Constituição, na perspectiva revolucionária norte-americana, nada mais é do que a expressão daquilo que a sociedade entende como essencial para emoldurar seu sistema político, jurídico e social, não há dúvidas quanto a residir nela a vontade soberana do povo. Logo, todos os poderes instituídos devem obediência àquele diploma. Este *estado de submissão geral* atinge, por óbvio, o Parlamento, cujos atos, em hipótese alguma, podem contrariar a vontade popular plasmada na Constituição. Com isso se completa a mudança paradigmática que afasta o sistema norte-americano de sua matriz britânica: em lugar da soberania parlamentar, o povo plenipotenciário. Estava aberto o caminho para a entrada em cena de mecanismos de controle dos atos legislativos¹².

Por outro lado, é certo que a ruptura com o modelo da ex-metrópole não é completa, afinal, ambas as nações compartilham o assim denominado *sistema do Common Law*. Este se exprime pela força da tradição, que se reproduz especialmente por meio dos precedentes judiciais, os quais, por seu turno, são dotados de capacidade vinculante (o modelo do *stare decisis*) e compõem

¹⁰ ABERNATHY, Charles F. The lost European aspirations of U.S. constitutional law. *German Law Journal*, n. 4, p. 596, June 2003. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

¹¹ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos...* cit., p. 77. Thomas Jefferson expressamente afirmava considerar “[...] o povo que constitui a sociedade ou nação como a fonte de toda a autoridade nessa nação”; e que a vontade popular “[...] é o único fundamento legítimo de qualquer governo [...]” (JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*, op. cit., p. 75-76).

¹² COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 (fac-símile da edição original de 1909). p. 23-24 e 30-32.

estruturalmente o ordenamento jurídico. Esse ponto em comum é imprescindível ao desenvolvimento do *judicial review of the constitutionality of legislation*¹³, cuja justificação não se assenta apenas no conceito de soberania constitucional, mas especialmente na capacidade decisória dos juízes.

Vários autores atribuem o lançamento da pedra fundamental do *judicial review* a Sir Edward Coke, *Chief Justice of the Common Pleas* (Tribunal de Queixas Comuns), que, ao julgar o *Bonham's case* no ano de 1610, sustentou a possibilidade de um Tribunal invalidar uma lei contrária ao *Common Law*. Na ocasião, já estavam em curso as animosidades entre o Rei James I e o Parlamento, que acabariam por culminar no início da Revolução Inglesa, em 1642, e o julgamento desse caso foi um importante ato de reação ao que se considerava como autoritarismo monárquico.

Naquele momento, estavam em jogo a autoridade da Coroa e o princípio da supremacia do Direito sobre o poder político. Dessa forma, ao invocar a precedência do *Common Law*, Coke buscou limitar o poder real e, por extensão, fortalecer o sistema jurídico e o Parlamento. Isso se explica porque, no início do século XVII, este último ainda buscava se livrar do jugo dos monarcas, que insistiam em utilizá-lo como um órgão para expressão de sua própria vontade¹⁴.

Embora Coke não tenha incorporado à sua decisão maiores considerações acerca do papel da magistratura ou da natureza do ordenamento jurídico, certo é que nesse caso se tem uma tentativa de utilizar o sistema normativo para controlar um poder político, negando-lhe força absoluta. E, ao fim, quer se

¹³ Expressão que, segundo informa Marian Ahumada Ruiz, se deve a Edward Corwin e somente entra em cena na década de 1910. Passam, ainda, alguns anos até que se consolide como a denominação hoje utilizada para designar o modelo de atuação do Judiciário norte-americano no exercício do controle de constitucionalidade das leis (RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después. In: *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias n. 4, p. 117, 2006).

¹⁴ Esta é a interpretação para o caso que se encontra, entre outros, em SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. p. 35-39; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. p. 152. Em apertada síntese, o caso dizia respeito à validade do ato que autorizava o *Royal College of Physicians* a punir o doutor Bonham, proibindo-lhe o exercício da medicina. Ao afirmar a invalidade desse ato, a mítica decisão contribuiu para afirmar a supremacia do *Common Law*, visto como um conjunto de normas (escritas e não escritas, assim como tradições firmadas especialmente graças à ação dos tribunais) superior, à qual a legislação do monarca devia obediência (BOYER, Allen Dillard. *Understanding, Authority and Will*. Sir Edward Coke and the elizabethan origins of judicial review. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, 1998).

possa, quer não, imputar a Coke a primazia na fundação dos alicerces do *judicial review*, nem por isso a tradição inglesa deixa de ter relevância.

De fato, naquele sistema, desde tempos remotos, reconhecia-se a capacidade de os juízes de, pela via interpretativa, dar vida às leis, no sentido de elas não serem consideradas como textos apenas, mas textos interpretados à luz das tradições e dos costumes. Nesse processo hermenêutico, era-lhes permitido aferir a conformidade dos sentidos possíveis aos comandos normativos com o sistema jurídico consuetudinário, de sorte a recusar qualquer compreensão que se afastasse ou de alguma maneira pudesse confrontar parâmetros identificados com o *Common Law*.

Essa prerrogativa, contudo, não era suficiente para colocar os juízes ingleses em posição de ascendência sobre o Rei ou o Parlamento por um motivo simples: suas decisões sempre puderam ser revisadas por uma dessas instâncias (em princípio era uma prerrogativa do Rei; após a Revolução Gloriosa, passou a ser exclusiva do Parlamento), que acabavam por exercer o papel de tribunal supremo, podendo, assim, aferir a validade de seus próprios atos¹⁵.

Os primeiros colonos que atravessaram o Atlântico o fizeram para fugir da perseguição religiosa infligida pelo Rei Stuart, mais ou menos na mesma época em que se desenrolava o *Bonham's case*. O espírito de liberdade e de contestação ao autoritarismo monárquico sempre esteve presente, de forma dominante, entre os habitantes da América. Foi natural para eles, portanto, incorporar o pensamento de Edward Coke e a sua convicção acerca da supremacia do Direito, noção que se manteve viva e jamais foi suplantada pelo conservadorismo de Blackstone e sua defesa da soberania parlamentar.

De fato, a prerrogativa de invalidar leis ou afastar compreensões potencialmente contrárias ao *Common Law* como uma consequência lógica de seu processo interpretativo é referida em documentos antecedentes à Constituição de 1787, embora não haja notícia, naquele momento, de discussões sobre o tema ou tentativas de estruturar conceitualmente esse poder¹⁶.

A afirmação feita por Jefferson em suas *Notas sobre a Virgínia*, documento redigido em 1783 no qual criticava a Constituição daquele Estado, ilustra a concepção dominante acerca do papel dos juízes em defesa da supremacia do

¹⁵ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 41.

¹⁶ *Ibidem*, p. 99.

Direito: “Não tive notícias de que em outros Estados tivessem infringido sua Constituição, e suponho que o não tenham, porquanto os juízes considerariam como sendo nula qualquer lei que fosse contrária à Constituição”¹⁷.

Assim, quando nos Estados Unidos da América se combinam a tradição judicial do *Common Law* com um modelo de organização estatal onde os poderes instituídos se encontram em equilíbrio, afirmando-se a idêntica sujeição de todos à Constituição, fica clara a possibilidade de os juízes aferirem a validade dos atos legislativos, o que, por sinal, é visto como algo natural ao sistema.

1.2 A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

A *U.S. Constitutional Convention* se reuniu entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787 com a tarefa de desenhar a completa integração dos 13 países até então existentes em um único Estado soberano, organizado na inovadora forma de uma federação e regido por uma Constituição. Desde o início, era clara para os convencionais a necessidade de instituir um governo central forte e dotado de efetiva autoridade, o que somente poderia ser alcançado tendo por base uma Constituição estável e amplamente respeitada.

Foram apresentadas algumas propostas que visavam afirmar a preponderância da Constituição federal, dotando-a de mecanismos que permitissem o controle da validade de leis estaduais e federais. O cerne da discussão, contudo, não era a positivação de um *judicial review*, mas o jogo de equilíbrio entre os poderes locais e a União. O grande embate que se punha girava em torno do cuidado em conter a autonomia decisória dos Estados, submetendo suas leis e Constituições ao sistema jurídico federal, donde o interesse predominante em sustentar a supremacia do texto que ali se elaborava.

De outro lado, havia forte temor quanto à excessiva concentração de poderes na União, o que serviu de pretexto para deixar de lado proposições que, aos olhos de alguns dos *framers*, poderiam desequilibrar a relação de forças entre Estados federados e poder central¹⁸. Daí que a corrente denominada *antifederalista* se opôs a qualquer medida que viesse a contribuir para o fortalecimento da

¹⁷ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*, op. cit., p. 102.

¹⁸ MCBAIN, Howard Lee. *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: MacMillan Company, 1948. p. 238-239; VALDÉS, Roberto L. Blanco. El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 2, p. 40, 2000.

União em detrimento das unidades federativas, o que poderia ser facilitado caso a Suprema Corte utilizasse seu poder para expandir a jurisdição federal¹⁹.

William Nelson relata que não havia dúvidas entre os convencionais acerca dos poderes inerentes à Corte para invalidar atos dos Estados contrários à Constituição. Por outro lado, realça a ausência de acordo quanto à outorga de poderes ao Judiciário para rever atos legislativos federais:

*The possibility of the Court's exercise of this power had been mentioned at the Convention and discussed during the ratification debates, and some state courts had already asserted an analogous power to review the acts of their own legislatures. But the power of judicial review was somewhat controversial in 1787 and 1788, and no effort was made in connection with the adoption of the federal Constitution to get the controversy resolved.*²⁰

E assim foi a Constituição de 1787 elaborada, trazendo dispositivos que expressamente subordinam a ordem jurídica dos Estados ao sistema federal, de modo a garantir a unidade da federação, afirmam a supremacia da Constituição, mas nada dizem sobre o poder do Judiciário de invalidar leis, federais ou estaduais, que a esta última contrariem. Nem mesmo ao definir o poder da Suprema Corte, nos arts. 3º e 6º, dos quais se extrai a noção de supremacia da Constituição.

Neste último dispositivo reside a chamada *supreme clause*, elemento que muitos afirmam ser a base teórica do *judicial review*²¹, mas que até meados do

¹⁹ CAREY, George W. The Separation of Powers in United States of America: past and present. *Historia Constitucional*, n. 10, p. 289, 2009. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

²⁰ NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 2. E mais uma vez a noção de que os juízes já detinham, por força da tradição do sistema judicial norte-americano, a prerrogativa de impedir a aplicação de qualquer lei que contrariasse a Constituição foi levantada, de modo a afastar possíveis ampliações de seus poderes. Esse argumento, relata Acosta Sánchez, foi apresentado pelos delegados de Massachusetts ao rejeitar proposta que determinava a participação do Judiciário no exercício do veto presidencial, o que poderia representar um excesso de poderes para os juízes (SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 100-101).

²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 420-424; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 133.

século XIX somente era entendida e aplicada no plano das relações entre União e Estados, nunca entre Legislativo e Judiciário²².

O tema, contudo, continuava orbitando os debates sobre o novo texto e, durante o processo de ratificação que se estendeu pelos dois anos seguintes, algumas luzes foram lançadas sobre ele. Nesse momento vieram a lume panfletos que, posteriormente condensados, deram origem à obra *O Federalista*, coletânea de reflexões de Hamilton, Madison e Jay, em que são discutidas e enfrentadas várias questões cruciais para que se afirmasse a legitimidade da nova Constituição e do sistema federal idealizados.

Alexander Hamilton se debruçou mais detidamente sobre o tema da atuação judiciária em matéria de constitucionalidade das leis. Sempre defensor da possibilidade de os atos legislativos serem declarados nulos em caso de conflito com a Constituição, já durante o período da Convenção da Filadélfia apresentou proposta que assim afirmava. Contudo, talvez influenciado pelas mesmas certezas de outros convencionais – qual seja, de que o reconhecimento de semelhante poder aos juízes seria algo inerente ao sistema do *Common Law* –, em momento algum fez menção de conferir de forma expressa semelhante prerrogativa aos tribunais²³.

De fato, mesmo ao tratar da possibilidade de o poder concedido ao governo ser excedido, violando, por conseguinte, a Constituição, tema do *paper* 33 da coletânea *O Federalista*, nada disse sobre a eventual possibilidade de o Judiciário ser chamado a interferir²⁴. O assunto só foi abordado no *paper* 78, no qual, finalmente, respondendo a críticas recebidas, lançou as bases para a defesa do *judicial review of legislation*.

Sua tese se funda em dois aspectos. De um lado, sustenta a vantagem em se outorgar a tarefa do controle aos tribunais em razão de esses não deterem mecanismos capazes de constranger os demais Poderes, exceto sua própria autoridade. Como *o menos perigoso dos Poderes*, o Judiciário, ao zelar pela integridade da Constituição, não representaria ameaça ao equilíbrio de forças

²² SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 105-106.

²³ Em verdade, sua proposta limitava-se a afirmar a invalidade de todas as leis dos Estados que confrontassem a legislação ou a Constituição Federal (SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 101).

²⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003. p. 199-200.

ou à liberdade geral (“[...] ainda que os Tribunais de Justiça possam, algumas vezes, exercitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral...”). Em segundo lugar, argumenta que a supremacia constitucional é fruto de uma opção do povo, o que implica na subordinação de todas as autoridades, inclusive o corpo legislativo. Assim, não há superioridade de um poder em relação a outro, mas da vontade popular face a todos²⁵.

Relembra, então, a premissa inerente ao sistema do *Common Law* segundo a qual é tarefa dos juízes interpretar os textos e, assim, definir os sentidos das normas jurídicas, o que deve ser feito à luz dos parâmetros traçados na Constituição (“A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo”²⁶). Daí, conclui, mesmo não estando tal prerrogativa expressa na Constituição, esta seria facilmente aferível a partir da noção de soberania constitucional e da tradição do *Common Law*:

[...] não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições.²⁷

A defesa de Hamilton buscava assegurar a ratificação do projeto constitucional submetido aos Estados, em um modelo que não comportava revisões textuais, de sorte que pouco mais disse acerca do assunto, além de insistir na desnecessidade de sua expressa previsão normativa, posto que inerente ao sistema jurídico adotado²⁸. E, de fato, assim como na *U.S. Constitutional*

²⁵ *Ibidem*, p. 458-460.

²⁶ *Ibidem*, p. 460.

²⁷ *Ibidem*, p. 459-460. Alguns autores, como Roberto Blanco Valdés, ao analisar esse aspecto da teoria constitucional de Hamilton, preferem reduzir o tema a uma questão de *rigidez*, pelo que o *judicial review* atuaria como mecanismo capaz de meramente garantir a superioridade formal da Constituição, no que parece ser uma compreensão estreita acerca de uma das bases desse instituto, tão fortemente vinculado à ideia de soberania popular (VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos*, op. cit., p. 45).

²⁸ No *paper* 81 é repetida a tese de que a Constituição é o parâmetro interpretativo a partir do qual se infere a validade das demais leis, reconhecendo-se, contudo, que não há, no texto em discussão, qualquer

Convention, também durante o processo de ratificação foi conferido muito maior interesse à relação de forças entre Estados e União, restando em segundo plano o tema do *judicial review*.

2 A DECISÃO NO CASO *MARBURY VS. MADISON* E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1 CONSTRUINDO *MARBURY VS. MADISON*

No novo País os juízes seguiram se comportando como antes, qual seja, decidindo casos concretos com base em precedentes, construindo normas jurídicas por meio de um processo interpretativo realizado a partir de referenciais oferecidos tanto pela tradição quanto pela Constituição.

Levou alguns anos até que as primeiras discussões acerca da validade de atos legislativos à luz da Constituição chegassem à Suprema Corte. Não, ainda não foi o caso *Marbury vs. Madison*. Antes dele, entre 1796 e 1798, em três ocasiões a Corte foi chamada a analisar a conformidade de leis: em 1796, no caso *Ware vs. Hylton*, lei do estado da Virginia foi questionada em face do tratado internacional; também em 1796, no caso *Hylton vs. United States*, afirmou a validade de lei federal confrontada com a Constituição Federal; e, em 1798, em *Hollingsworth vs. Virginia*, proclamou a invalidade de uma lei federal por contrariar a Constituição. Em nenhum desses casos qualquer dos juízes declinou os fundamentos sobre os quais sustentava seu poder ou fez alguma consideração acerca da natureza de sua decisão. Simplesmente julgaram²⁹.

Na década de 1790, a Suprema Corte norte-americana deu continuidade à *prática* de julgamentos nos quais a validade de leis em face de uma norma superior era analisada. Não se ocupou, contudo, em justificar sua conduta ou buscar fundamentos capazes de a legitimar. Essa tarefa somente foi cumprida por John Marshall ao decidir o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 (daqui em diante simplesmente *Marbury*), ocasião em que, manifestando-se em *obiter dictum*, lançou as bases conceituais que permitiram o futuro desenvolvimento de uma *teoria do judicial review*³⁰.

passagem que o afirme expressamente. Esse dado, porém, não retira dos juízes a possibilidade de assim agir, posto que semelhante faculdade se encontra inscrita na própria teoria constitucional (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, op. cit., p. 474).

²⁹ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 110-111.

³⁰ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29. A decisão também pode ser encontrada em arquivo eletrônico: Sentencia *Marbury*

Na parte final de seu voto, após ter analisado e concordado com a pretensão de William Marbury a ser empossado no cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia, Marshall responde à questão sobre se a Suprema Corte seria competente para analisar a demanda. Põe-se, então, a questionar a possibilidade de as competências originárias do Tribunal, definidas constitucionalmente, serem remanejadas, o que houvera acontecido por força de lei que atribuía a prerrogativa de conceder alvarás de *mandamus* a funcionários públicos (Seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789). Era preciso definir se “[...] uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país [...]”³¹.

Marshall tinha como certa a supremacia constitucional e a consequência direta quanto a ser “[...] *nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível*”. Também reconhecia ser da essência do Poder Judiciário verificar “[...] se uma lei está em oposição com a Constituição”. Logo, se “[...] os tribunales teem por missão atender à Constituição e observá-la e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”³². Daí que conclui ser “[...] principio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é *nulla* qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunales, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento”³³.

Em síntese, a decisão de Marshall sustenta a limitação dos Poderes, a supremacia constitucional, a prerrogativa dos juízes de interpretar as leis em conformidade com a Constituição e o poder de rever os atos contrários à ordem suprema como uma prerrogativa inerente ao sistema constitucional e à forma de respeito à *supreme clause*. Em poucas laudas foram sistematizadas as ideias que já há tempos compunham as bases da teoria constitucional norte-americana, originadas na tradição inglesa do *Common Law* e no modelo de soberania popular e divisão de Poderes, de matiz contratualista, incorporados ao sistema estatal daquele país.

vs. Madison. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/04/Numero04.html>>. Acesso em: 18 maio 2015.

³¹ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*, op. cit., p. 24. Marshall curiosamente inverteu a ordem de análise das questões, enfrentando primeiro o mérito para, ao final, decidir a questão preliminar de competência da Corte. Assim, afirmou que Madison agira ilegalmente ao negar posse a Marbury; que esse poderia utilizar o *mandamus* como instrumento para compelir a autoridade pública a atender seu pleito; mas que não seria possível à Corte decidir, por lhe faltar competência.

³² *Ibidem*, p. 25-26.

³³ *Ibidem*, p. 29.

O voto proferido por John Marshall não trouxe inovações conceituais, visto que os argumentos sintetizados anteriormente já eram correntemente reconhecidos como a base do *judicial review*. No entanto, mesmo sem propor inovações conceituais ou práticas ao modelo, foi objeto de severas críticas. Isso porque era um tempo em que ainda reinava a preocupação em firmar o sistema federativo e a preponderância do poder central, bem como a autoridade da Suprema Corte e do próprio Judiciário. Além disso, vivia-se um momento de forte antagonismo entre as duas principais correntes políticas, Federalistas (grupo ao qual Marshall pertencia) e Republicanos (facção de Jefferson, o novo Presidente que derrotou, no pleito de 1800, o governo ao qual Marshall pertencia).

Nesse sentido, Bruce Ackerman aduz que a análise do caso *Stuart vs. Laird* é essencial para evidenciar as reais intenções por trás da decisão de Marshall, cuja preocupação central teria sido a discussão dos fundamentos do *judicial review*. Assim como em *Marbury*, no caso *Stuart vs. Laird*, também julgado em 1803, questionava-se a competência dos juízes da Corte, que houvera sido alterada com a nomeação de juízes permanentes para os Tribunais de Circuito (cargo até então exercido cumulativamente pelos magistrados da Suprema Corte), ao final do governo federalista de Adams. Jefferson, seu sucessor na Presidência da República, se opunha a essa alteração e buscava afastar os novos juízes, na esteira de sua campanha por reestruturar o Judiciário, reduzindo a predominância dos Federalistas.

No caso *Marbury*, sob a condução de Marshall, a Corte se recusou a admitir que uma lei alterasse suas competências constitucionais, criando atribuição não prevista originalmente. Já, no caso *Stuart* (no qual Marshall não manifestou as razões de seu voto), a mesma Corte, no mesmo momento, afirmou válida a lei que retirou de seus juízes uma competência, entregando-a a um corpo permanente de magistrados responsáveis pelos Tribunais de Circuito. Neste caso, foi Relator o Juiz Paterson, federalista histórico que houvera participado da Convenção da Filadélfia³⁴.

Fica claro, portanto, que o problema central não era a salvaguarda da Constituição e sua definição de competências para a Suprema Corte.

³⁴ ACKERMAN, Bruce. *Marbury vs. Stuart. Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, p. 172-174 e 182-189, 2006.

A decisão *Marbury* pode ser identificada como uma oportunidade para a defesa dos valores que orientaram a corrente federalista, predominante nos primeiros anos de vida independente, contra as tentativas reformadoras do grupo republicano capitaneado por Thomas Jefferson, eleito Presidente no pleito de 1800 sobre uma plataforma que refutava um modelo de governo que entendia voltado ao atendimento dos interesses das elites mercantis. Na leitura de Leda Boechat Rodrigues:

Ao declarar inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, visava Marshall fim meramente político, mostrando, através da discussão de mérito, haver Jefferson cometido uma ilegalidade, mas falecer à Corte, por uma questão preliminar, de falta de jurisdição, competência para corrigi-la. Na verdade, ele próprio aplicara tal disposição, em 1794, num caso em que estava envolvido o Secretário da Guerra Henry Knox.³⁵

Neste sentido, muito mais que uma tentativa de fundar em bases conceituais a jurisdição constitucional norte-americana, o caso *Marbury vs. Madison* representou o ápice de uma batalha política pela afirmação não apenas do Judiciário, mas de toda linhagem federalista, em cujo nome os juizes da Suprema Corte falavam³⁶.

Ultrapassado esse momento, nos longos anos durante os quais permaneceu à frente do Tribunal, a grande tarefa assumida por Marshall consistiu em assegurar a supremacia da ordem jurídica e, conseqüentemente, do poder político federal em face dos Estados. Marshall não voltou a desafiar o governo federal, mesmo seguindo firme em sua missão de conferir ao Judiciário a importância que entendia devida no cenário institucional norte-americano,

³⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 38.

³⁶ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-100. Sobre os embates políticos que marcam esse período, descreve Ackerman a maneira como os juizes da Suprema Corte participaram ativamente da campanha presidencial de 1800, colocando-se abertamente ao lado dos federalistas. Os juizes “[...] hicieron una vigorosa campaña a favor de Adams y Pinckney, transformando sus solemnes cargos como jurado en discursos políticos partidaristas. Persiguieron agresivamente a los editores republicanos al amparo de la Ley de Sedición, despertando las voces de la oposición en un momento crucial. Para hacer los problemas aún más ominosos, la Corte había sido en ese momento reforzada con el nombramiento, a última hora, de un presidente cuyo reciente cargo como secretario de Estado no prometía – por decirlo suavemente – moderación” (Ackerman, Bruce. *Marbury vs. Stuart*, op. cit., p. 167).

sendo-lhe atribuída responsabilidade decisiva pelo progressivo fortalecimento do poder nacional e pela sobrevivência dos ideais federalistas³⁷.

2.2 A RESSIGNIFICAÇÃO DE *MARBURY VS. MADISON*

Cumprida sua tarefa inicial, *Marbury* caiu em sono profundo, não sendo invocado como precedente durante longos 84 anos. Isso não implicou, contudo, na ausência de decisões acerca da validade de leis. Entre 1803 e 1857, diversas leis estaduais foram invalidadas e, em 1857, no julgamento do caso *Dred Scott vs. Sandford*, novamente uma lei federal. Nesse caso, por muitos reputado como um trágico erro que contribuiu para deflagrar a guerra civil norte-americana, talvez imaginando a repercussão negativa de seu julgamento, o Tribunal cuidou de se escudar em precedentes capazes de justificar suas escolhas, francamente segregacionistas e atentatórias aos direitos de minorias, mas não se lembrou, ainda, de *Marbury*³⁸.

Foi apenas em 1887, no julgamento do caso *Mugler vs. Kansas*, que a Suprema Corte despertou *Marbury* de seu sono. Referido em *obiter dictum*, o precedente serviu para justificar a doutrina do *substantive economic due process*. E uma década depois, no caso *Pollock vs. Framer's Loan & Trust Co.*, de 1895, finalmente *Marbury* assumiu o papel que viria a caracterizá-lo pelos quarenta anos seguintes: servir de esteio para a defesa do mais vigoroso liberalismo econômico³⁹. Operou-se, nesse momento, sua resignificação e começou a ser construída a mística em torno das palavras de Marshall. Foi então que *Marbury* passou a ser considerado o marco inaugural do *judicial review*.

O resgate de *Marbury* não buscou reafirmar a prerrogativa dos juízes de apreciar a validade de leis em face da Constituição (o que jamais foi questionado por qualquer dos *justices* que sucederam a Marshall⁴⁰), mas justificar um papel francamente político para o Judiciário, posto a serviço de uma resistência

³⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o direito constitucional americano*, op. cit., p. 22-23.

³⁸ NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 84/87-88. Esse precedente ilustra o período em que Roger Taney permaneceu à frente da Suprema Corte (1837-1867), tempo marcado por uma gradual ruptura com o modelo de seu antecessor, Marshall. Nessa fase, inicia-se a caminhada pela redução da interferência estatal, priorizando a liberdade individual, especialmente na esfera econômica (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional, op. cit., p. 106).

³⁹ NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 90; RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, op. cit., p. 114-115.

⁴⁰ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 114.

conservadora. Para Thomas Grey, os rumos seguidos pelo *judicial review* a partir desse instante divergem tanto do que se discutiu em *Marbury* que este caso dificilmente poderia ser apontado como paradigma estruturante do sistema de jurisdição constitucional que se implantou na América do Norte a partir do caso *Dred Scott*⁴¹.

Diversos autores corroboram essa tese, segundo a qual a natureza política do *judicial review* não compunha sua conceituação originária, tendo sido, em verdade, incorporada pela prática da segunda metade do século XIX. Assim se lê em William Nelson:

*Like Snowiss, as well as Clinton and Hobson, I do believe that judicial review in Marbury, which granted judges authority to decide only issues of law and directed them to avoid political decision making, differed significantly from judicial review as it is practiced today, when judges frequently make choices of policy.*⁴²

A partir de então, a Suprema Corte passou a empunhar *Marbury* como uma justificativa em sua caminhada rumo à consolidação da *supremacia judicial*, o que, de certa forma, era em parte o que buscava Marshall no longínquo ano de 1803.

Nas décadas que se seguiram, seu papel no cenário político se alargou progressivamente, tomando para si a defesa da propriedade privada e da liberdade individual diante de escolhas legislativas que pudessem confrontar a tradição liberal dos primeiros tempos. O ativismo político da Corte em fins do século XIX traduzia a defesa de um liberalismo econômico fundado na noção smitiana de *laissez-faire*. A manifestação mais emblemática desse período foi proferida no caso *Lochner vs. New York*, em 1905, pela qual se firmou o postulado da não intervenção do Estado no domínio econômico, pouco importando o amplo apoio popular à legislação que tentava apontar o país em sentido contrário⁴³. Sempre invocando seu papel de defensor da Constituição, tal qual preconizara Marshall cem anos antes...

⁴¹ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? In: GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 103-104.

⁴² NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 7.

⁴³ *Ibidem*, p. 89.

Entre as décadas de 1880 e 1930, o Tribunal barrou sistematicamente as tentativas do Congresso de implementar sistemas de proteção social, ignorando a crescente demanda social pela defesa de minorias e redução da desigualdade. Em sucessivas ocasiões a Corte forneceu motivos para justificar a expressão *governo de juízes*, alcunhada por Edouard Lambert⁴⁴ para denominar o processo de apreensão constitucional, em um movimento pelo qual “[...] *no sólo se proclamaba supremo intérprete ‘del derecho de la Constitución’, sino que a renglón seguido afirmaba que sus pronunciamientos constitucionales eran parte de ese mismo derecho*”⁴⁵.

O auge desse processo, contudo, ainda estava por vir. Durante o governo de Franklin Delano Roosevelt, o conservadorismo da Corte falou mais alto e, entre os anos 1934 e 1936, doze leis federais que instituíam mecanismos de proteção social e intervenção estatal no domínio econômico foram invalidadas⁴⁶. A enfática reação por parte do Executivo provocou uma radical mudança de postura na Suprema Corte, que passou a aceitar o novo modelo político orientado ao bem-estar social. Segundo Ackerman, “no início dos anos 40, a Corte liderada por Harlan Fiske Stone tratava a era jurisprudencial anterior como se esta tivesse sido definitivamente repudiada pelo povo estadunidense”⁴⁷.

A guinada ideológica, por outro lado, não implicou em um abrandamento da convicção acerca de seu papel político. Entrando nos anos 1950 sob a presidência de Earl Warren, o Tribunal embrenhou-se em uma de suas fases mais produtivas, afirmando a jurisdição constitucional como um mecanismo para transformação social e defesa de direitos e liberdades, especialmente de grupos politicamente minoritários. Especialmente em suas decisões iniciais (onde se destacam os casos *Brown vs. Board of Education*, de 1954, e o subsequente caso *Cooper vs. Aaron*, de 1958, no qual o Tribunal afirmou sua autoridade

⁴⁴ A luta dos Tribunais norte-americanos contra a legislação social encontra-se descrita em LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard & Cia., 1921. p. 16-20; 67-69.

⁴⁵ RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, op. cit., p. 120. Escrevendo nos anos de 1920, Maurice Hauriou expressa a preocupação que o ativismo judicial norte-americano causava na França e em boa parte da Europa, assustadas com o forte papel político desempenhado por aqueles juízes, especialmente com respeito à legislação sobre direitos sociais (HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 338-339).

⁴⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 439; SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 123-124.

⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional, op. cit., p. 107.

frente às resistências impostas ao cumprimento da decisão *Brown*), *Marbury* foi providencialmente lembrado e apresentado como fundamento de sua força e autoridade⁴⁸.

Já estava completa sua ressignificação. Se, em 1803, fora uma afirmação dos fundamentos para o controle judicial da validade de leis, garantindo a supremacia da Constituição Federal, em meados do século XX era um instrumento legitimador do poder político de uma Corte que avançava firme em um processo de apreensão constitucional. *Marbury* servia, então, de sustentáculo para a soberania judicial que se implanta e promove “[...] una metamorfosis del Derecho Constitucional de los Estados Unidos bajo la acción continua y ‘constituyente’ del Tribunal Supremo”⁴⁹.

E assim, frequentemente empunhando *Marbury* como um *talismã*, os Tribunais americanos afastam-se de sua missão originária para se assumirem como cortes políticas, prontas para entrar em confronto com o Presidente ou o Congresso toda vez que seus próprios parâmetros de validade e correção não sejam atendidos. E sempre que a Suprema Corte vislumbra qualquer risco à sua autoridade, lembra de *Marbury* como último e inapelável fundamento de seu poder: “*Marbury es intemporal y poco importa que, como de vez en cuando se recuerda, la doctrina contenida en la sentencia haya sido en su mayor parte modificada [...] por la práctica y por decisiones posteriores*”⁵⁰.

Percebe-se que a realidade construída ao longo das décadas fez com que *Marbury* acabasse por assumir a forma de *Janus*, a figura mitológica que, com suas duas faces, contempla simultaneamente o passado e o futuro.

Na formação do *judicial review*, *Marbury* tem um papel relevante, mas certamente não essencial. O sistema já existia e continuaria produzindo suas decisões acaso este precedente não tivesse sido firmado. Marshall não inovou nem rompeu tradições; ao contrário, as reafirmou e fortaleceu. Nessa perspectiva,

⁴⁸ A partir dos anos 1940, a Suprema Corte assume por foco a valorização dos direitos dos cidadãos, o que se expressa pela proteção a grupos minoritários (negros, mulheres), proteção dos indivíduos contra o poder estatal, garantias do processo justo ou valorização do direito à autodeterminação sexual, familiar ou religiosa. A análise das causas e dos fundamentos dessa mudança, embora extremamente relevante, não deve ser desenvolvida nesse momento. Fica, assim, a referência, entre outras, à obra de EPP, Charles R. *The Rights Revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

⁴⁹ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 126.

⁵⁰ RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, op. cit., p. 121-122.

o caso seria apenas mais um elo em uma longa cadeia de precedentes, não mais essencial que os demais.

Por outro lado, a face que mira o futuro é capaz de ver como *Marbury* foi sendo relido e ressignificado, incorporando funções que Marshall dificilmente poderia ter antecipado. A posição de ascendência que o Judiciário norte-americano, capitaneado pela Suprema Corte, assumiu perante os demais Poderes, além do domínio quase absoluto que passou a exercer sobre a Constituição, foi frequentemente justificada com base nesse precedente.

E assim segue a sociedade norte-americana discutindo a legitimidade dos poderes avocados pelos juízes, questionando-se a capacidade de uma microscópica elite intelectual se apresentar como única capacitada a identificar o que diz a Constituição. Mas, sempre que essas dúvidas forem lembradas, *Marbury* poderá ser novamente invocado para defender a autoridade da Suprema Corte.

CONCLUSÃO

É evidente que a tarefa de sustentar em bases racionais a legitimidade do *judicial review* passa por um sem número de fatores, transbordando a simples discussão acerca de um precedente que, como visto, nem deveria ser tão relevante assim. O debate sobre a amplitude de *Marbury vs. Madison* não se restringe, por certo, ao caso em si, perpassando toda a celeuma que envolve outorgar aos juízes a tarefa quase exclusiva de interpretar a Constituição e, em sua defesa, invalidar leis. Afinal, em sua origem, *Marbury* não trouxe grandes inovações teóricas nem rompeu paradigmas, como visto.

A proporção que esse caso assume no processo de afirmação do Judiciário como uma instância relevante, capaz de se equiparar e mesmo suplantar, eventualmente, os poderes políticos, decorre de um conjunto de circunstâncias históricas e disputas por poder. *Marbury* compõe indiscutivelmente a base conceitual de toda prática de um ativismo constitucional que se desenvolve ao longo de mais de um século, culminando no momento vivido hoje, com a participação constante das Cortes Constitucionais nas mais relevantes decisões dos países.

Mesmo passado tanto tempo desde a sessão de julgamento que imortalizou o Juiz John Marshall, ainda é pertinente e necessário revisitar *Marbury*. Afinal, como demonstrado, não é possível que a jurisdição constitucional, no cumprimento da tarefa de fortalecer os alicerces conceituais que conferem suas

bases de legitimidade, especialmente em cenários onde avulta a preocupação em promover princípios democráticos, se contente em continuar torcendo os sentidos originários daquele precedente.

Em outras palavras, a busca pelos fundamentos de legitimidade da jurisdição constitucional deve ir além de *Marbury* e sua constante invocação precisa ser cercada de cuidados, sob risco de poderes excessivos e mesmo antidemocráticos acabarem sendo concentrados nas instâncias judiciais.

REFERÊNCIAS

ABERNATHY, Charles F. The lost European aspirations of U.S. constitutional law. *German Law Journal*, v. 4, n. 6, June 2003. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

ACKERMAN, Bruce. *Marbury vs. Stuart*. Trad. Maria Valvidares. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, 2006.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOYER, Allen Dillard. Understanding, Authority and Will. Sir Edward Coke and the elizabethan origins of judicial review. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, 1998.

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

CAREY, George W. The Separation of Powers in United States of America: past and present. *Historia Constitucional*, n. 10, 2009. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 (fac-símile da edição original de 1909).

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

GARCÍA-PEJAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? In: GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

HAURIU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HAYEK, Friedrich A. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964.

LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard & Cia., 1921.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento monárquico. O poder moderador e o pensamento político imperial. Tese de Doutorado em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ. Rio de Janeiro, 2007.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. *Washington University Law Review*, v. 70, Issue 1, January 1992. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MCBAIN, Howard Lee. *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: MacMillan Company, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

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

RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, 2006.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley*. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Trad. Carlos Cerrillo Escobar. Madrid: Daniel Jorro, t. I, 1911.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos*. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 2, 2000.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

Submissão em: 02.08.2016

Avaliado em: 04.09.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.09.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 06.12.2017

CAPITALISMO E CONSUMISMO: OS DESAFIOS DO CONSUMO SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

CAPITALISM AND CONSUMERISM: THE CHALLENGES OF SUSTAINABLE CONSUMPTION IN CONTEMPORARY SOCIETY

Maria Beatriz Oliveira da Silva¹

Professora de Direito e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Santa Maria/RS, Brasil)

Valdirene Silveira Flain²

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Santa Maria/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito do consumidor.

RESUMO: O consumismo é a ideologia que permeia a sociedade contemporânea, que visa mais aos valores e significados dos produtos que consomem do que à real satisfação das necessidades. A

ideologia capitalista está voltada para interesses mercadológicos, com vistas à obtenção do lucro. Em uma dinâmica insustentável de insaciabilidade, voracidade e subestimação da natureza e da humanidade, as pessoas consomem produtos desnecessários, o que aumenta

¹ Doutora em Direito com tese defendida em Direito Ambiental no Crideau (Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental e Urbanismo da Universidade de Limoges, França), sob a orientação do Professor Michel Prieur. Mestrado em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Graduação em Direito e Letras. Pesquisadora do CNPq e Coordenadora do Projeto Direito, Marxismo e Meio Ambiente. Coordenadora dos projetos de extensão "O Direito Achado na Rua" e "Direito em Canto & Verso" na UFSM. *E-mail:* biabr@hotmail.fr. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9250920062835623>>.

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global - Linha de Pesquisa: Direitos na Sociedade em Rede. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito. Membro do Centro de Estudos e Pesquisa em Direito e Internet (Cepedi). Pesquisadora. Advogada. *E-mail:* valflain@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/0672435671979149>>.

o descarte de resíduos. A pesquisa pretende, por meio do método dialético, fazer uma análise dos limites e as possibilidades de se estabelecer uma consciência ética voltada ao consumo sustentável na sociedade contemporânea, em face do consumo excessivo ditado pelo sistema capitalista. Utilizou-se o método monográfico para a seleção da bibliografia. Dividiu-se o trabalho em dois principais capítulos. O primeiro trata da ideologia capitalista na sociedade contemporânea. No segundo, analisam-se os limites e as possibilidades de se estabelecer uma consciência ética, voltada para o consumo sustentável nessa mesma sociedade. Assim, compreende-se que por meio da informação e educação para o consumo é passível de estabelecer uma nova consciência ética voltada para o consumo sustentável, capaz de manter a harmonia entre o homem e a natureza.

ABSTRACT: *Consumerism is the ideology that permeates contemporary society, which aims to further the values and meanings of the products they consume, than the actual satisfaction of needs. Capitalist ideology is focused on market interests, in order to obtain profit. An unsustainable dynamic of insatiability, greed and underestimation of nature and humanity, people consume unnecessary products which increases waste disposal. The research intends, through the dialectical method, to analyze the limits and possibilities of establishing an ethical conscience focused on sustainable consumption in contemporary society, in view of the excessive consumption dictated by the capitalist system. We used the monograph method for the selection of the bibliography. The work was divided into two main sections. The first deals with the capitalist ideology in contemporary society. In the second, we analyze the limits and possibilities of establishing an ethical awareness, focused on sustainable consumption in this same society. Thus, it is understood that through information and education for consumption it is possible to establish a new ethical conscience aimed at sustainable consumption, capable of maintaining harmony between man and nature.*

PALAVRAS-CHAVE: consumismo; capitalismo; sustentabilidade.

KEYWORDS: *consumerism; capitalism; sustainability.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ideologia capitalista do consumismo na sociedade contemporânea; 2 Limites e possibilidades do direito à informação como balizador para um consumo sustentável; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Ideology capitalist of consumerism in contemporary society; 2 Limits and possibilities of the right to information as facilitator for a sustainable consumption; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Com o final da Guerra Fria e a predominância do sistema capitalista, sobreveio o desenvolvimento tecnológico que possibilitou um amplo progresso industrial e a transformação na forma de produção e distribuição de produtos, e da própria vida em sociedade. Isso porque no sistema capitalista a capacidade de produção se tornou ilimitada, com o objetivo de induzir ao consumo e obter lucros cada vez maiores, soterrando as antigas formas de produção social. Para atingir esse fim, o capitalismo se utiliza de meios ideológicos, tecnológicos e sociais capazes de intensificar o consumo, aumentar os rendimentos, monopolizar os meios de produção e acumular capital nas mãos de poucos.

A sociedade contemporânea, apelidada de sociedade de consumo, atende aos apelos e à ideologia do sistema capitalista, e consome excessivamente, muitas vezes sem uma real necessidade. Nessa sociedade, o consumismo é induzido pela grande oferta de produtos e pela publicidade que cria a necessidade de adquirir novos objetos e satisfazer desejos, fortalecendo identidades individuais e laços sociais por meio da aquisição de bens. Nessa sociedade, a ideologia capitalista atribui sentido aos objetos e os usos que são atribuídos a eles representam os símbolos de uma necessidade de pertencimento a um grupo. Dessa forma, a ideologia capitalista legitima o consumismo, favorece e permite essas realizações e aposta no consumo como elemento de progresso. Assim, o consumo é padronizado e molda as relações entre os indivíduos.

Nessa lógica, o aumento do consumo desenvolve a economia e a sociedade, gerando lucro ao comércio e às grandes empresas, aumenta o número de vagas de emprego e a renda do trabalhador. No entanto, em contrapartida, esse consumo excessivo resulta em acúmulo de resíduos na natureza e mais exploração de recursos naturais, inclusive em países pobres, causando a degradação dos ecossistemas e das economias locais, para transformar em matéria-prima. Nessa perspectiva, a presente pesquisa propõe uma reflexão sobre os limites e as possibilidades de se estabelecer, por meio da informação e da educação para o consumo, uma consciência ética voltada ao consumo sustentável na sociedade contemporânea.

Essa é a problemática que o presente trabalho pretende analisar por meio do método dialético, que vai permitir, através da sua ação recíproca, um cotejo entre os limites e as possibilidades de se estabelecer uma consciência voltada a

um consumo sustentável na sociedade contemporânea, com vistas à proteção dos recursos naturais em face do consumismo inconsciente e excessivo ditado pela ideologia capitalista. Para tanto, utilizou-se o método monográfico para a seleção da bibliografia e como técnica de pesquisa, análise bibliográfica, documental e fichamentos.

Dividiu-se o trabalho em dois principais capítulos. O primeiro trata da ideologia capitalista firmemente estabelecida na sociedade contemporânea. No segundo momento, analisam-se os limites e as possibilidades de, por meio da informação e da educação para o consumo, estabelecer uma consciência ética voltada para um consumo sustentável na sociedade contemporânea.

1 A IDEOLOGIA CAPITALISTA DO CONSUMISMO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Neste capítulo, pretende-se fazer uma breve abordagem sobre ideologia e ideologia capitalista, dando ênfase às suas respectivas funções, que transformaram a forma de viver na sociedade contemporânea.

A ideologia se refere à “produção de sentidos explicativos, de significados derivados de uma determinada visão de mundo que, no limite, acaba se comportando como um critério de aprovação ou reprovação das condutas humanas”, como um critério de “definição das redes de afinidades estabelecidas entre os parceiros e adversários em disputas³ políticas que envolvem o cotidiano e o destino da coletividade” (Layrargues, 2003).

Assevera Chauí (2015, p. 6) que a origem do capitalismo só pode ser uma: “O processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de seu trabalho, processo que, por um lado, converte em capital os meios sociais de vida e de produção, enquanto, por outro lado converte os produtores diretos em assalariados”. Por conseguinte, o assalariado é o que se convencionou chamar de “homem livre moderno”. Segundo a referida autora, esse homem moderno se apresenta de duas formas diferentes: como burguês, proprietário privado das condições do trabalho, e como trabalhador, desprovido dessas condições, “liberado” da servidão, mas também despojado dos meios de trabalhar. O capital acumula e se reproduz por meio da exploração do trabalho, “o lado livre

³ Precisam, portanto, contrapor à ideia dominante de nação uma outra, popular, que negue a primeira. Uma história concreta não perde de vista a origem de classe das ideias de uma época, nem perde de vista que a ideologia nasce para servir aos interesses de uma classe e que só pode fazê-lo transformando as ideias dessa classe particular em ideias universais (Chauí, 2015, p. 37).

e espiritual do trabalho é o burguês, que determina os fins, enquanto o lado mecânico e corpóreo do trabalho é o trabalhador, simples meio para fins que lhe são estranhos". Portanto, tem-se, de um lado, a liberdade; do outro lado, "a 'necessidade', isto é, o autômato" (Chauí, 2015, p. 6).

Dessa forma, ao tornar o produtor direto um trabalhador livre e assalariado, o capitalismo transformou a sua força de trabalho em uma mercadoria como outra qualquer, oferecida pelo mercado. Nesse sistema, que é baseado no livre comércio, regido pela lei do valor e pelo capital pertence às empresas privadas, é preciso contratar e explorar essa farta mão de obra produtora, que foi separada das condições de produção, mas não pode parar de produzir e consumir⁴. Isso porque os homens precisam de meios materiais para viver, tais como alimentação, habitação e vestuário, por isso necessitam vender a sua força de trabalho para sobreviver. Nessa relação de exploração do homem pelo homem, pelo fato de os capitalistas possuírem os meios de produção e de subsistência, os trabalhadores são obrigados a vender a sua mão de obra ou ficam incapacitados de viver. Entretanto, ao contrário do burguês que possui a sua disposição os meios de produção e desfruta de tudo que é produzido, esse trabalhador assalariado não pode dispor de tudo que é produzido por ele, inclusive a maioria deles vive na miséria.

A ideologia capitalista se mantém em função da acumulação de grandes quantidades de recursos financeiros nas mãos de poucos e a existência de pessoas livres, mas que não possuem os meios de produção e de subsistência e necessitam vender a sua força de trabalho para poder viver. Em relação ao monopólio dos meios de produção e a exploração do homem pelo homem, importante mencionar as palavras de Chauí (2015, p. 23):

Quando Marx afirma que as relações sociais capitalistas aparecem tais como são, que o aparecer e o ser da sociedade capitalista se identificaram, ele o diz porque houve uma gigantesca inversão na qual o social vira coisa e a coisa vira social. t: isto a realidade capitalista. Uma pergunta nos vem agora: Por que os homens conservam essa realidade? Como se explica que não percebam a retificação? Como

⁴ O consumo excessivo leva à exploração sem limites dos recursos naturais, inclusive em países pobres, causando a degradação dos ecossistemas e das economias locais, afastando os trabalhadores do seu próprio meio de subsistência. Esses trabalhadores, ao ficarem sem os seus meios de subsistência, irão migrar para áreas industriais e venderão a sua mão de obra para sobreviver.

entender que o trabalhador não se revolte contra uma situação na qual não só lhe foi roubada a condição humana, mas ainda é explorado naquilo que faz, pois seu trabalho não pago (a mais-valia) é o que mantém a existência do capital e do capitalista? Como explicar que essa realidade nos apareça como natural, normal, racional, aceitável? De onde vem o obscurecimento da existência das contradições e dos antagonismos sociais? De onde vem a não percepção da existência das classes sociais, uma das quais vive da exploração e dominação das outras? A resposta a essas questões nos conduz diretamente ao fenômeno da ideologia.

Dessa maneira, a ideologia capitalista mantém os trabalhadores presos, sem resistência ao que lhes é oferecido. Assim, esses trabalhadores, dominados, levaram a sério o que os burgueses, dominadores, propõem e insistem na ideologia que os escraviza. Nesse sentido, a ideologia teria a função geral de integração e coesão social, legitimando, entre outras coisas, as ideias hegemônicas das classes dominantes de cada época. Significa dizer que a classe que possui a força material, os meios de produção e, ao mesmo tempo, a força “espiritual” dominante, isto é, a fonte de produção ideológica simbólica dita as regras e os comportamentos sociais (Chauí, 2015, p. 37).

A função da ideologia hegemônica é a de ocultamento da realidade, por meio da “inversão” da consciência, causando alienação e sendo capaz de neutralizar movimentos subversivos, de ideologia contra-hegemônica, ameaçadores do *status quo*, da ideologia hegemônica dominante. Aproveitando-se da alienação, a ideologia hegemônica promove a apropriação da ideologia contra hegemônica e incorpora elementos menos ameaçadores, por meio da desarticulação e rearticulação, mas abdica dos elementos contestatórios altamente ameaçadores passíveis de comprometer o núcleo ideológico dominante. Assim, no embate entre ideologia hegemônica⁵ e contra-hegemônica, na busca de fundamentar

⁵ Com esse discurso, a ideologia hegemônica consegue adesão social e se consolida o consenso universal de que todos, indistintamente, somos culpados e ninguém pode culpar ninguém, especificamente, pela crise ambiental. São reveladas verdades parciais pela ideologia hegemônica, pois se tratam de problemas ambientais locais e atuais que ameaçam determinados sujeitos hoje. Da mesma forma, quanto aos conflitos sociais em torno do acesso e uso dos recursos naturais, assim como quanto a revelar que os dominantes são mais responsáveis que os dominados, esses também são mais atingidos pelos riscos ambientais (Layrargues, 2003).

uma visão de mundo que justifique de forma coerente a situação social, cada qual procura apresentar a melhor versão da “verdade”, já que a preocupação é persuadir a fim de conquistar adesão (Layrargues, 2003).

Nessa senda, a lógica capitalista de desenvolvimento transformou os processos de produção, a utilização de máquinas e novas matérias-primas, houve um crescente desenvolvimento motivado por uma ideologia de progresso, mas sem observar as consequências sobre o meio ambiente. A indústria passou a extrair mais bens da natureza e incrementar com tecnologia, produzindo novos produtos e em grande escala, para atender ao aumento gradativo da população⁶ (Junges, 2010, p. 71). O resultado disso vai além da exploração de recursos e do acúmulo e descarte de resíduos, mas inclui as próprias reações químicas e a liberação de rejeitos industriais na natureza, necessárias à transformação da matéria-prima em produto final.

Corroborando, menciona Marcuse (1973, p. 29) que o caráter racional de sua irracionalidade é um dos aspectos mais perturbadores da civilização industrial desenvolvida. Destaca-se, nessa sociedade industrial, além da produtividade e da eficiência, a capacidade para aumentar e disseminar comodidades, converter o resíduo em necessidade e a destruição em construção. Segundo o referido autor, a própria noção de alienação se torna questionável, considerando o grau com que essa sociedade transforma o mundo objetivo em uma extensão da mente e do corpo humanos. Desse modo, transforma, também, o próprio mecanismo que fixa o indivíduo à sua sociedade, visto que o controle social está ancorado nas novas necessidades que ela produziu. Assim, as pessoas passam a se reconhecerem em suas mercadorias e “encontram sua alma em seu automóvel, *hi-fi*, casa em patamares, utensílios de cozinha” (Marcuse, 1973, p. 29).

Dessa forma, a ideologia capitalista está sempre se reinventando, buscando novos significados e justificativas para se manter, e tem na ideologia do consumismo uma grande aliada. Isso porque o consumismo mantém a força material de quem detém os meios de produção, ou seja, a classe dominante. E essa classe dominante é a fonte de produção ideológica simbólica que, por meio

⁶ Nessa senda, para “compreender a sociedade contemporânea, precisamos entender como a cultura vem sendo colonizada pelo capital e como tal colonização tem efeitos devastadores sobre a política, as lutas de resistência e os anseios de emancipação”. O capitalismo global não é somente baseado no conhecimento, mas, ao “canibalizar as culturas”, “ameaça as próprias bases das sociedades porque dissolve a diversidade cultural do planeta através de uma instrumentalização cada vez mais intensa e acelerada” (Santos, 2005, p. 127).

da ideologia do consumismo, difundida pela cultura de massas, concretiza os lucros capitalistas.

Diante do exposto, para uma melhor compreensão do trabalho, neste momento, faz-se necessário discorrer sobre consumo e consumismo na sociedade contemporânea ou sociedade de consumidores. Na “sociedade de consumidores”, “os encontros dos potenciais consumidores com os potenciais objetos de consumo tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas”. Ou seja, o ambiente existencial da “sociedade de consumidores” se distingue por uma reconstrução das relações humanas a partir do padrão, e à semelhança, das relações entre os consumidores e os objetos de consumo”. Ainda, nas palavras de Bauman (2008, p. 19):

Esse feito notável foi alcançado mediante a anexação e colonização, pelos mercados de consumo, do espaço que se estende entre os indivíduos – esse espaço em que se estabelecem as ligações que conectam os seres humanos e se erguem as cercas que os separam. Numa enorme distorção e perversão da verdadeira substância da revolução consumista, a sociedade de consumidores é com muita frequência representada como se estivesse centralizada em torno das relações entre o consumidor, firmemente estabelecido na condição de *sujeito* cartesiano, e a mercadoria, designada para o papel de *objeto* cartesiano, ainda que nessas representações o centro de gravidade do encontro sujeito-objeto seja transferido, de forma decisiva, da área da contemplação para a esfera da atividade.

Quando se trata de atividade, o sujeito cartesiano *pensante* (que percebe, examina, compara, calcula, atribui relevância e torna inteligível) se depara – tal como ocorreu durante a contemplação – com uma multiplicidade de objetos espaciais (de percepção, exame, comparação, cálculo, atribuição de relevância, compreensão), mas agora também com a tarefa de *lidar* com eles: movimentá-los, apropriar-se deles, usá-los, descartá-los.

Nessa lógica, o consumismo é o motor que alimenta e mantém a ideologia da produção voltada ao lucro, é a patologia da sociedade de consumidores, motivada pelo desejo de adquirir produtos sem levar em conta a necessidade, mas somente o valor que eles representam na sociedade e logo descartá-los. Portanto, criam-se necessidades para justificar o consumo, e as pessoas, induzidas pela publicidade, compram compulsivamente e de maneira desordenada e sem nenhum critério (Bauman, 2008). Seguindo na lógica capitalista, Marcuse (1973, p. 63) refere que o crescente produto excedente é criado pela produtividade crescente do trabalho que distribuído permite aumentar o consumo. O autor afirma que, “enquanto prevalecer essa constelação, ela reduzirá o valor de uso da liberdade, não havendo razão alguma para insistir na autodeterminação se a vida administrada for confortável e até ‘boa’”. Segundo ele, o comportamento unidimensional necessita desse terreno racional e material para a unificação dos opostos. Assim, as forças políticas transcendentais *dentro* da sociedade são impedidas, por essa base, e somente do exterior a transformação qualitativa parece possível.

Nesse sentido, Jean Baudrillard (1981) e Zygmund Bauman (2008) asseveram que a sociedade pós-moderna é uma sociedade de consumo, em que tudo se torna “transitório” e, por conseguinte, “descartável”. Ressalta Baudrillard (1981) que a sociedade de consumo surge quando o elemento cultural e ideológico passa a conduzir cada vez mais o processo de consumo. Nesse caso, as necessidades se voltam mais aos valores de uso do que aos “objetos”, e a satisfação se efetiva, primeiramente, por meio da adesão a esses valores. Ou seja, o valor de uso é, no fundo, um alibi para o valor de troca-sigmo.

Bauman (2008) afirma que o novo indivíduo consumista assume características líquidas e busca o prazer imediato ao consumir, e o consumo deixa de ser meramente um elemento de distinção para ser o elemento de inclusão por excelência. O autor refere que para essa nova sociedade não interessa a durabilidade⁷ das mercadorias, já que logo serão descartadas, pois é preciso movimentar o mercado de consumo para a produção de outros objetos inovadores. Por isso, não há lealdade aos objetos adquiridos com a intenção de consumir.

⁷ O ritmo vertiginoso da mudança desvaloriza tudo o que possa ser desejável e desejado hoje, assinalando-o desde o início, como o lixo de amanhã, enquanto o medo do próprio desgaste que emerge da experiência existencial do ritmo estonteante da mudança instiga os desejos a serem mais ávidos, e a mudança, mais rapidamente desejada... (Bauman, 2008).

Por conseguinte, Baudrillard (1981) também apresenta a crítica de que as pessoas, com o passar do tempo, além de consumirem produtos sem uma real necessidade, passaram a desperdiçar mais. Ou seja, têm gastos para consumirem mercadorias desnecessárias. Refere, ainda, o autor que o consumo se transformou na moral do mundo contemporâneo, pois se percebe um esvaziamento das relações humanas. Para preencher esse vazio se busca prazer, satisfação e conforto, consumindo produtos muitas vezes desnecessários ou cujas necessidades são criadas pelo mercado.

Salienta Bauman (2008) que os consumidores recebem grandes quantidades de informativos, de lojas, contendo oferta de mercadorias e precisam adquirir algum dos produtos oferecidos se quiserem manter a posição social e proteger a autoestima. Entretanto, importa destacar que consumo é diferente de consumismo, no consumo as pessoas adquirem somente aquilo que lhes é necessário. Entretanto, o consumismo se baliza pelos gastos excessivos em mercadorias desnecessárias e supérfluas, induzidos pela publicidade. Mas também pelo apego aos bens materiais, que começou a se desenvolver nas décadas anteriores e se fortaleceu na sociedade contemporânea, tendo seu ápice na sociedade atual⁸ (Bauman, 2008).

O consumo descomedido é determinado pelo intenso desejo de reconhecimento social, pela necessidade de fazer parte, a qualquer custo, de um determinado grupo e pelo forte apego a bens materiais. Essas são as características marcantes da sociedade contemporânea, em que o sucesso pessoal é medido pelo grande consumo de bens materiais, acirrado por uma competitividade sem limites: se gasta o que não se tem para parecer o que não é.

No entanto, imperioso referir que esse consumo exagerado está levando o planeta a um ponto crítico, em função da degradação dos recursos naturais. Nessa lógica, se todos tivessem os mesmos níveis de consumo de um cidadão norte-americano, por exemplo, a Terra não suportaria, e seriam necessários quatro planetas Terra. Todavia, temos um planeta Terra, e os norte-americanos que consomem além da média precisariam diminuir a sua pegada, possibilitando

⁸ Além disso, “as sociedades não podem continuar a incorrer no desperdício que conhecemos, degradando sistematicamente a biosfera, multiplicando a poluição, esgotando os recursos que são em quantidade limitada”. Ademais, “nós não somos malthusianos, nós constatamos simplesmente que o crescimento é exponencial, contínuo e – ele mesmo em crise – torna-se necessário conceber uma nova maneira de produzir, consumir e de viver” (Moscovici, 2007, p. 38).

aos que consomem menos usufruir o direito ao acesso a bens de consumo (Junges, 2010, p. 64).

Além do mais, não é concebível que as sociedades continuem a incidir no desperdício, degradando sistematicamente a biosfera, aumentando a poluição e esgotando os recursos ambientais, que são limitados. Portanto, faz-se necessário conceber uma nova maneira de produzir, consumir e viver (Moscovici, 2007, p. 38). Nessa perspectiva, o próximo capítulo vai abordar, brevemente, o tema sustentabilidade, os limites e as possibilidades de se estabelecer uma consciência ética voltada ao consumo sustentável na sociedade contemporânea.

2 LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO BALIZADOR PARA UM CONSUMO SUSTENTÁVEL

Para uma melhor compreensão, este capítulo trata, em um primeiro momento, do conceito de sustentabilidade. Mas, como esse termo não pode ser compreendido de forma isolada, mas de forma contínua, aberta e integrativa, serão abordadas, de forma sumariada, as cinco dimensões de desenvolvimento sustentável. Em um segundo momento, serão abordados os limites e as possibilidades de o direito à informação servir como balizador para se estabelecer uma consciência voltada a um consumo sustentável.

2.1 O CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES

Neste subcapítulo, pretende-se abordar o tema sustentabilidade, principalmente a partir dos autores José Eli da Veiga e Juarez Freitas.

Refere Veiga (2010) que, até o final dos anos 1970, o termo “sustentável” não passava de um “jargão técnico usado por algumas comunidades científicas para evocar a possibilidade de um ecossistema não perder a sua resiliência, mesmo estando sujeito à agressão humana”.

Segundo o referido autor, o termo começou a ser utilizado para qualificar desenvolvimento, nos anos 1980, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no Rio de Janeiro. Todavia, em junho de 1992, a noção de sustentabilidade foi colocada “sob suspeita”, tanto pela direita quanto pela esquerda. Atualmente, com a evolução do termo, o substantivo sustentabilidade, “passou a servir gregos e troianos quando querem exprimir vagas ambições de continuidade, durabilidade ou perenidade”, levando muitos a reclamarem por uma definição precisa, sem levar em conta que se trata de um novo valor (Veiga, 2010).

Importa referir que o termo sustentabilidade não pode ser entendido como conceito e, sim, como um valor, que prescinde da durabilidade de organizações e empresas, mas, ao contrário, o desenvolvimento sustentável pode representar um fenômeno conhecido entre os especialistas como “destruição criativa”. O autor aborda três vertentes da sustentabilidade: a convencional, que afirma que o melhor caminho para se conseguir sustentabilidade seria maximizar o crescimento econômico; a ecológica, que afirma que nações com altíssimo desenvolvimento deveriam começar a planejar uma transição para o modo mais avançado de prosperidade, sem crescimento, “condição estável”; a que está em busca de uma terceira via, considera que a convencional é inconsistente e a ecológica, impraticável. Essa terceira via aposta na progressiva reconfiguração do processo produtivo (Veiga, 2010).

Acrescenta Freitas (2012) que sustentabilidade é princípio e é valor constitucional, de caráter vinculante, que tem o condão de modificar profundamente o nosso modo de ver e praticar direitos e deveres. Revela que o modelo da insaciabilidade e do crescimento econômico ilimitado tem de ceder à economia verde e à sensata visão em longo prazo. Nesse sentido, é um “dever ético e jurídico-político de viabilizar o bem-estar no presente, sem prejuízo do bem-estar no futuro, próprio e de terceiros”. Quanto ao conceito proposto para o princípio da sustentabilidade, segundo Freitas (2012, p. 41):

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. [...] Estão reunidos os elementos indispensáveis para um conceito operacional de sustentabilidade eficaz, a saber: (1) a natureza de princípio constitucional diretamente aplicável, (2) a eficácia (encontro de resultados justos, não mera aptidão para produzir efeitos jurídicos), (3) a eficiência (o uso de meios idôneos), (4) o ambiente limpo (descontaminado e saudável), (5) a probidade (inclusão explícita da dimensão ética), (6) a prevenção

(dever de evitar danos certos), (7) a precaução (dever de evitar danos altamente prováveis, (8) a solidariedade intergeracional, com o reconhecimento dos direitos das gerações presentes e futuras, (9) a responsabilidade do Estado e da sociedade e (10) o bem-estar (acima das necessidades materiais). Nenhum desses elementos pode faltar ao conceito, sob pena de reducionismo indesejável.

No sentido proposto por Freitas (2012, p. 41), percebe-se que o desenvolvimento sustentável não é uma contradição em termos, tampouco se confunde com o delírio do crescimento econômico como fim em si. Conforme o referido autor, se assimilada de forma correta, a sustentabilidade traduz-se em assegurar, hoje, o bem-estar material e imaterial, sem inviabilizar no futuro o bem-estar próprio e o alheio. Ou seja, refere-se à utilização responsável e consciente dos recursos naturais, evitando-se ao máximo os desperdícios e as agressões à natureza. A exploração de forma planejada, mantendo e garantindo que as futuras gerações também possam desfrutar da qualidade desses recursos.

Sendo assim, Freitas (2012, p. 17) propõe que “a sustentabilidade somente poderá ser compreendida como um processo contínuo, aberto e integrativo de, pelo menos, cinco dimensões do desenvolvimento”. Quais sejam: 1) dimensão social; 2) dimensão ética; 3) dimensão ambiental; 4) dimensão econômica; e 5) dimensão jurídico-política.

Conforme o autor supramencionado, a dimensão social da sustentabilidade requer: “a) o incremento da equidade intra e intergeracional; b) a gestão aperfeiçoada de processos, que assegurem condições favoráveis ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, especialmente no atinente a educação de qualidade” (Freitas, 2012, p. 18).

Quanto à dimensão ética da sustentabilidade, essa acolhe: “(a) a ligação de todos os seres, acima do antropocentrismo estrito; (b) o impacto retroalimentador de ações e omissões; (c) a exigência moral de universalização concreta, tópico-sistemática, do bem-estar duradouro” (Freitas, 2012, p. 18).

Na dimensão ambiental da sustentabilidade: a) não pode haver qualidade de vida em ambiente degradado; b) o hiperconsumismo haverá de ser confrontado nos países mais ricos; c) não pode perdurar a espécie humana, sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil (Freitas, 2012,

p. 18). Em relação à dimensão econômica da sustentabilidade, Freitas (2012, p. 18) afirma que:

(a) É indispensável lidar adequadamente com custos e benefícios, diretos e indiretos, bem como efetuar o pertinente *trade-off* entre eficiência e equidade intra e intergeracional; (b) a economicidade implica o combate ao desperdício lato sensu, bem como o incremento da poupança pública, da taxa de investimentos, da responsabilidade fiscal e do limite regulatório do poder (público e privado), tendo toda e qualquer propriedade de cumprir a função (social, econômica e de equilíbrio ecológico); (c) a regulação estatal do mercado precisa acontecer de maneira que a eficiência guarde comprovada e mensurável subordinação à eficácia.

Por derradeiro, a dimensão jurídica da sustentabilidade, que para o presente trabalho é importantíssima, pois “supõe outra concepção de trabalho, consumo e produção, com a ampliação da tutela do consumidor atual e – convém não estranhar do consumidor futuro” (Freitas, 2012, p. 68). Assim, nessa dimensão, a sustentabilidade assume feições de (Freitas, 2012, p. 18):

(a) Princípio constitucional, imediata e diretamente vinculante (CF, arts. 225, 3º, 170, VI), que requer nova interpretação jurídica, conducente ao estado Sustentável, assim como preconizado nos Capítulos 9 a 10; (b) norma que determina, a partir da revisão de titularidades (admitidos os direitos de gerações futuras a eficácia intertemporal de todos os direitos fundamentais (não apenas os de terceira dimensão); (c) critério que permite afirmar a antijuridicidade das condutas causadoras de danos intergeracionais, tais como as práticas deploráveis do patrimonialismo [...].

Percebe-se, pelo que foi exposto, que de alguma forma todas as dimensões estão conectadas, sendo, portanto, necessária uma “agenda permanente que implemente, entre outras providências, o trabalho em rede sinérgica e cooperativa de todos”. Além disso, “a sustentabilidade reclama íntegra e integrada acepção

do desenvolvimento, mormente em face das grandes questões ambientais” (Freitas, 2012, p. 19-20).

Imperioso ressaltar que “a sustentabilidade vincula juridicamente, em sentido forte, porque se trata, em nosso sistema, de princípio constitucional, incorporado por norma geral inclusiva (CF, art. 5º, § 2º), a demandar a sua eficácia direta e imediata”. Assim, “a sustentabilidade vincula juridicamente a liberdade do tomador de decisões (públicas e privadas), ao solicitar a tutela simultânea das gerações presentes e futuras” (Freitas, 2012, p. 20).

Portanto, é preciso repensar o papel do Estado, no sentido de que ele existe para efetivar os direitos relativos à sustentabilidade justa, com prevenção e precaução, para salvar e resgatar, “não para ofender ou prejudicar gerações”. O Estado existe para proteger direitos, para “promover o desenvolvimento durável, não para cultuar o crescimento (hiperconsumista) pelo crescimento. Existe para a cidadania ativa e altiva, não para a insaciabilidade que só faz enganar os consumidores vulneráveis das políticas públicas” (Freitas, 2012, p. 271). Nesse sentido, que o próximo subcapítulo vai abordar os limites e as possibilidades de o direito à informação servir como balizador para o estabelecimento de uma consciência voltada ao consumo consciente, ético e sustentável.

2.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO BALIZADOR DE UM CONSUMO SUSTENTÁVEL

Neste subcapítulo, será abordado, de forma sumariada, o direito à informação como balizador para estabelecimento de um consumo sustentável, em face da ideologia consumerista posta pelo capitalismo. Tal abordagem pretende ser voltada à efetivação do direito de escolha do consumidor e à proteção da dignidade da pessoa humana na seara do consumo na sociedade contemporânea.

Importa referir que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) identifica o consumidor como um novo sujeito de direitos especiais: trata-se da realização de um direito fundamental elencado no art. 5º⁹, XXXII, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, para a proteção e efetivação de direitos deste sujeito, foi

⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” (Brasil, 2015b)

construído, no CDC, um sistema de normas e princípios (Marques, Benjamin, Miragem, 2010, p. 244). Nesse sentido, nos incisos do art. 6^o¹⁰ do CDC estão elencados os direitos básicos do consumidor. No presente trabalho, pretende-se dar destaque ao inciso III, que trata do direito “à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (Brasil, 2015a).

Conforme Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 248), o princípio da transparência é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, conduz do momento pré-contratual até a conclusão do contrato. Assim, a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato, e, se a informação falhar, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido. Ou seja, como reflexo do princípio da transparência, tem-se o dever de informar, amplamente, o consumidor sobre os produtos ou serviços que vai adquirir. O direito à informação vai além, ele assegura a igualdade material e formal para o consumidor frente ao fornecedor, em face do déficit informacional quanto ao produto e serviço, às características, aos componentes e aos riscos. Destarte, a informação deve ser clara e adequada à compreensão de todos, considerando os consumidores mais vulneráveis, como os idosos, doentes e crianças (Marques, Benjamin, Miragem, 2010, p. 248).

Nessa senda, entende-se que um consumidor bem informado sobre os produtos disponíveis no mercado pode exercer com consciência o direito de escolha dos produtos que deseja consumir. Entretanto, mais do que escolher com consciência o que deseja consumir, é importante que o consumo seja sustentável; em outras palavras, o desafio é reduzir os altos níveis de consumo impostos pelo capitalismo.

Ocorre que se o problema é o consumo insustentável, a solução não pode ficar restrita a parte técnica e jurídica, mas deve incluir, também, a ética. Nesse caso, significa a necessidade de rever e mexer nos altos índices de consumo das classes abastadas. No entanto, “quem tem a coragem de atacar esse problema? Qual o governante está disposto a cometer o suicídio político de sugerir maior

¹⁰ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.” (Brasil, 2015a)

equidade no consumo de bens, baixando os níveis de consumo acima da média, se o motor da economia é o consumo?" (Junges, 2010, p. 65).

Todavia, em um cenário de industrialização, desenvolvimento tecnológico, "crescimento econômico e ascensão de mais da metade dos cidadãos à classe média", emerge a "oportunidade de delinear um novo padrão de desenvolvimento". Considerando que os padrões atuais de consumo, são predatórios e insustentáveis, agridem os recursos naturais, estimulando o consumo excessivo e com pouca "preocupação em ofertar tecnologias e produtos menos nocivos ao meio ambiente". Referidas "atitudes acabam por agravar os problemas globais, como as mudanças climáticas, a poluição dos oceanos e a geração de lixo" (Brasil, 2015c).

Segundo Veiga (2010), em nível internacional se vislumbra o surgimento de uma "economia verde". No entanto, é imperioso que a responsabilidade pela conservação dos ecossistemas passe realmente a orientar as políticas governamentais, as práticas empresariais e as escolhas dos consumidores. Concomitantemente, todas as esferas do conhecimento científico devem levar em conta a natureza, pois o problema da exploração de recursos sem limites já ultrapassou a esfera meramente ambiental e deve ser tratada com prioridade por todos os envolvidos e interessados na movimentação econômica.

Torna-se imperativa uma "maior sobriedade dos superconsumidores"; entretanto, tal conduta "não se pode impor juridicamente, ela precisa ser fruto de uma atitude ética" (Junges, 2010, p. 64). Junges (2010, p. 64) afirma que, "a pós-modernidade não acredita na eficácia desse caminho, pois propõe apenas uma ética procedimental, ela prefere soluções de cunho jurídico e/ou técnico que nunca serão a solução, porque o consumo é o próprio motor da economia". Desse modo, emerge a obrigação de "levantar a discussão sobre o que significa um consumo sustentável que é tão importante ou mais que a questão do desenvolvimento sustentável". Contudo, ambos não podem ser discutidos sem considerar "as injustiças ambientais que o sistema econômico capitalista produz", já que "os danos ambientais são empurrados para as populações socialmente frágeis". Os danos ao ambiente em que vivem essas populações não são contabilizados, o problema não aparece porque não existe força social e política para denunciar (Junges, 2010, p. 64-65).

Nesse sentido, percebem-se os limites do direito à informação para o estabelecimento de uma consciência voltada a um consumo sustentável, mas

também se percebe a importância de informar e educar, começar a instituir uma ética voltada para o consumo sustentável. Essa educação informacional voltada ao consumo sustentável não precisa, necessariamente, ser dada na escola, podendo ser efetivada por meio de programas específicos, de informativos, como exemplo as cartilhas e campanhas publicitárias. Tais campanhas publicitárias devem ser levadas a efeito pelo Poder Público ou mesmo por organizações não governamentais, pelos meios de comunicação em massa ou, ainda, mediante trabalhos comunitários, com o objetivo de levar ao consumidor, em qualquer faixa-etária – e não somente nas escolas –, informações e esclarecimentos que propiciem uma postura mais prudente e sensata no mercado de consumo.

Percebe-se que a função do Estado e do Direito pode ser uma função educativa e facilitadora, não somente punitiva, mas como uma forma de precaução em relação ao problema. Portanto, é necessário rever conceitos e encontrar um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação dos recursos naturais, integrando as visões econômica, social e ambiental. Não somente esperar o resultado, mas sim tentar inverter a lógica por meio da educação e informação voltadas para o estabelecimento de uma consciência ética na seara do consumo.

Sobremodo importante ressaltar que este trabalho não tem a pretensão de impedir ou limitar e nem mesmo obstar a livre escolha do consumidor e seu direito de optar pelos produtos que deseja consumir. O que se almeja é destacar a importância da informação e da educação para o estabelecimento de uma consciência voltada ao consumo consciente, ético e sustentável. Nesse sentido, o que se pretende é uma harmonização de interesses voltada a informar e conscientizar, considerando que o consumo excessivo e o grande descarte de resíduos e lixo estão vitimando não somente a natureza, mas a própria humanidade.

CONCLUSÃO

Percebe-se, pelo exposto no desenvolvimento do trabalho, que, com a preponderância do sistema capitalista, sobreveio o desenvolvimento tecnológico e a industrialização, o que favoreceu o aumento da oferta de mercadorias para o consumo. Além disso, a ideologia capitalista se reinventa para se manter e manter a coesão social, já que está comprometida com a burguesia, voltada ao lucro e ao acúmulo de capital, criando necessidades e estimulando o consumismo.

A sociedade contemporânea atende ao apelo capitalista do consumismo, determinado pelo desejo de reconhecimento social e pelo apego a bens materiais. A característica marcante dessa sociedade é que o sucesso pessoal é medido pelo grande consumo de bens materiais, acirrado por uma competitividade sem limites, em que as pessoas gastam o que não tem para parecerem o que não são. O “ter” vale mais do que o “ser”; assim, nessa sociedade, o consumo nada mais é do que a utilização de objetos e serviços para garantia de “*status social*”, em uma economia capitalista, onde o lucro está em primeiro lugar.

Ressalta-se que esse comportamento acaba gerando um consumo excessivo e que, muitas vezes, é desnecessário. Isso resulta na exploração sem limites dos recursos naturais, inclusive em países pobres, causando a degradação dos ecossistemas e das economias locais no descarte de resíduos, lixos e, conseqüentemente, na poluição do meio ambiente. Além da degradação da natureza, o consumismo causa uma grave injustiça social, porquanto, nesse sistema, quem não compra e não consome não tem valor. Percebe-se, dessa forma, que ainda não começamos a pensar seriamente sobre a sustentabilidade dessa sociedade movida pelo consumo excessivo e pelo descarte.

O Estado possibilita ao consumidor o direito à informação e a escolha do que ele quer consumir, assumindo os possíveis riscos daí advindos. Mas, diante da atual insustentabilidade e insaciabilidade, não basta a garantia do direito à informação e ao direito de escolha. O Estado – que investe em pesquisa científica e em inovação, de onde advêm novas tecnologias que, aplicadas na indústria, vão dar origem a novas mercadorias que serão disponibilizadas no mercado – deve, também, educar para o estabelecimento de uma consciência ética voltada para o consumo sustentável. Além disso, para funcionar de forma mais justa, o Estado deve pautar todas as suas ações e políticas públicas considerando o termo “sustentabilidade”, de forma ampla, em todas as suas dimensões.

A informação e educação para o estabelecimento de uma consciência ética voltada ao consumo sustentável não precisa, necessariamente, ser dada na escola. Pode-se efetivar essa educação por meio de políticas públicas regulamentadoras, programas específicos, informativos, como exemplo as cartilhas e campanhas publicitárias por meio dos veículos de comunicação, principalmente por intermédio das novas tecnologias e da Internet.

Essa educação informacional, voltada a uma consciência ética para o consumo sustentável, emerge da necessidade de se desenvolverem novos

padrões de consumo, uma mudança de postura do consumidor, incorporando valores sustentáveis nas relações econômicas, sociais e políticas. Dessa forma, busca-se uma transformação na consciência, uma mudança de paradigmas, sendo necessário interferir no consumo excessivo por meio de novos padrões sustentáveis, levando em consideração as consequências sociais e ambientais, e a justiça social.

Mediante essa nova consciência ética voltada para o consumo sustentável, é possível que o consumidor, mesmo recebendo os incentivos da publicidade para consumir excessivamente, possa optar por produtos com tecnologias mais limpas e alimentos orgânicos, valorizando o pequeno produtor local. Além disso, o consumidor pode privilegiar o consumo de produtos disponibilizados por empresas engajadas e comprometidas com a sustentabilidade. Empresas preocupadas com as práticas de redução de resíduos, reciclagem e reaproveitamento de produtos e equipamentos, o que resultariam em uma diminuição no descarte de lixo e poluição. Tal comportamento, por parte do consumidor, forçaria outras empresas a fazer o mesmo. Mas, mais do que isso, o desafio é transformar o quadro de consumo insustentável para um consumo consciente, sustentável e voltado para uma cooperação, capaz de manter a harmonia entre o homem e a natureza.

Sabe-se que não é possível prescindir do consumo, já que ele é primordial à existência humana e ao desenvolvimento social e econômico. No entanto, deve se ter consciência dos impactos ambientais de um consumo excessivo, de um consumo desnecessário. O ser humano precisa, humildemente, levar em consideração a sua própria fragilidade, vulnerabilidade e interdependência do meio ambiente. Assim, deve cuidar, conservar e respeitar considerando que a sua própria sobrevivência depende da preservação da natureza.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 2. ed. Portugal: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015a.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015b.

_____. Ministério de Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/conceitos/consumo-sustentavel>>. Acesso em: 10 dez. 2015c.

_____. Responsabilidade ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/conceitos/producao-sustentavel>>. Acesso em: 10 dez. 2015d.

CAMPOS, Walter de Oliveira. Direito e ideologia. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/191/190>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia?* Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20%C3%89%20IDEOLOGIA%20-Marilena%20Chaui.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Freitas, Juarez. *Sustentabilidade - Direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUNGES, José Roque. *(Bio)ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. Ideologia e meio ambiente, p. 35 a 53. In: *A natureza da ideologia e a ideologia da natureza: elementos para uma sociologia da educação ambiental*. Tese de Doutorado da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2003.

LEFEBVRE, Henri. *A vida cotidiana no mundo moderno*. Série Temas. Sociologia Política. São Paulo: Ática, v. 24, 1991.

MARCUSE, H. *A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional*. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1973.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOSCOVICI, Serge. *Natureza*. Para pensar a ecologia. Trad. Marie Louise Trindade Conilh de Beyssac, Regina Mathiu, Maria Inácia D'Ávila (Coord.), Tania Barros Maciel (Coord.). Rio de Janeiro: Mauad X - Instituto Gaia, 2007.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Quando o conhecimento tecnocientífico se torna predação *light-tech*: recursos genéticos e conhecimento tradicional no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: Senac, 2010.

Submissão em: 27.06.2016

Avaliado em: 06.10.2017 (Avaliador B)

Avaliado em: 13.10.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 12.12.2017

DIGNIDADE HUMANA, GÊNERO E LIBERDADE ARTÍSTICA: UM BREVE ESTUDO DE CASO

*HUMAN DIGNITY, GENDER AND ARTISTIC FREEDOM: A BRIEF CASE
STUDY*

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger¹

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC,
Florianópolis/SC, Brasil)

José Elias Gabriel Neto²

Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior
do Ministério Público (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito cons-
titucional.

RESUMO: O presente artigo objetiva,
a partir do julgamento da Ação Civil
Pública nº 00012332120034047100,
realizado pelo Tribunal Regional
Federal da 4ª Região/RS, estabelecer
as interfaces do teor do julgado com
as questões ligadas ao feminismo,
ao princípio da dignidade da pessoa
humana e ao da liberdade artística pelo
conteúdo discriminatório de várias
composições musicais, sobretudo ante os
ditames da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria

da Penha). Pretende-se demonstrar que
essas composições musicais, admitidas,
por vezes, como forma “natural” de
manifestação cultural, acabam por
perpetuar a violência contra as mulheres.

ABSTRACT: *The present article aims, from
the judgment of the Public Civil Action
nº 00012332120034047100 performed by
the Federal Regional Court of the 4th Region/
RS, establishes the interfaces of the content of
the judgement with questions related to the
feminism, the principle of the human dignity
and artistic freedom by the discriminatory
content of several musical compositions,*

¹ Advogada. E-mail: fabiana7778@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/1275535624435246>>.

² Advogado. E-mail: jotaeh@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6238282657336937>>.

especially before the dictates of the Law 11.340/2006 (Maria da Penha's Law). It has been sought to demonstrate that this musical compositions, admitted sometimes, as a normal/natural form of cultural manifestation, end up to perpetuate the violence against women.

PALAVRAS-CHAVE: letras de música; feminismo; dignidade da pessoa humana; liberdade artística; violência de gênero.

KEYWORDS: *music lyrics; feminism; human being dignity; artistic freedom; gender violence.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso concreto; 2 A compreensão do movimento feminista e o surgimento da Lei Maria da Penha; 3 As composições musicais e a violência de gênero que contêm; 4 A necessária concretude do princípio da dignidade da pessoa humana por meio do abuso de direito; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The concrete case; 2 An understanding of the feminist movement and the emergence of the Maria da Penha Law; 3 As musical compositions and a gender violence that contain; 4 The concreteness of the principle of the dignity of the human person through the abuse of law; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Em 22 de maio de 2016, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, uma adolescente de 16 anos teria sido violentada por, pelo menos, trinta homens. A imagem do suposto crime circulou amplamente pela rede mundial de computadores (Internet) e recebeu diversas “curtidas”, além de julgamentos sumários acerca do comportamento da vítima. Paralelamente, fomentou discussões acaloradas quanto a (in)existência, entre nós, de uma cultura do estupro³. Entrava para as estatísticas mais um brutal caso de violência sexual, com a diferença de que a mídia deu grande visibilidade ao caso da garota fluminense, inclusive com repercussões na imprensa estrangeira.

Embora o caso pareça um ponto fora da curva pelo número de autores que teriam cometido o crime, os dados do 9º Anuário de Segurança Pública⁴

³ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB_2015.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2016.

⁴ Idem.

demonstram que no ano de 2014 foram registrados, no Brasil, 47.646 estupros, sendo que 90,2% das mulheres afirmaram ter medo de sofrer violência sexual.

Em meio a assombrosa realidade destaca, indaga-se: Será o estupro a única forma de violência perpetrada contra as mulheres?

A aparente singeleza da resposta ao questionamento traz consigo uma enorme complexidade perante o “ser mulher” em uma sociedade marcada pelo machismo e a sonhada igualdade de gênero. Prova disso são os constantes achincalhes sofridos por mulheres em letras de músicas misóginas, escutadas por ouvidos moucos em uma sociedade predominantemente androcêntrica.

Em que pesem as atuais discussões sobre a violência contra a mulher, notadamente as vítimas de violência doméstica, escassos são os debates sobre o teor das letras de músicas de cunho machista que estimulam agressões físicas ou psicológicas, que muitas vezes passam despercebidas ou são socialmente tidas como admissíveis, mas que não impedem a reafirmação de uma cultura de desvalorização de gênero.

A partir do julgamento da Ação Civil Pública nº 00012332120034047100 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, colima-se demonstrar qual a relação existente entre esse tipo de composição musical e a violência contra a mulher, especialmente como isso se expressa nas letras de músicas ao longo da história, por meio de algumas composições brasileiras previamente escolhidas.

Demais disso, centra-se o debate na perspectiva de gênero e, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade artística, visualizada aqui como espécie da liberdade de expressão e, ainda, no que dispõe o art. 8º, inciso III, da Lei de nº 11.340/2006. O estudo busca demonstrar em que medida é viável a aplicação do instituto do dano moral difuso pleiteado por meio de ação civil pública como forma de concretizar a norma retromencionada, evitando a difusão de músicas com apologia à violência de gênero, sem prejuízo da aplicação de outros institutos previstos na legislação infraconstitucional, nomeadamente o do abuso de direito.

1 O CASO CONCRETO

Oleaden case que inspirou o presente estudo consubstancia-se no julgamento, pelo TRF da 4ª Região⁵ (TRF4), da Ação Civil Pública nº 00012332120034047100. Em sessão de 15.10.2015, o TRF4 deu parcial provimento aos recursos apresentados pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela Organização Não Governamental (ONG) Themis – Assessoria de Gênero para condenar a Produtora de *funk* “Furacão 2000 – Produções Artísticas” ao pagamento da importância de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em multa, a ser revertida ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos da Mulher.

A ONG Themis e o MPF haviam ajuizado ação civil pública contra a *Sony Music Entertainment* e a empresa Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda., buscando a compensação por danos morais difusos perpetrados contra mulheres pela divulgação e circulação das músicas “Tapinha” e “Tapa na cara”. Segundo os autores, as letras de tais músicas incitavam a violência e o menoscabo contra as mulheres.

A ação foi julgada parcialmente procedente pelo juízo de 1º Grau, que arbitrou multa contra a empresa Furacão 2000.

A empresa ré, a ONG e o MPF recorreram da decisão. A ré recorreu ao argumento de que a decisão judicial configuraria censura e, por consequência, pretendia a não imposição de qualquer tipo de sanção pecuniária. A ONG Themis e o MPF recorreram para que fosse reconhecida, no caso, a solidariedade passiva da gravadora *Sony Music*. O Desembargador Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle (Relator) deu parcial provimento às apelações aviadas pela ONG Themis e pelo MPF, entendendo haver na espécie a solidariedade passiva da *Sony Music* pelas letras ofensivas, estendendo a ela o dever de indenizar.

Contudo, a partir do voto-vista do Desembargador Cândido Alfredo da Silva Leal Júnior, que se fez acompanhar do voto da Desembargadora Vivian Josete, deu-se provimento à apelação da empresa Furacão 2000, julgando-se improcedente a ação civil pública aforada, sob o argumento de que não havia prova suficiente de que as composições maculavam a imagem das mulheres.

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Embargos Infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Embe.: Ministério Público Federal, Embo.: Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda., Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 17 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7767930&hash=e97f080b65fa0e1dc9266171cb3fc0f6>. Acesso em: 6 jun. 2016.

Contra tal decisão foram interpostos embargos infringentes, ao final julgados procedentes pela 2ª Seção do TRF4, especialmente após voto da Desembargadora Federal Maria de Freitas Labarrère, determinando a condenação da empresa ré ao pagamento da multa fixada no aresto.

Dada a extensão do voto e dos debates travados entre os componentes da Seção julgadora, este trabalho se atém à ementa do julgado, pois dela se podem extrair as considerações necessárias ao aqui proposto.

Nesse quadrante, a Corte federal local, primeiramente, entendeu que não caberia ao Judiciário conceituar o que seria cultura, tampouco controlar o teor ou a qualidade das músicas de conteúdo ofensivo à dignidade da mulher, mas, sim, sopesar a liberdade de expressão quando em colisão com outros direitos fundamentais, ressalvando que nenhum desses são absolutos e têm autorização para que sejam utilizados para atos escusos em manifestações realizadas sob o pano de fundo da liberdade de expressão.

O TRF4 afastou a tese esgrimida pela Produtora ré no sentido de que o excesso deveria ser suportado em nome da democracia e do Estado de Direito, que tutelam atos contra a censura, pois haveria de se atentar à necessidade de predominância de direitos e interesses coletivos, atendendo-se, com isso, ao bem-estar comum.

Vale aqui mencionar os itens 4, 5, 6 e 7 da ementa de antedito aresto, que invocaram os ditames da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), esclarecendo qual o objeto da tutela dessa especial legislação, conforme assim se pode extrair do julgado em comento:

4. Se até mesmo uma lei especial (Lei Maria da Penha) e investimentos de conscientização se fazem necessários, porque persiste enraizada na sociedade brasileira inconcebível violência contra a mulher, nessa perspectiva, músicas e letras como “Tapa na Cara” e “Tapinha” não se classificam como simples sons de gosto popular ou “narrativas de relações privadas íntimas” ou “manifestação artística” de prazer feminino masoquista, mas, ao revés, abominável incitação à violência de gênero ou aval a tais criminosas e nefastas condutas, ao transmitir a jovens e público em geral

a noção errônea de que a regra é a mulher gostar de sofrer.

5. Assim como deve ser respeitada a diversidade cultural e permitida a livre difusão de ideais e expressões artísticas, também deve ser combatida qualquer forma de violência concreta ou simbólica (humilhação), que é – se não estimulada – pelo menos retratada em canções. Deve-se, portanto, atentar para as ilegalidades que porventura permeiam as músicas, sem criticá-las pela mera crítica, de gosto pessoal. É preciso perceber que, por repetições, rimas e outras técnicas musicais, incutem-se em crianças, adolescentes, jovens e adultos estereótipos de gênero negativos, que reproduzem e perpetuam as relações culturais/sociais assimétricas que se busca em vão eliminar.

6. Em uma sociedade igualitária ideal, as letras poderiam ser interpretadas como o livre exercício de preferências pessoais, de pedir ou não ao companheiro um “tapa na cara”, ou de concordar que “um tapinha não dói”. Entretanto, em uma sociedade em que as relações entre os gêneros são assimétricas, a mensagem das canções é a de que a mulher é inferior e subjugada ao homem (e gosta disso), que esse é o lugar (relacionada ao gênero) que ocupa no âmbito coletivo (inferioridade), reafirmando a cultura vigente de dominação masculina.

7. O Estado não se pode furtar de contribuir para a eliminação de todo e qualquer tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher.⁶

Com essa breve análise de caso envolvendo uma letra de música e a pauta de gênero, passa-se a discorrer sobre as razões de fundo que envolveram a condenação da Produtora Furação 2000 por uma forma de “violência de gênero”.

⁶ Idem.

O que se percebe, para além do teor do acórdão, é que a violência de gênero tem sido uma constante na sociedade moderna e representa o ápice de toda uma violação a direitos e interesses das mulheres.

Uma análise, ainda que breve, do feminismo e das disposições legais que advieram desse movimento permite estabelecer um paralelo entre o teor do acórdão, situando-o historicamente, além de propiciar o reconhecimento dos instrumentos legais destinados a fazer cessar esse tipo de conduta discriminatória.

2 A COMPREENSÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA E O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Na construção da sociedade humana, segundo o livro bíblico do Gênesis (capítulo 2, versículo 22), Eva teria nascido da costela de Adão.

Na visão rudimentar dos mitos da pré-história, o macho, ao escolher uma fêmea, desferia-lhe um golpe com seu tacape na cabeça e a levava para sua caverna como prova de masculinidade.

Estória ou fé, a forma contada por, no mínimo, XX séculos mostra que a concepção androcêntrica sempre deixou a mulher à margem da sociedade, colocando-a em patamar de inferioridade em relação à figura do homem. Tudo que era produzido dirigia-se exclusivamente ao homem, pois as mulheres eram tidas como incapazes, carentes da razão e de discernimento, dado o sistema de domínio patriarcal vigente. Em razão do sexo, a mulher estava destinada a ser subserviente, presa às paixões e emoções, enquanto o homem detinha a razão, característica ínsita a seu papel de figura moral, intelectual e fisicamente mais forte.

O reinado absoluto da figura do homem, em tese, perdurou até a Revolução Francesa de 1789, pois, sob a rubrica dos ideais *liberté, égalité et fraternité*, passou-se a defender a concepção de que homens e mulheres são possuidores de razão, sem levar em conta as questões biossexológicas que os cercam. Vale dizer, reconheceu-se uma isonomia apenas formal entre homens e mulheres, que, sabidamente, não se traduziu na prática.

Como explica Lourdes Bandeira⁷, “as luzes, que iluminaram o Iluminismo da racionalidade masculina, deixou nas sombras metade dos seres humanos, as mulheres”. De acordo com a autora, os ideais já nasceram impossibilitados

⁷ BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, Deis. A perspectiva feminista no pensamento moderno e contemporâneo. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 262-284, dez./jul. 1997. p. 268.

de serem cumpridos em seu todo, dada a não visibilidade da mulher no novo momento da história.

Na mesma esteira, Carole Pateman⁸ relata que a história daquilo a que denomina de *contrato social* teria sido contada apenas pela metade, pois o indivíduo a que se refere esse contrato é sempre o masculino, por meio de participações no cenário social como o do (homem) político, do (homem) trabalhador, do (homem) produtor, do (homem) provedor e do (homem) mantenedor das esferas privada e pública.

Pateman descreve que todas as relações anteriores ao *contrato* passaram a ser civis. Todavia, a subordinação da mulher permaneceu inalterada. Narra ela que o casamento, em que pese não necessitar de um contrato escrito, passou a ser uma espécie de pacto que reforça a dominação do homem sobre a mulher pela própria natureza. No entanto, aduz que o casamento ainda é imprescindível, pois com ele a mulher alcança o *status* de indivíduo, fazendo crer que todos foram inseridos na ordem civil pública, mesmo que, em seguida, a mulher seja novamente reconduzida a sua esfera privada⁹.

Porém, em meados do século XIX, começa a ocorrer uma forte reação a essas concepções, sobretudo por meio do movimento feminista. Segundo Lourdes Bandeira¹⁰, constitui um foco de resistência e crítica e “[...] colocou como centro de seu projeto a multicplidade, a pluralidade do político e a impossibilidade tanto da unificação quanto da hegemonia do universal nas sociedades divididas pelas relações sociais de sexo e gênero, entre outras”.

Assim, com o movimento feminista as mulheres procuraram realinhar suas condições no seio da sociedade, saindo da ideia do *ser-objeto-natural-biológico* para *sujeito* de uma situação social nova, rompendo com os paradigmas de dominação e exclusão até então vigóantes, fazendo com que a mulher alcance e conquiste o seu lugar de *estar na história*¹¹.

Lourdes Bandeira vaticina que referido movimento foi dividido, fundamentalmente, em três períodos. Inicialmente, de 1850 a 1950, que

⁸ PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993. p. 35.

⁹ Ibidem, p. 231-275.

¹⁰ BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, Deis. A perspectiva feminista no pensamento moderno e contemporâneo. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 262-284, dez./jul. 1997. p. 270.

¹¹ Varicas apud BANDEIRA, Lourdes Maria. Feminismo: memória e história. In: SALES, Celecina de Maria Veras et al. (Org.). *Feminismo: memória e história*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000. p. 16.

compreende as primitivas coordenações das mulheres desbravadoras, conhecidas como “igualitaristas e sufragistas” que lutaram pelo direito ao voto e educação. No dia a dia de trabalho pleiteavam a redução da jornada de trabalho e condições salubres de trabalho. O segundo é aquele que coincide com o movimento feminista, ocorrendo de 1960 a 1980. As modificações sociais e culturais marcam esse ciclo, pois há conquista de novos terrenos pelas mulheres, sobretudo que se começa a dar maior visibilidade às mulheres, bem como reconhecimento e legitimidade social às bandeiras feministas e surge o feminismo heterógeno e plural, e os primeiros estudos que utilizam a categoria gênero. O terceiro período ocorre nos anos noventa e é marcado pelas transformações da produção do conhecimento e da afeição da realidade que intervêm na modificação da teoria social e das relações entre o indivíduo e a sociedade. “Institucionaliza-se, em vários domínios, a incorporação da categoria gênero”¹².

Nessa órbita, sobredito movimento estruturou-se a partir de uma ideia assentada na crítica ao domínio patriarcal e a uma razão androcêntrica de humanidade, que deixou de fora metade das pessoas – as mulheres –, e que construiu um “modelo” de feminino a partir do androcentrismo, em nome da natureza e da razão¹³.

No entanto, a moderna agenda do feminismo tem abandonado as bandeiras do ideário liberal-burguês forjado na Revolução Francesa de 1789, diante do fato de que, como se pode intuir e até hoje se percebe, essas reivindicações não alteraram os espaços comumente dirigidos ao sexo feminino, sem contar que não houve uma equiparação igualitária (real) das práticas entre homens e mulheres. Com efeito, ocorreu o contrário, isto é, as relações de gênero encontram-se ainda colocadas em segundo plano, dadas as hierarquizações existentes nos mais diversos planos da vida de relação, desde a queda do absolutismo até os dias atuais.

O agravamento da hierarquização entre homens e mulheres demonstra, até nossos dias, que a identidade feminina ainda se encontra submissa,

¹² BANDEIRA, Lourdes Maria. Feminismo: memória e história. In: SALES, Celecina de Maria Veras et al. (Org.). *Feminismo: memória e história*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000. p. 17.

¹³ *Ibidem*, p. 7. Sobre isso, Carole Pateman relata que o contrato social teria sido construído a partir de substituição das relações naturais pelas civis, de modo que a dominação existente fosse substituída pela tábula entre as partes. No entanto, a história teria sido contada pela metade, pois não estaria presente o contrato sexual, o que impossibilita entender a subordinação do sexo feminino em relação ao masculino. Assim, contemporâneo ao Pacto Social, o contrato sexual instituiu o direito patriarcal moderno (PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993. p. 68).

acreditando-se ser “normal” aquilo que é fruto do despotismo masculino. Destarte, não obstante terem alcançado os patamares de representatividade da esfera pública, boa parte das mulheres continua a ser mal remunerada e totalmente explorada, especialmente nas esferas da vida privada, lugares em que ainda subsiste a submissão e, por conseguinte, uma estrutura sexista, o que é bastante evidenciado pelos números que retratam a escancarada e recorrente onda de violência contra a mulher.

Alvissareiramente, porém, no cenário de políticas afirmativas em prol da mulher, foram sendo, aos poucos, criadas regras jurídicas que visam punir aquele (ou aquela) que pratique a violência de gênero. Surgiram vários preceitos destinados a romper com essa perniciosa tradição/cultura de abusos e generalizações. No Brasil, um marco nessa direção foi a edição da Lei nº 11.343/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

Sobredita lei destinou-se a regulamentar o disposto no art. 226, § 8º, da CF, dando concretude a tratados internacionais até então inobservados pelo Brasil.

Nessa trilha, a I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na Cidade do México, em 1975 – ano esse conhecido como Ano Internacional da Mulher, que, posteriormente, fez instalar a década das Nações Unidas para a mulher –, deu origem à Convenção sobre a Mulher, acolhida pela Assembleia-Geral da ONU em 1979, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

Em 1980, já havia ocorrido a II Conferência Mundial sobre a Mulher em Copenhague/Dinamarca. No ano de 1985, em Nairóbi/Quênia, aconteceu a III Conferência para avaliar a década das Nações Unidas para a Mulher. Em 1993, aconteceu em Viena/Áustria a Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, na qual se deliberou expressamente que a violência contra a mulher era uma espécie de violação aos direitos humanos.

Em 1994, em Belém do Pará/Brasil, realizou-se a Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), daí ressaíndo a Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

Referidos diplomas internacionais, editados com intuito de proteger a integridade fisiopsíquica da mulher, integram aquilo a que Flávia Piovesan denomina de “processo de especificação do sujeito de deveres”¹⁴.

Dezoito anos após a promulgação da CF de 1988 e, principalmente, após o Estado brasileiro ser formalmente condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA, no fatídico caso da vítima Maria da Penha Maia Fernandes¹⁵, surgiu no âmbito do ordenamento interno a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Dita lei contemplou vários mecanismos, tanto de proteção quanto de efetivação de políticas públicas, com vistas à promoção das ações educativas e culturais relativas aos direitos das mulheres.

A Lei nº 11.340/2006, em seus arts. 2º e 3º – embora, aparentemente, pleonásticos, haja vista a existência de tratados internacionais e normas constitucionais assegurando direitos e garantias às mulheres, vale dizer, a sempre pretendida igualdade de gênero –, infelizmente não fez com que esses direitos fossem respeitados de maneira automática, pois há, ainda, uma forte predominância de uma cultura masculina, que sempre excluiu a mulher. Daí a necessidade de se criarem mecanismos que transformem a vontade humana e a letra da lei em atos reais¹⁶ para que se atinjam as proclamadas dignidade e igualdade materiais.

Isso se depreende claramente do art. 8º, inciso III, da Lei Maria da Penha¹⁷. O dispositivo em comento baseou-se no art. 5º, “a”, da Convenção sobre a

¹⁴ “[...] no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres etc.). Já o sistema geral de proteção (ex: Pactos da ONU de 1966) tem por endereçamento toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade).” (PIOVESAN, Flávia. Direitos reprodutivos como direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/flavia88.html>>. Acesso em: 8 jun. 2016)

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/2001. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes. Brasil. 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 121.

¹⁷ “Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:
[...]

Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979¹⁸ e, bem assim, do art. 6º, “b”, da Convenção de Belém do Pará¹⁹.

Desde o século XIX várias foram as normas que tentaram impedir a metalinguagem do escárnio e o vilipêndio contra a mulher. Contudo, sequer se conseguiu a efetividade necessária para que isso não deixasse de ocorrer de um ponto de vista prático ou real.

A respeito disso, Lênio Streck²⁰ lembra que “[...] os meios de comunicação de massa é fator importante para a manutenção de um imaginário discriminador, no interior do qual a honra da mulher, por exemplo, é tida como a extensão da honra masculina”. Cita, como exemplo, uma cena da novela “A próxima vítima”, em que a personagem do ator José Wilker explica aos seus filhos que, em razão da traição de sua esposa Isabela, a esfaqueou no rosto. Na mesma cena uma de suas filhas o interrompe para confortá-lo, a fim de demonstrar compreensão à reação do pai, demonstrando aquilo que acunhou de “presença colonizadora”.

Mesmo sob a vigência da Lei nº 11.340/2006, seus comandos e preceitos não encontraram eco na realidade cotidiana, haja vista as letras de músicas ofensivas/impróprias/discriminatórias que são frequentemente criadas e divulgadas e, pior, sem qualquer ou com escassos mecanismos de fiscalização.

III – o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

[...]” (BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016)

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 – ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em Terra Brasilis. *Revista Brasileira de Direitos de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 139-161, jan./mar. 2003. p. 139.

A agressividade contra o gênero por meio das músicas, como adiante se verá, “coisificam” a mulher. Em tempos outros, fomentaram até abusos físicos e morais, que acabaram – e até hoje assim é – por incitar uma forma muito insidiosa de violência, infringindo frontalmente os dispositivos supracitados.

3 AS COMPOSIÇÕES MUSICAIS E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO QUE CONTÊM

Na antiguidade grega e egípcia, a música serviu de elo entre os deuses e o povo, genuíno modo de expressão da cultura. Na Roma antiga, as melodias serviam para que o exército agisse e cânticos eram entoados antes, durante e após as batalhas e eram, também, usados em cerimônias santificadas. Esses fenômenos também eram vistos na China antiga, que utilizava as músicas para os acontecimentos ligados à religião e às cerimônias de veneração de seus imperadores.

Na idade média, a música recebeu forte influência da igreja, que conduzia e direcionava os hábitos da população. No Renascimento, houve o surgimento de composições que fugiam dos padrões religiosos, diferenciando-se das harmonias gregorianas, ouvidas na chamada “Idade das Trevas”. Com o exagero e a ostentação do Barroco, nasceram vários gêneros musicais e a ópera foi o seu esplendor.

Livrando-se das amarras da Igreja e destinada a ganhar livremente o mundo, a música no período clássico fez surgir as orquestras e musicais instrumentais. Contrariando o iluminismo e sua razão eloquente, o romantismo concentrou suas letras nas emoções e nos sentimentos.

Já, no século XX, com o surgimento de meios de comunicação mais modernos – em especial o rádio – a música foi levada para mais ouvidos.

Esse brevíssimo esboço histórico²¹ é necessário para entender as músicas e suas formas ao longo da evolução humana na sociedade.

Entretanto, a despeito de a música ser uma manifestação que, na maior parte dos casos, eleva o espírito humano e traz à tona aquilo que todos têm de melhor, nos últimos tempos, passaram a ser criadas e divulgadas músicas de nítido caráter ofensivo e discriminatório, verdadeiros abusos, nos quais a mulher passa, de novo, a ser vista não como um sujeito e titular de direitos

²¹ MÚSICA: Um pouco de história. Curitiba: Secretaria da Educação PR, 2011. Disponível em: <<http://www.arte.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=122>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

respeitáveis. Há a transformação da figura feminina, mais uma vez, em objeto, por meio da frequente verbalização da violência de gênero.

Antes que se entenda que seja apenas uma característica das músicas brasileiras, vê-se em canções como “Run For Your Life”, dos “The Beatles”, e “Since I’ve Been Loving You”, da banda “Led Zeppelin”, verdadeiras incitações de violência contra mulher.

Por outra, isso é perceptível em composições não vinculadas unicamente ao *funk*, como apressadamente se possa pensar, mas em letras como a do sambista Noel Rosa, que chegou a cantar “Mulher indigesta”, vaticinando: “Mas que mulher indigesta! (Indigesta!)/Merece um tijolo na testa”!

Na suposta saudade da “Amélia”, de Ataulfo Alves, o intérprete canta: “Você só pensa em luxo e riqueza/Tudo o que você vê, você quer/Ai, meu deus, que saudade da Amélia/Aquilo sim é que era mulher / Amélia não tinha a menor vaidade/Amélia é que era mulher de verdade”.

O samba de Martinho da Vila, intitulado “Se essa mulher fosse minha – samba de roda”, demonstra claramente a violência contra a mulher, quando, em dado momento da música, diz: “Se essa mulher fosse minha/Eu tirava do samba já, já/Dava uma surra nela/Que ela gritava: Chega/Chega/Oh meu amor/Eu vou-me embora da roda de samba eu vou”.

A violência de gênero também é encontrável no cancionário regional do Rio Grande do Sul, com destaque para a música “Morocha”, de Luís Carlos Borges: “E para as mulher vale as mesmas regras/Animal, te para sou lá do rincão/Mulher pra mim é como redomão/Maneador nas patas e pelego na cara...”.

O discurso machista também é audível na canção “O que é que eu dou?”, de Dorival Caymmi e Antonio Almeida, em trecho no qual se ouve: “O que é que eu dou?/Eu já fiz tudo,/Fiz tudo pra lhe agradar. Ela está sempre zangada,/Sempre de cara amarrada. Será que ela quer pancada?! É só o que lhe falta dar!/Ela quer apanhar!”.

Em outra composição, do Grupo “Vou pro Sereno”, percebe-se o estímulo à hierarquização e aos valores do patriarcado quando a música registra que “Mulher não manda em homem” registra que “Com tanta roupa suja em casa/Você vive atrás de mim/Mulher foi feita para o tanque/Homem para o botequim”.

Em mais uma demonstração de desqualificação do gênero e da suposta falta de inteligência dada a partir da coloração dos cabelos, o cantor Gabriel, O Pensador, cantou “Loira Burra”, música na qual entoava: “À procura de carro, a procura de dinheiro/O lugar dessas cadelas era mesmo num puteiro [...] Não eu não sou machista, exigente talvez/Mas eu quero mulheres inteligentes, não vocês [...] E pra você me entender, vou ser até mais direto/Loira burra, você não passa de mulher objeto”.

O sexismo também foi, recentemente, objeto de rimas na canção “Amiga da minha mulher”, do cantor Seu Jorge: “Se fosse mulher feia tava tudo certo/Mulher bonita mexe com meu coração”, e, bem assim, na música “Pequena Raimunda”: “Feia de cara, mas é boa de bunda! Olhe só é a pequena Raimunda/Se ela tá indo até que dá pra enganar/Se ela tá vindo não é bom nem olhar/Ela de 4 fica maravilhosa/Na 3x4 é horrorosa/Shit, shit pequena Raimunda/Bunda de sonho a cara é um pesadelo”.

Da mesma forma, o racismo já ecoou na letra “Minha Nega na Janela”, de Germano Mathias: “Minha nega na janela/Diz que está tirando linha/Êta nega tu é feia/Que parece macaquinha/Olhei pra ela e disse/Vai já pra cozinha/Dei um murro nela/E joguei ela dentro da pia/quem foi que disse que essa nega não cabia?”.

O *funk* também promove, constantemente, o escárnio e a violência de gênero. Os abusos são visíveis – e audíveis – na música “Mais de 20 engravidou”, do MC Cazuzá: “Mais de 20 engravidou/Êle é o mestre dos disfarce/Ilude até o ilusionista/Se mecher com o d’red/Tu vai ficar de barriga [...] /Más ele vê túa novinha/Esperando o teu vacilo/Pra ela entrar na mira/Os papai fica maluco...”.

Não é preciso grande astúcia para entender que essas músicas e outras tantas aqui não citadas socorrem-se do jogo de palavras para colocar a mulher em uma posição de inferioridade, em nítida valoração negativa de gênero.

Não por outra razão é que a ementa do acórdão prolatado nos autos do Processo nº 00012332120034047100, do TRF4, consignou de modo lapidar que o dano é *in re ipsa*.

A divulgação massiva dessas músicas reforça a ridicularização e malfere o art. 221, inciso IV, da CF, o que deve ser combatido, como determina a própria Lei Fundamental em art. 5º, inciso XLI, quando proclama que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

4 A NECESSÁRIA CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA POR MEIO DO ABUSO DE DIREITO

Princípios são pilares ou regras-bases dentro de um ordenamento positivo. Parafraseando Celso Ribeiro Bastos, princípios constitucionais são aqueles que retratam valores basilares da ordem jurídica. Isso é perceptível na medida em que eles não visam regular situações do caso concreto, mas, sim, almejam lançar a sua força sobre todo o ordenamento jurídico. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa e deita raízes sobre um sem número de outras normas²².

Desse modo, os princípios são regras que devem ser observadas e aplicadas por um intérprete e assumem uma clara função vetorial a partir do ordenamento maior. Suas características, segundo Carmem Antunes Rocha²³, são a generalidade, a primariedade e a sua dimensão axiológica.

Como acentua Jorge Miranda²⁴:

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos. As normas jurídicas é que se dividem em *normas-princípios* e *normas-disposições*.

Logo adiante o constitucionalista lusitano²⁵ esclarece que os princípios

exercem um acção imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. Exercem também uma acção mediata num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 143-144.

²³ ROCHA, Carmem Antunes. *Princípios constitucionais na administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 29-33.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, v. 2, 1996. p. 224.

²⁵ *Ibidem*, p. 226.

Nesse particular, o princípio reitor da CF/1988 é, indubitavelmente, o da dignidade da pessoa humana. Segundo Antonio Milton de Barros, citando Fladimir J. Belinati Martins, é ele um predicado inerente à essência da pessoa humana, de sorte que compreende um valor interno “[...] superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade estranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”²⁶.

De seu lado, Ingo W. Sarlet²⁷ ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana é de definição indeterminada, dada a sua ampla abrangência e carga valorativa, de tal modo que

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 [...]. E o princípio possui profunda vinculação com os direitos e garantias fundamentais de tal forma que [...] vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que, com base nesta, devem ser interpretados.

A CF, em seu art. 1º, inciso III, afirma ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana, atribuindo notoriamente ao indivíduo o *status* de limite e fundamento do Estado. Nessa esteira, José Afonso da Silva entende que “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida...”²⁸.

Nesse mesmo diapasão, o magistério de João Paulo Gavazza de Mello Carvalho ensina que tal princípio visa a “respeitabilidade mínima ao homem por parte do Estado e dos seus semelhantes, com o qual a dignidade se relaciona

²⁶ Fladimir Jerônimo Belinati Martins apud BARROS, Antonio Milton. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Lemos & Cruz Ltda., 2007. p. 58.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

²⁸ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109.

e se concretiza²⁹. Ou seja, objetiva impor limites à atuação do Estado na vida dos particulares, bem como traduz um dever negativo sobre as suas condutas e o dever de respeitar as pessoas.

Por outro lado, a CF também consagra a liberdade de expressão como princípio fundamental. Como ensina Ingo W. Sarlet³⁰, a CF não adotou a liberdade de expressão como gênero da qual abrange as variadas manifestações específicas como as liberdades de consciência, manifestação do pensamento, de comunicação, livre expressão artística, intelectual e científica. Aduz ainda que a livre manifestação do pensamento assume tal condição, uma vez que esta poderá suceder no campo da comunicação social, “no exercício da atividade intelectual ou artística, ou mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas”.

A presença colonizadora dos meios de comunicação de massa é fator importante para a manutenção de um imaginário discriminador, no interior do qual a honra da mulher, por exemplo, é tida como a extensão da honra masculina. Basta ver como as novelas apresentam a mulher que pratica infidelidade, como por exemplo, na novela “A próxima vítima”, assistida por 80% dos telespectadores brasileiros. Observe-se que, em uma das cenas, o pai – personagem interpretado por José Wilker – reúne seus filhos para explicar o porquê de ter efetuado, com uma faca, um profundo corte no rosto de sua esposa Isabela. Segundo ele, cortou-a porque esta o traía [*sic*] com outro homem. Antes mesmo de terminar a explicação, foi interrompido por uma de suas filhas que, enfática e compreensiva, confortou o pai. “Não precisa explicar, pai, ela mereceu” (!). Isso em horário nobre, para todo o Brasil [...].

Assim, pode-se raciocinar, de maneira abrangente, considerando a liberdade de pensamento como umbilicalmente atrelada à liberdade de

²⁹ MELLO CARVALHO, João Paulo Gavazza de. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador/BA: JusPodivm, 2007. p. 127.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 125.

expressão, na medida em que se as pessoas são livres para pensar, devem, também, sê-lo para exteriorizar esse pensamento por meio das artes em geral, sem interferências. Nesse quadrante, a liberdade artística é uma decorrência da liberdade de pensamento.

Vale aqui referir interessante trecho do acórdão do Tribunal Constitucional alemão versando sobre liberdade artística na reclamação constitucional contra decisão judicial no caso *Mephisto*³¹, no qual restou consignado:

A garantia da liberdade artística abrange tanto de igual modo “o âmbito da obra” quanto o “âmbito do efeito” da criação artística. Ambos os âmbitos formam uma unidade indissolúvel. Não apenas a atividade artística (âmbito da obra), mas, além disso, apresentação e a divulgação da obra de arte são objetivamente necessárias para o encontro com a obra como um processo específico da arte; esse “âmbito do efeito” no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do art. 5 III GG [...].

Disso decorre a conclusão de que essa indissociabilidade a que se referiu o Tribunal alemão conduz a uma impossibilidade de controle prévio do conteúdo da manifestação artística por parte do Estado, em qualquer manifestação da arte, incluindo a música. Esse controle, como diz a jurisprudência germânica, dá-se no *âmbito do efeito*, entendido não apenas como garantia do livre pensamento, mas que o controle sobre eventuais abusos será sempre repressivo, nunca antecedente ou prévio.

Essa perspectiva ficou evidenciada também no acórdão do TRF4 quando se vaticinou que ao Judiciário não cabe determinar o que é cultura e nem cabe a esse Poder exercer o controle sobre o conteúdo ou a qualidade das músicas divulgadas pelos artistas, mas somente avaliar se há, ou não, abuso no exercício da liberdade artística. Saliente-se que alguns julgadores, no caso em testilha, frisaram a impossibilidade de existir qualquer forma de censura às criações e composições musicais.

³¹ SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 498.

O que o acórdão posto em liça não trouxe e discutiu com maior profundidade e que tem toda a pertinência com o caso concreto diz com a possibilidade da invocação, nos casos de músicas com teor agressivo/discriminatório, do instituto abuso de direito, entendido aqui como o exercício inadmissível de uma posição jurídica.

Com efeito, se se garante no plano constitucional a liberdade de pensamento – e a liberdade artística como seu corolário –, não menos verdade é que o titular desse direito que exceda manifestamente, no exercício do direito, limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico, age abusivamente, de tal forma que sua conduta viola o expresso no art. 187 do Código Civil.

Nesse preceito legal, em casos dessa natureza, tem-se a possibilidade de reconhecer uma verdadeira cláusula geral de abertura do sistema jurídico. A cláusula geral do abuso de direito caracteriza a conduta do autor ou difusor da música tida como violadora da dignidade da mulher como ilegítima, podendo ser proibida em controle repressivo, em que pesem as reconhecidas dificuldades das autoridades competentes, de um ponto de vista prático, para exercer esse controle (posterior) de condutas ilícitas.

Oportuno referir nesse ponto o ensinamento de Menezes Cordeiro³², quando, ao discorrer sobre o art. 334º do Código Civil Português, no qual se preveem os atos tidos como abusivos, diz que:

O elemento literal exprime um âmbito unificado por parte da previsão – o exercício do direito e o seu excesso manifesto perante certos limites – por uma qualificação, em epígrafe – o abuso – e pela estatuição – a ilegitimidade ou, melhor dizendo, a proibição; reparte-o, porém, por três áreas atinentes à previsão: em causa ficam limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico dos direitos. Do enunciado, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites aos exercícios dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e económico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício. Este último limite é específico – cada direito

³² CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 661.

tem, ou pode ter o seu fim social e económico; os dois primeiros são gerais: a boa-fé e os bons costumes não emergem, na fórmula legal de cada direito em si.

Para além do princípio da dignidade da pessoa humana como limitador desse tipo de música, a própria lei infraconstitucional auxilia na resolução do conflito, trazendo parâmetros clássicos de como a violação – o abuso – pode ser enfrentado do ponto de vista do direito material, assegurando formas de reparação à vítima.

Não seria demasiado ter em mente, nos casos de músicas que menosprezam a condição feminina, a possibilidade de se impor a apreensão de CDs, discos e materiais similares, além da própria e eventual imposição de multas, no âmbito processual, para aqueles que insistem em desrespeitar a decisão judicial que reconheça como ofensiva determinada letra de música. Significa que, com isso, dá-se efetividade aos ditames da Lei nº 11.340/2006, em especial ao seu art. 8º, inciso III, supracitado.

Esclareça-se que a ação civil pública, em razão do caso concreto, teve seu julgamento mais de dez anos após ter sido proposta. Para além da percepção que existia ao tempo do ajuizamento da lide, o decorrer dos anos demonstrou que a sociedade foi paulatinamente amadurecendo e passou a ter como inadmissível esse tipo de produção musical com conteúdo misógino ou machista.

Em certa medida, a própria evolução da percepção da sociedade do que seja *gênero*, da defesa dos direitos, dos interesses e das limitações a ele atrelados, devem ser obrigatoriamente considerados, porquanto traduzem uma evolução positiva, que se incorpora não só aos costumes, mas que passa a emprestar uma pretensão de eficácia mais dilargada a princípios constitucionais, como é o caso da dignidade da pessoa humana, propiciando uma modificação daquelas visões que outrora eram tidas como aceitáveis ou socialmente admitidas.

Tal limite também tem sua aplicação em uma perspectiva horizontal³³, qual seja, aquela existente entre particulares, pois pensar diferente geraria uma não proteção ao cidadão, que se veria sem defesas perante outrem. Ou, em

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 201.819-8, 2ª Turma, Recte.: União Brasileira de Compositores - UBC, Recdo.: Arthur Rodrigues Villarinho, Relª Min. Ellen Grace. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

outras palavras, pelo fato de todos (e todas) serem iguais em dignidade, há de existir a reciprocidade de respeito, como ensina Ingo W. Sarlet³⁴.

Assim, as possibilidades de imposições de limites às violações de gênero, no caso de produções musicais ofensivas/discriminatórias, vão desde uma esfera mais elevada, como o princípio da dignidade da pessoa humana, de raiz constitucional – de forma que os direitos difusos vulnerados são tuteláveis por meio de ações de caráter geral, de que é exemplo a ação civil pública –, passando pelo reconhecimento de que tais letras ofensivas ou de conteúdo machista caracterizam, sim, um verdadeiro abuso de direito e, bem por aí, possibilitam tanto ressarcimento no plano macroscópico quanto, igualmente, no plano individual.

CONCLUSÃO

Como se analisou no presente estudo, o acórdão prolatado pelo TRF4 demonstrou que a dignidade da pessoa humana, sob o enfoque de gênero em relação à música de conteúdo discriminatório, tem alcance para além dos casos individuais de danos morais. Mostrou que não se tratava de censura ou controle da liberdade artística, mas, sim, de respeitar a imagem, a honra e dar efetividade ao comando do art. 8º, inciso III, da Lei nº 11.340/2006.

Nessas condições, o trabalho procurou abordar as questões que envolveram a decisão, a partir dos lineamentos do movimento feminista, da Lei Maria da Penha e dos princípios que permitiram impor uma condenação da empresa-ré por prática de dano moral difuso.

Ao mesmo tempo, balizou-se que a decisão poderia ter se escorado não apenas na questão de direitos e garantias constitucionais, mas que a solução poderia estar amparada na prática de abuso de direito.

Por outro lado, demonstrou-se que a violência de gênero por meio de músicas ofensivas/misóginas não se constituiu em caso isolado. A violência de gênero por meio de composições musicais já é prática antiga na sociedade, que não pode ser tolerada diante dos vigentes vetores constitucionais e da própria evolução do pensamento na sociedade contemporânea, que visa impedir o abuso contra mulheres.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 125.

Esse tipo de agressão travestido sob o manto de um pretenso exercício de uma liberdade artística não é de somenos importância, na medida em que estimula, nos recônditos das almas de vários homens, a existência de comportamentos violentos.

Ainda que esse estímulo não seja imediato, vai se acumulando no psiquismo humano, nomeadamente no dos homens, que passam, de modo equivocado, a ter a impressão de que comportamentos violentos são “normais” ou, quando menos, justificáveis. Afinal, se se entende que a mulher pode ser encarada como objeto e não como sujeito de direitos, a agressão passa a encontrar uma justificativa não apenas no comportamento individual, mas também no meio social, que tem como “natural” essa espécie de conduta que agride o gênero.

Obviamente, desde o plano normativo mais elevado por meio dos tratados internacionais, passando pela CF e chegando à legislação infraconstitucional, as condutas violadoras a comportamentos misóginos têm sido repelidas. Servem não apenas para impor condenações judiciais por violação a interesses difusos, dando as condições de possibilidade de, a partir delas, ter-se um efeito pedagógico capaz de educar essa sociedade predominante androcêntrica-machista. Ao contrário do que se proclamou, um “tapinha, sim, dói”!

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. Feminismo: memória e história. In: SALES, Celecina de Maria Veras et al. (Org.). *Feminismo: memória e história*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

_____; SIQUEIRA, Deis. A perspectiva feminista no pensamento moderno e contemporâneo. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 262-284, dez./jul. 1997.

BARROS, Antonio Milton. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Lemos & Cruz Ltda., 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 201.819-8, 2ª Turma, Recte.: União Brasileira de Compositores – UBC, Recdo.: Arthur Rodrigues Villarinho, Relª Min. Ellen Grace. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Embargos Infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Embte.: Ministério Público Federal, Embdo.: Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda., Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 17 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7767930&hash=e97f080b65fa0e1dc9266171cb3fc0f6>. Acesso em: 6 jun. 2016.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB_2015.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2016.

MELLO CARVALHO, João Paulo Gavazza de. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador/BA: JusPodivm, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, v. 2, 1996.

MÚSICA: Um pouco de história. Curitiba: Secretaria da Educação PR, 2011. Disponível em: <<http://www.arte.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=122>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 – ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/2001. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes. Brasil, 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Adotada em Belém do Pará. Brasil, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

PIOVESAN, Flávia. Direitos reprodutivos como direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/flavia88.html>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

ROCHA, Carmem Antunes. *Princípios constitucionais na administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em Terra Brasilis. *Revista Brasileira de Direitos de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 139-161, jan./mar. 2003.

Submissão em: 20.05.2017

Avaliado em: 02.09.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.09.2017 (Avaliador B)

Avaliado em: 30.08.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 12.12.2017

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 SOB O VIÉS DA LINGUAGEM: UMA ANÁLISE SEMIÓTICA DO DISCURSO DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS CONSTITUCIONAIS

*THE CONSTITUTION OF 1988 FROM THE BIAS OF LANGUAGE: A
SEMIOTIC ANALYSIS OF THE DISCOURSE OF THE CONSTITUTIONAL
HERMENEUTICAL METHODS*

Tiago Berchior Cargnin¹

Professor da União das Escolas Superiores de Rondônia
(Uniron, Porto Velho/RO, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; filosofia do direito; hermenêutica jurídica.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar os métodos hermenêuticos constitucionais sob o aspecto da linguagem, considerando que essa ciência é formada por um sistema de signos. Pretende-se, para isso, estudar a ciência jurídica de acordo com os ensinamentos da ciência da semiótica. No intuito de trazer uma das soluções para a problemática do direito positivo (que mantém uma estrutura rígida a ponto de ter dificuldades de dar conta de todas as relações sociais instauradas sob os ditames da

sociedade pós-moderna), o que alguns autores consideram como “crise do Direito”, observam-se os avanços dos estudos analíticos da linguagem, da comunicação e do sentido. Ao visualizar a ciência do Direito sob a ótica da linguagem, pretende-se potencializá-la, dando a ela condições para dialogar com a contemporaneidade. A fim de que esse objetivo se concretize, pretende-se apresentar as principais vertentes das teorias semióticas no globo e, com elas, fazer uma projeção dos benefícios que esses elementos podem agregar à ciência positivista jurídica, bem como a formação do processo hermenêutico constitucional.

¹ Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Bacharel em Comunicação Social pela PUCPR. *E-mail:* prof.tiagocargnin@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9255667258410213>>.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the constitutional hermeneutical methods in the aspect of language, considering that this science is formed by a system of signs. It is intended for this, to study the legal science in accordance with the teachings of the science of semiotics. In order to bring a solution to the problem of positive law (which maintains a rigid structure to the point of having difficulties to account for all the social relations brought under the dictates of postmodern society), which some authors consider as "crisis of law", there are the advances in analytical studies of language, communication and meaning. When viewing the science of law from the perspective of language, it is intend to intensify it, giving it conditions for dialogue with the contemporary. In order for this objective to be realized, it is intended to present the main aspects of semiotic theories on the globe, and with them, make a projection of the benefits that these elements can add to the legal positivist science, as well as the formation of the constitutional hermeneutical process.*

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica constitucional; semiótica e linguagem.

KEYWORDS: *constitutional hermeneutic; semiotics and language.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os elementos que constituem o discurso jurídico permeado pela linguagem; 2 Os componentes semióticos na elaboração do discurso jurídico; 3 Os métodos de hermenêutica constitucional sob o viés da linguagem; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The elements that constitute the legal discourse permeated by language; 2 Semiotic components in the elaboration of legal discourse; 3 The methods of constitutional hermeneutics from the bias of language; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo é uma continuação das pesquisas realizadas pelo autor, em sede de graduação do curso de Direito, sendo este artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, tendo por escopo o estudo da hermenêutica constitucional sob o viés da linguagem. Isso porque a globalização tem propiciado a intensa interação dos sistemas de comunicação dos diversos povos, ocasionando, também, tais pesquisas no âmbito da significação.

Em paralelo a isso, no Brasil, há o vigor do direito positivo como regulamentação do ordenamento jurídico, em que as normas ficam organizadas hierarquicamente em um sistema norteado por uma norma maior, a Constituição.

Apesar de estruturar o ordenamento jurídico, o direito positivo contém uma verdade que é fechada, construída, sem haver, pois, grandes margens à

interpretação. Além disso, muitas vezes, a produção legislativa não consegue acompanhar o pensamento da sociedade. Muitas normas acabam por ficar “desatualizadas” mediante o contexto social, histórico ou, mesmo, por algumas vezes, axiológico.

O que acontece é que, assim como condizente com a linguagem, todo discurso é sógnico, isto é, todo discurso tem como elementos os signos, atribuindo um significado, a fim de produzir comunicação. Com o Direito Constitucional, isso não é diferente. O texto jurídico, por produzir comunicação, também é uma linguagem, que, como tal, possui discurso sógnico. Ou seja, deparar-se com a Constituição é também deparar-se com a linguagem.

Diante de problemas de hermenêutica instaurados, surge, como uma das possibilidades, a semiótica. Essa ciência tem por objetivo exatamente a investigação dos signos, do sentido e da comunicação. A análise semiótica constitui em olhar o Direito Constitucional do ponto de vista do signo. Ela tem elementos de caráter amplo e intersistêmico que podem ser considerados no sentido de trazer representação ao universo jurídico, com o intuito de compreender os aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos das relações normativas.

Esta pesquisa pretende reunir os elementos que nos auxiliam no processo de compreensão do discurso jurídico constitucional em um meio de semioses, a fim de apontar os componentes semióticos existentes dentro dos métodos hermenêuticos apontados pela doutrina constitucional.

1 OS ELEMENTOS QUE CONSTITUEM O DISCURSO JURÍDICO PERMEADO PELA LINGUAGEM

Para compreender as formas contributivas que a ciência da semiótica se propõe no auxílio da ciência jurídica (e, em especial, a hermenêutica constitucional), é necessário ter em mente o problema por que passa o direito positivo na atualidade. Fachin² nos alerta para a situação contemporânea de crise do Direito, em que há de se observar “[...] o momento de transição que ocorre, visto que a imposição do engessamento ocasionado pelas glosas dogmáticas começa a ruir”.

Segundo ele, essa problemática “não se trata de uma reciclagem funcional dos parâmetros do Direito [...], mas sim de uma recomposição do vínculo e da

² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1.

dedicação a partir de um redirecionamento dos afazeres didáticos e de pesquisa”³. Mostra o autor que, na sociedade contemporânea, a motivação dessa questão está baseada na não reprodução dos saberes, na complexidade das demandas judiciais, bem como na necessidade de resgate de valores éticos e de justiça.

Vislumbra-se o tratamento do direito positivo pelo “[...] formalismo exacerbado, bem como seu saber enclausurado nas definições abstratas que podem acabar por gerar imprecisão e negligência com o tempo”⁴. Ademais, surge, pois, um momento de reflexão e crítica, que é composto por estatutos de fundamentos da ciência jurídica, propondo-se, na realidade, uma nova maneira de ver o Direito.

Essa nova visão pode ser feita pelo aspecto da linguagem, uma vez que é difícil deixar de lado a constatação de que ela é um componente-chave para a elaboração de um discurso, inclusive o discurso jurídico. Para Warat⁵, a linguagem é tida como o meio para troca de informações e conhecimento, bem como o instrumento de controle para tais intercâmbios. Em outras palavras, “onde não há rigor linguístico não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”⁶.

Warat⁷ ainda nos ensina que o positivismo lógico é caracterizado pela sua preocupação obsessiva com a linguagem, uma vez que é o instrumento para a construção da visão do mundo jurídico, moldando, assim, o objeto do Direito com base nas informações contidas em sua própria linguagem.

Valle nos mostra que não há como se falar em hermenêutica jurídica sem, antes, abordar a própria linguagem em si. Nas palavras do autor, “a linguagem se apresenta como um dos caminhos de se fazer Direito, portanto, a análise do fenômeno jurídico não pode prescindir da análise do fenômeno da linguagem”⁸.

³ Ibidem, p. 3.

⁴ Ibidem, p. 4.

⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 37.

⁶ Idem.

⁷ Ibidem, p. 38.

⁸ Souza, 2004 apud Valle, 2010. In: GUNTHER, Luiz E.; SANTOS, Willians Franklin L.; GUNTHER, Noeli G. *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 45.

Feita essa primeira consideração, há de se mencionar a nova concepção que o sentido ocasionou nas últimas décadas (é o chamado “giro linguístico” ou “virada linguística”), até porque suas consequências acabam repercutindo no Direito Constitucional.

A razão moderna constituía-se no fato de que uma consciência produzia para si independentemente de um processo de comunicação, conforme ensina Streck⁹ (trata-se do paradigma da filosofia da consciência). Na realidade, o sentido deve ser entendido como algo que sempre produzimos reciprocamente por nós enquanto membros de uma comunidade linguística (ou seja, em contrapartida, temos a posterior filosofia da linguagem).

Streck¹⁰ explica, abordando a concepção platônica da ordem universal. Nela, há o acesso ao mundo das ideias pelo homem de forma incompleta. O autor entende que, para Platão, é possível conhecer as coisas sem saber o seu respectivo nome (ou seja, sem a linguagem). Dessa forma, a conclusão de Platão é de que a linguagem seria um mero instrumento, tendo um papel secundário. Essa tese platônica permeou toda a filosofia do Ocidente, como mostra Oliveira¹¹, não precisando de mediação linguística para se conhecer as coisas.

Como explica Coreth¹², até o século XIX, não se havia produzido uma visão unitária da linguagem. Essa concepção orgânica só passou a ser esboçada por Giambattista Vico, sendo desenvolvida por Johan Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt. A ideia que se tinha até então, por força da instituição do paradigma da filosofia da consciência, era de que a linguagem era mero instrumento de transmissão de pensamentos pré-linguísticos, não concebidos sem sua intervenção.

A mudança paradigmática em xeque é representada pelo rompimento da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, e, nos moldes atuais, ainda sofre dificuldades para recepção-la. Tal mudança de entendimento se deve ao fato de o sentido começar a ser percebido como algo rumo ao caráter prático,

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 53.

¹⁰ *Ibidem*, p. 100.

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 22.

¹² CORETH, Emerech. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: USP, 1973. p. 28.

visto que a sociedade pós-moderna exige, cada vez mais, esse dinamismo em contrário aos paradigmas lançados outrora.

Contudo, Streck¹³ afirma que não houve a recepção dessa devida mudança de paradigma na filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano da prática forense (nisso, inclui-se a hermenêutica constitucional). Para ele, os juristas ainda não se deram conta de que o Direito é linguagem e, como tal, deve ser considerada.

Como será apresentado posteriormente, é notável que o Direito Constitucional é permeado pela linguagem, uma vez que se compõe de elementos sógnicos que constroem a estrutura de um discurso presente na vida cotidiana, regulando (ou pelo menos deveria regular) as mais diversas relações da sociedade atual.

Contudo, faz-se necessário, neste momento, remeterem-se às características do direito positivo. Posteriormente, esses elementos (explanados no próximo item) serão vistos dentro do viés da linguagem. Dessa forma, será mais fácil perceber as dificuldades de se adequar a estrutura positivista à sociedade pós-moderna atual.

1.1 O DISCURSO DO POSITIVISMO JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já mencionado, o Direito tido como ciência produz discurso. Essa linguagem jurídica foi estabelecida nos moldes do Positivismo por seu precursor, Hans Kelsen, na famosa obra *Teoria pura do direito*. Para Coelho, na elaboração da teoria pura, “Kelsen está preocupado basicamente com o conhecimento do direito e os meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico”¹⁴.

Preliminarmente, estabelece-se o objeto do estudo dessa ciência. Nesse caso, o positivismo jurídico atem-se à observação da norma posta pelo Estado. Excluem-se, aqui, os fatores inerentes à formulação da norma, bem como os valores morais e sociais que a originaram. Essa discussão é ocupada pelas outras ciências interdisciplinares ao Direito.

¹³ Streck, op. cit., p. 53 et seq.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

A neutralidade é outra característica que aparece no conhecimento jurídico. Isso significa dizer que não se admite a adoção de qualquer tipo de juízo de valor agregado àquele utilizado para a edição da norma. Coelho¹⁵ explica que tal relação afastaria a análise como sendo de âmbito do conhecimento jurídico-científico.

Com esse afastamento de questões políticas, econômicas, axiológicas e históricas, o direito positivo procura buscar seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, que é a diretriz que norteia todas as normas que permeiam o ordenamento jurídico. Segundo Kelsen¹⁶, “a nenhuma ordem jurídica pode recusar-se a validade por sua causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico”.

Pode-se concluir, pois, que essa norma se traduz na promulgação da Constituição Federal, hierarquicamente superior às outras (constituindo seu fundamento de validade), que institui o Estado de Direito. Além disso, tem-se que a norma válida também é aquela editada por autoridade competente, sendo que seu conteúdo é irrelevante para a apuração da validade.

Um assunto que, para a teoria pura, não se apresenta de forma obrigatoriamente lógica é a questão das lacunas. Essas são entendidas como a falta de regulamentação por norma jurídica de um caso particular. Mediante o fato, o ordenamento jurídico prevê a forma de integração (costumes, analogia, princípios gerais, etc.). Para Kelsen¹⁷, essa possibilidade não é concebida. Ele ensina que, uma vez que o sistema jurídico se encontra organizado por normas de forma deontica, existem apenas duas possibilidades: ou existe conduta tipificada na norma, cuja violação é a sanção; ou há conduta em que não há previsão jurídica proibitiva, logo, é permitida.

1.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE PÓS-MODERNA

A conquista histórica de várias liberdades ocasionou expansão nos tipos de relações sociais. Para Lipovestky¹⁸, nas décadas anteriores, a ação humana era guiada pelas leis da Igreja e do Estado. Com aumento das conquistas dos

¹⁵ Ibidem, p. 2.

¹⁶ Kelsen, 1960 apud Coelho, 2001, p. 11.

¹⁷ Kelsen, 1960 apud Coelho, 2001, p. 38.

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 34.

direitos fundamentais, os indivíduos passaram a reger suas próprias condutas, ficando sob o julgamento da responsabilização delas. Isso teria gerado os grandes transtornos psicológicos da atualidade, segundo o autor.

De acordo com suas ideias, o fato de a responsabilidade cair sobre o indivíduo faz que a insegurança tome conta de seus pensamentos. Além da incerteza, a complexidade se apresenta como a principal característica da sociedade pós-moderna. Isso porque o núcleo familiar, as relações de consumo, as relações de trabalho, as relações econômicas e todas as outras relações sociais são bem maiores e peculiares que as de décadas atrás, e isso vem aumentando ano após ano.

Diante desse cenário, o direito positivo encontra limitações para resolver todos os conflitos atuais. Segundo Streck¹⁹, “nos casos apontados, a dogmática jurídica coloca à disposição do operador *prêt-à-porter* significativo contendo uma resposta rápida e pronta”. O grande problema é quando o caso concreto abrange várias outras variantes não previstas no ordenamento, ou, se previstas, de aplicabilidade dúbia àquele fato.

Essa problemática também é proposta pelo Professor André Trindade²⁰, que afirma que “a normatividade procura acompanhar a dinâmica social pós-moderna, no entanto é vencida pela progressiva adaptabilidade e ampliação das trocas sociais/culturais (globalização)”.

De acordo com Streck²¹, estabelece-se a crise do modo de produção do Direito a partir do momento em que as relações de conflitos transindividuais atuais são solucionadas (ou, pelo menos, em tentativa) por normas de conflitos interindividuais, que são as fixadas pelo direito codificado.

Nesse pensamento, vê-se o direito constitucional, também, inserido em tal estrutura “engessada”. Contudo, no âmbito da Constituição, pode-se perceber essa problemática mais evidentemente, uma vez que, como visto anteriormente, ela é o parâmetro para a validação de todo o resto do ordenamento jurídico.

¹⁹ Streck, 2000, p. 35.

²⁰ TRINDADE, André Fernando dos Reis. Autopoiese da União Européia: a organização circular do sistema jurídico europeu. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e Constituição - Os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UFP, 2005. p. 179.

²¹ Streck, 2000, p. 36.

2 OS COMPONENTES SEMIÓTICOS NA ELABORAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO

Após estabelecida a problemática do Direito Constitucional na pós-modernidade, faz-se necessário traçar os componentes básicos desta ciência chamada semiótica, que se apresenta como uma das possibilidades de dinamizar o discurso jurídico, a fim de maximizá-lo, dando-lhe uso maior que o impregnado na norma positivada, em razão das complexas situações sociais modernas.

Assim, o conceito da semiótica nos é dado por Lucia Santaella²², que afirma ser a ciência dos signos, uma vez que o vocábulo se origina da raiz grega *semeion*, que significa signo. O signo a que se refere é o signo da linguagem. A semiótica é, portanto, a ciência que se ocupa das manifestações da linguagem, o sentido e a comunicação.

Um estudo relativamente recente, com diversas vertentes que surgiram quase ao mesmo tempo em diversas partes do globo. É pertinente, então, nesse caso, apresentar os principais panoramas semióticos, no intuito de extrair os compostos mais inerentes à elaboração e/ou interpretação de um discurso jurídico eficaz.

2.1 A SEMIÓTICA DE HJELMSLEV: O PLANO DE EXPRESSÃO E O PLANO DE CONTEÚDO CONSTITUCIONAL

Com grande destaque no âmbito da linguística, Louis Hjelmslev, ao assimilar-se muito com as propostas de Saussure, também sugere a linguagem como um sistema de signos. Mesmo não inovando, ao definir o signo como algo que representa outra coisa, o autor deixa um pouco de lado a análise da linguagem em signos para visualizá-la a partir da expressão e do conteúdo, que, ao que indica, parece ser a contribuição mais importante de Hjelmslev para o Direito Constitucional.

O teórico estabelece a estruturalização da função semiótica, que é constituída de dois planos: o plano de expressão e o plano de conteúdo.

O plano de expressão se constitui na forma em que o signo se apresenta. Trata-se da maneira como ele é retratado no mundo. Volli²³ exemplifica as cores do semáforo como o plano de expressão da linguagem de trânsito. Já o plano de

²² SANTAELLA, Lucia. *O que é semiótica?* São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 7.

²³ VOLLI, Ugo. *Manual de semiótica*. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 60.

conteúdo reflete no sentido que o intérprete compreende do plano de expressão. No mesmo exemplo, o plano de expressão “verde” (a manifestação do signo) corresponde ao plano de conteúdo “siga” (o significado que ele tenta exprimir ao receptor da mensagem), e assim por diante.

Ao analisarmos a linguagem jurídica, podemos ver nitidamente a presença dessa relação descrita por Hjelmslev. O plano de expressão jurídico pode ser exemplificado na norma jurídica posta pelo direito positivo. O plano de conteúdo é o sentido dessa norma que deve ser seguido. O que acontece principalmente na doutrina dogmática é a discussão acerca do plano de conteúdo, ou seja, do significado que deve ser melhor ser aplicado, em virtude de algum termo ambíguo usado no plano de expressão (isto é, na norma).

2.2 OS COMPONENTES SEMIÓTICOS DE GREIMAS E O DIREITO

Algirdas Julius Greimas e o Grupo de Investigações Semiologias da Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais também desenvolveram contribuições significativas aos estudos semióticos. A teoria greimasiana se baseia na chamada teoria do texto. Nas palavras de Barros²⁴, “a semiótica tem por objeto o texto, ou melhor, procura descrever e explicar *o que o texto diz e como ele faz para dizer o que diz*”.

É de total pertinência, pois, explicar em primeiro lugar a noção de texto, segundo as ideias greimasianas. Na verdade, existem duas vertentes sobre essa concepção que se complementam. A primeira entende o texto como “todo de um sentido”, ou seja, um objeto de significação, fazendo, dessa forma, um exame minucioso para estruturá-lo, descrevendo seus mecanismos e procedimentos. A segunda vê o texto como objeto de comunicação entre dois sujeitos, isto é, tudo que expresse uma ideia. A tendência é de não separar essas duas esferas por entender serem complementares uma a outra.

Com o Direito o conceito não é diferente. O texto jurídico (e não se subentende nisso apenas a norma jurídica, uma vez que, para Greimas, o texto pode ser tanto verbal quanto não verbal) pode ser todo o composto de como o direito positivo é implementado na estrutura do Estado, de modo que comunica as mensagens emitidas por ele aos seus destinatários (os administrados), sendo que, ao analisar o sentido dessa mensagem, não se pode deixar de lado como ela

²⁴ BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria semiótica do texto*. 4. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 7.

foi construída (por exemplo, não se pode deixar de ter em mente seu contexto sócio-histórico).

Outro ponto importante da teoria semiótica do texto greimasiana é a construção do percurso gerativo feito pelo sentido. Em outras palavras, o plano de conteúdo passa por um determinado caminho pelas estruturas narrativas para que se atinja o sentido pelo enunciatário (ou seja, o receptor). Barros²⁵ explica que o percurso do sentido vai do mais amplo e abstrato ao mais complexo e concreto, passando por etapas.

O discurso jurídico passa pelo mesmo percurso gerativo, tendo em vista que, ao interpretá-lo, o intérprete do Direito o analisa, primeiramente, em um nível geral, em que é concebida a visão geral que é tratada. Em seguida, passa-se a um nível intermediário, identificando o sentido da norma. Finalmente, chega-se à última etapa, também denominada de “nível das estruturas discursivas”, em que se pretende extrair o ponto de vista do responsável pela comunicação da norma jurídica objeto da análise.

O exemplo máximo que pode ser encontrado neste último nível de interpretação é o próprio princípio da subsunção, cada vez mais discutido na seara jurídica. O que se pretende é investigar o contexto em que a norma fora criada, a fim de procurar identificar se a finalidade primeiramente pretendida é a mesma do caso concreto, no intuito de aplicar o dispositivo legal ao fato. Mas, para que isso aconteça, é necessário atingir este último nível do percurso gerativo da norma em questão.

2.3 OS COMPONENTES SEMIÓTICOS DE PEIRCE E O DIREITO

Charles Sanders Peirce foi o autor que mais escreveu manuscritos acerca dos estudos semióticos. Streck²⁶ afirma que se suas obras não tivessem sido inéditas ou mesmo publicadas antes de 1930, elas teriam exercido grande influência até mesmo para os linguistas na constituição da teoria linguística.

Um detalhe importante a mencionar é o fato de Hjelmslev ter tentado (sem êxito) abordar uma análise do sentido com a utilização de métodos unicamente linguísticos. Para Coelho Netto²⁷, Peirce faz exatamente o contrário. Segundo

²⁵ Ibidem, p. 9.

²⁶ Streck, 2000, p. 137.

²⁷ COELHO NETTO, José Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 52.

ele, a análise do sentido pressupõe a interdisciplinaridade de outras ciências. A filosofia, sociologia, antropologia, psicologia, entre tantas outras, não podem ser deixadas de lado para tão profunda interpretação, sob pena de perder de vista a real dimensão do objeto no mundo.

Nesse sentido, pode-se dizer que, para Peirce, a semiótica “obriga” o intérprete a criar certo repertório, a fim de ter condições de identificar os valores contidos no objeto e poder perceber melhor o seu sentido. A análise do discurso jurídico não foge disso. É corriqueiro ver os juristas terem que recorrer a outras ciências para chegar ao sentido mais preciso da norma e, mesmo na sua formulação, se utilizarem desse recurso.

As propostas de Peirce são inúmeras; porém, ao que parece mais acertado a este estudo, é abordar as categorias do signo estabelecidas pelo autor. Trata-se da maneira de apreensão de um fenômeno no mundo. Nas palavras de Santaella²⁸, “exemplificar as categorias como manifestações psicológicas significa examinar os modos mais gerais conforme os quais se dá a apreensão dos fenômenos na consciência”. Essas categorias do signo são: a primeiridade, a secundidade e a terceiridade.

A primeiridade recobre o nível do sensível. Abrange aqui nesse conceito, também, o ícone, ou seja, a maneira como o signo se apresenta no mundo, sua semelhança com o objeto representado. Para Santaella²⁹, trata-se “de uma consciência imediata tal como ela é”. É simplesmente aquela impressão do momento. Streck³⁰ a caracteriza como “aquilo que envolve um segundo”, devendo ser presente e imediato. Nessa categoria, o Direito não deve ser analisado profundamente, levando-se em conta, apenas, aquela impressão que se obteve quando o Direito se depara na vida de um cidadão naquele momento. Aquele pensamento único é o nível de primeiridade de Peirce.

Já a secundidade trabalha a experiência com o objeto. É o nível do índice, ou seja, o que Coelho Netto³¹ define como o “signo que se refere ao objeto denotado em virtude de ser diretamente afetado por esse objeto”. Diferente da primeiridade, que fica no imaginário, este é o nível do mundo real. É quando o indivíduo se choca com o fato jurídico. Esse também é pensável, pois geralmente

²⁸ Santaella, 1983, p. 40.

²⁹ Ibidem, p.43.

³⁰ Streck, 2000, p. 138.

³¹ Coelho Netto, 2007, p. 58.

se reflete nos comandos que o direito positivo estipula ao cidadão, acompanhado de uma sanção, motivo por que acaba, geralmente, havendo uma ação (ou omissão) do indivíduo sem muito racionalizar na sua causa.

A terceira categoria, a terceiridade, é a aquela que reflete o pensamento, a razão. Nesse momento, cobre-se o campo do símbolo, isto é, o que, na definição de Coelho Netto³², trata-se do “signo que se refere ao objeto denotado em virtude de uma associação de ideias produzida por uma convenção”. Essa é a camada em que interpretamos o Direito. Ao trabalhar com a inteligibilidade, pode-se interpretar e perceber o sentido que o Direito está nos trazendo com aquele determinado texto jurídico.

Com as definições semióticas expostas, é momento de perceber como esses componentes atuam na ciência jurídica, e, principalmente, de que maneira o Direito Constitucional pode se beneficiar das evoluções da semiótica para adaptar-se à realidade social contemporânea.

3 OS MÉTODOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SOB O VIÉS DA LINGUAGEM

Exposta a problemática atual do direito positivo na pós-modernidade e estabelecidos os critérios semióticos de construção do discurso, é de se indagar como a ciência da linguagem pode contribuir para que a interpretação da Constituição Federal de 1988 não venha travar engessamento do positivismo. A resposta para isso fica a cargo dos autores de Direito Constitucional, que trazem à baila os métodos hermenêuticos para adequar a Carta Magna aos casos concretos mais complexos.

Tratam-se de situações, muitas vezes, não previstas no ordenamento jurídico, que forçam o intérprete a recorrer-se ao texto constitucional, a fim de dar a melhor solução à celeuma instaurada. Afinal, nas palavras de Canotilho³³,

a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares.

³² Idem.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 2012-2013.

Como se pode perceber pelo enunciado do autor, os vários métodos de hermenêutica constitucional se somam e se complementam, utilizando-se daquele que se apresenta como o mais contingente à situação.

3.1 A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO DOS MÉTODOS CLÁSSICOS

Os chamados métodos jurídicos ou clássicos são trazidos pelos autores, pois, afinal, contribuem para a solução dos conflitos, no sentido de exprimir o sentido da exegese da norma constitucional.

O Professor Gilmar Mendes³⁴ nos ensina que,

para os adeptos desse método, a despeito da posição que ocupa na estrutura do ordenamento jurídico, a que serve de fundamento e fator de integração, a Constituição essencialmente é uma lei e, por isso, há de ser interpretada segundo as regras de hermenêutica articulando-se e completando-se, para revelar o seu sentido, os mesmos elementos – genético, filológico, lógico, histórico e teleológico – que são levados em conta na interpretação das leis em geral.

Principalmente quanto aos elementos lógico e literal, vislumbram-se os ensinamentos de Saussure, com a semântica e a sintaxe, que podem ser resumidos, de uma maneira simples, por ocupar-se da investigação dos significados das palavras.

A semântica também trata do signo como unidade de um sistema da linguagem. No caso do direito positivo, o signo refere-se às normas jurídicas positivadas, que expressam uma conduta.

Ademais, a semântica no Direito não trata só do texto legal, mas também de todo o estudo que aborde a relação do homem com a sociedade, atendo-se, porém, sempre ao vínculo do significado com a realidade. Dessa forma, a análise semântica jurídica busca o significado correto dos termos e das expressões nos dispositivos legais, eliminando, assim, os demais e excluindo possíveis imprecisões.

³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122.

Pode-se perceber que a maior utilização da semântica no direito positivo constitucional está na elaboração dos manuais técnicos e dicionários jurídicos, que procuram restringir o máximo possível a aplicação do significado da norma.

Outra possibilidade de se analisar a linguagem jurídica é por intermédio da sintaxe. Na verdade, a sintaxe trabalha quase que conjuntamente com a semântica, tendo em vista que pode ser observada dentro do contexto da relação sintagmática estipulada por Saussure, explicado no capítulo anterior. A diferença é que, assim como essa relação, a análise sintática atém-se à abordagem dos elementos entre si de uma mesma formulação, enquanto que, na semântica, atribui-se olhar especificamente àquele elemento.

Saussure³⁵ considera que os elementos são colocados em um determinado texto de forma que, mesmo pertencente a categorias diferentes, produzem sentido, já que mantém relação de vínculo entre si. “A relação que nesse caso se estabelece é chamada *sintagmática* (por analogia com a sintaxe da frase linguística, o ‘estar junto’ dos seus diferentes elementos)”³⁶.

O objeto é a averiguação do signo jurídico em relação com os demais signos presentes. Isso quer dizer que se analisa a norma jurídica sob a perspectiva da relação de cada termo que a compõe. Cada expressão e palavra é vista de acordo com a outra, a fim de manter, no final, o significado proposto pelo constituinte.

Tudo isso serve para que os signos não sejam simplesmente colocados ao acaso na norma jurídica e que, dessa forma, possa ser possível tanto a codificação do emissor/constituinte quanto a decodificação da mensagem por parte do intérprete/jurista.

Outro fundamento sintático importante a se levantar no discurso positivista jurídico é a questão da compatibilidade das normas no ordenamento. Tem-se que a teoria pura kelseniana estabeleceu um fundamento de validade (no caso na presente análise, a Constituição), em que se pressupunha a compatibilidade da norma de acordo com a norma maior. Esse fundamento nada mais é do que o fato de a norma jurídica estar sintaticamente adequada à Carta Magna que estabelece o ordenamento a que pertence.

³⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 20. ed. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 142.

³⁶ Volli, 2007, p. 55.

Contudo, assim como acontece com a semântica, todos esses fundamentos ainda são insuficientes para se adequar o direito positivo a uma sociedade complexa. Essas duas funções da linguagem jurídica pertencem apenas ao campo teórico das formulações, enquanto que existe a necessidade de se buscar questões práticas para os problemas da vida em sociedade atual.

3.2 O MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO E A SEMIÓTICA GREIMASIANA

O método tópico-problemático é apresentado por Gilmar Mendes, em sua obra *Curso de direito constitucional*, com base na doutrina hermenêutica alemã. Trata-se de método contemporâneo de interpretação que parte do problema concreto para a norma, ao aplicar de forma prática a solução do conflito. Nas palavras do autor³⁷,

aceitando, em contraposição a esse ponto vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta; e que, afinal a tópica é a técnica do pensamento problemático; pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as aportas emergentes da interpretação concretizadora desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método tópico-problemático representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se chegar até a Constituição.

Com essa definição, é possível relacionar tal hipótese com os ensinamentos greimasianos da teoria do texto. A partir do que fora exposto sobre essas ideias, vê-se que existe a possibilidade das diferentes versões do texto constitucional, mediante o contexto em que se insere.

Em outras palavras, ao se considerar, em um primeiro momento, o problema, percebe-se a mudança de sua significação quando se altera a forma de adequá-lo à norma. Com isso, o sentido da norma constitucional aprofunda-se ou não de acordo com a ênfase aplicada pelo intérprete.

³⁷ Branco; Coelho; Mendes, 2009, p. 123.

3.3 A SEMIÓTICA DE PIERCE COMO BASE DO MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

Outro método contemporâneo muito citado é o hermenêutico-concretizador, em que, ao contrário do tópico-problemático, o objeto inicial da análise é a norma constitucional, para, então, dirigir-se ao problema, valendo-se o jurista de suas pressuposições sobre o tema para só então trabalhá-las no caso concreto. Mendes argumenta³⁸:

O ponto de vista dos que recomendam essa postura hermenêutica, de resto pouco diferente do método tópico-problemático, é a consideração de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela pré-concepção do intérprete/aplicador, a quem compete concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente é posto a seu exame, para que ele o resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça.

A partir dessa concepção, é visível que tal metodologia se assemelha ao estudo do signo em si. Em outras palavras, vislumbra-se uma grande semelhança entre o método hermenêutico-concretizador e a semiótica de Charles Pierce.

Como dito anteriormente, as pressuposições do jurista podem ser aplicadas aos conceitos das categorias do “signo constitucional”: a primeiridade, a secundidade e a terceiridade.

A fim de visualizar as pré-concepções do intérprete, é possível concebê-las no nível da primeiridade, quando se considera a norma constitucional na forma icônica, ou seja, como regra abstrata posta pelo direito positivo. Ao analisar a secundidade como índice, percebe-se que surgiu fato correlacionado à norma prevista pelo constituinte. Por fim, em um nível de terceiridade, considera-se a Constituição Federal com símbolo, composto pelo conjunto de ideias e conceitos globalmente convencionados. E apenas com a definição de todo o “símbolo constitucional” é o que aplicador da Carta Magna partirá para a solução prática.

³⁸ Ibidem, p. 125.

3.4 O MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL SOB A PERSPECTIVA DA SEMIÓTICA DA CULTURA

Mais um método bem elencado pela doutrina é o científico-espiritual, que considera a Constituição como parte de um processo cultural. Em outras palavras, a análise é feita a partir da realidade social e dos valores contidos na Carta Magna. O Professor Inocêncio Mártires Coelho³⁹ afirma que “tanto o direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores”.

Já Mendes⁴⁰ reforça o caráter da Constituição como integrante de um povo, nos seguintes dizeres:

[...] o que dá sustentação ao método científico-espiritual é, precisamente, a idéia de Constituição como instrumento de integração, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, [...], mas também – e principalmente –, em perspectiva política e sociológica, enquanto instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e de preservação da unidade social.

Tal metodologia pode ser vista sob a perspectiva da ainda não mencionada semiótica russa ou soviética, que tem como precursores, entre outros, Iuri Lotman e Mikhail Bakhtin. Esses ensinamentos soviéticos, mais do que analisar o signo em si, consideram a cultura em que ele se encontra inserido, para poder atingir a melhor interpretação do significado.

Para Lotman⁴¹,

cultura é compreendida aqui como o sistema que se encontra entre o homem (como uma unidade social) e a realidade que o circunda [...]. Sendo assim, algumas informações revelam-se como essencialmente importantes e outras são ignoradas nos limites dessa cultura.

³⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

⁴⁰ Branco; Coelho; Mendes, 2009, p. 126.

⁴¹ Lotman apud Américo, 2012. *Alguns aspectos da semiótica da cultura de Iuri Lotman*. São Paulo: USP, 2012. p. 82.

Como se pode perceber, o método científico-espiritual vai ao encontro das ideias russas, uma vez que considera a Constituição como um instrumento de integração social, bem como o dever de o intérprete levar em consideração os axiomas nela contidos.

Há de se ressaltar, ainda, o conceito de intertextualidade ou dialogismo, em que um texto se insere em outro, carregando consigo a sua cultura para dentro do texto maior. Barros e Fiorin⁴² conceituam a intertextualidade ou dialogismo como

uma referência ou uma incorporação de um elemento discursivo a outro, podendo reconhecê-lo quando um autor constrói sua obra com referência a textos, imagens ou sons de outras obras e autores a até por si mesmo, como uma forma de reverência, de complemento e de elaboração do nexos e sentido deste texto/imagem.

Diante de tal conceito, pode-se vislumbrar a semelhança com o método abordado, visto que o jurista precisa identificar os valores (textos) impregnados no texto maior, ou seja, na Carta Magna, para, enfim, atingir a exegese da norma constitucional e aplicá-la ao caso concreto.

Ao finalizar, ressalte-se que todos esses conceitos envolvendo a hermenêutica constitucional nada mais são do que a aplicação dos componentes semióticos, desde os mais estruturais até aqueles que envolvam níveis maiores de interpretação do Direito Constitucional. É possível, pois, ver os ensinamentos da semiótica permeados por toda a análise do discurso do texto maior.

CONCLUSÃO

Inicialmente, viu-se que o Direito se constitui de discurso permeado pela linguagem. Esse discurso é sócio e capaz produzir sentido. Logo, percebeu-se a inclusão do texto jurídico na mudança paradigmática do sentido a partir da composição da filosofia da linguagem. Em paralelo a isso, observou-se um direito positivo estagnado mediante uma sociedade pós-moderna incerta e complexa, com mudanças extremamente dinâmicas.

⁴² Barros; Fiorin, 1999 apud Zani, 2003. Intertextualidade: considerações em torno do dialogismo. *Rev. em Questão*, Porto Alegre: UFRGS, v. 9, n. 1, p. 121, 2003.

Posteriormente, estudaram-se as principais teorias da semiótica. Procurou-se, ali, extrair as ideias mais condizentes a fazer uma leitura do discurso jurídico a partir desses componentes.

Finalmente, objetivou-se analisar os benefícios dos conceitos semióticos para o Direito Constitucional, no sentido de que ele possa adaptar-se às mudanças sociais da sociedade atual. Para isso, abordaram-se os métodos de hermenêutica trazidos pela doutrina constitucional.

O primeiro método foram os clássicos ou tradicionais, abordados pela semântica e pela sintaxe. Na realidade, elas se atêm ao significado dos termos expressos nas normas constitucionais, procurando evitar incertezas e imprecisões, bem como também dá a elas ênfase estruturalista, reforçando os moldes do positivismo jurídico. Entretanto, percebeu-se também que tanto a semântica quanto a sintaxe apenas se preocupam em explicar a estrutura engessada do direito positivo, o que não necessariamente precisa ensinar algo ruim, visto que é o instrumento mais utilizado para a elaboração dos manuais técnicos jurídicos.

O segundo método analisado foi o tópico-problemático, a partir das ideias semióticas de Greimas. Nelas, notou-se que houve avanços significados em busca da potencialização da Constituição, ao passo que se estabelece a relação do signo jurídico com o intérprete, objetivando, assim, a procura do melhor uso da Carta Magna mediante o contexto do caso concreto.

Ainda foi observado o método hermenêutico-concretizador sob o prisma da semiótica americana de Pierce, considerando a Constituição como um símbolo, a partir das suas três categorias de análise.

Por fim, estudou-se a contribuição dos preceitos semióticos russos para com o método científico-espiritual, ressaltando o fenômeno da cultura como parte da construção do discurso constitucional, bem como a intertextualidade de textos (valores) nela trazidos.

Ressalta-se que esses métodos de hermenêutica elencados pela doutrina jurídica também possuem base nos pilares da semiótica (qualquer que seja a sua vertente), afinal o Direito Constitucional também é uma manifestação da linguagem. Portanto, o intérprete do Direito não deve deixar de lado esses conceitos, uma vez que o que se propõe aqui é a dinamização da Constituição, ou seja, sua potencialização, aplicando-a da melhor forma possível, de acordo com a situação fática.

REFERÊNCIAS

- AMERICO, Ekaterina Vólkova. Alguns aspectos da semiótica da cultura de Iuri Lotman. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8155/tde-07112012-124602/pt-br.php>>.
- BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria semiótica do texto*. 4. ed. São Paulo: Ática, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO NETTO, José Teixeira Coelho. *Semiótica, informação e comunicação*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- CORETH, Emerech. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: USP, 1973.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GUNTHER, Luiz E.; SANTOS, Willians Franklin L.; GUNTHER, Noeli G. *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- SANTAELLA, Lucia. *O que é semiótica?* São Paulo: Brasiliense, 1983 (Primeiros Passos, 103).
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 20. ed. São Paulo: Cultrix, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. Autopoiese da União Européia: a organização circular do sistema jurídico europeu. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e Constituição – Os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UFP, 2005.
- VOLLI, Ugo. *Manual de semiótica*. São Paulo: Loyola, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ZANI, Ricardo. Intertextualidade: considerações em torno do dialogismo. *Rev. em Questão*, Porto Alegre: UFRGS, v. 9, n. 1, 2003. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EmQuestao/article/view/65>>.

Submissão em: 10.07.2017

Avaliado em: 02.08.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.08.2017 (Avaliador B)

Avaliado em: 27.08.2017 (Avaliador C)

Aceito em: 16.11.2017

A IMPLEMENTAÇÃO DO CRAM DOWN - COMPARAÇÃO ENTRE A LEI BRASILEIRA DE FALÊNCIAS E O CAPÍTULO ONZE DO US BANKRUPTCY CODE

CRAM DOWN IMPLEMENTATION - COMPARISON BETWEEN THE BRAZILIAN BANKRUPTCY LAW AND THE CHAPTER ELEVEN OF THE US BANKRUPTCY CODE

Yduan de Oliveira May¹

Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc, Criciúma/SC, Brasil)

Lucas Ferreira de Farias²

Advogado (Criciúma/SC, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito empresarial; direito falimentar.

RESUMO: Este artigo aborda a implementação do *Cram Down*, realizando comparação entre a Lei de Falência brasileira e o capítulo onze do US Bankruptcy Code. Busca definir corretamente o instituto, identificar as semelhanças e diferenças entre os modelos norte-americano e brasileiro, e analisar a jurisprudência nacional sobre o tema.

ABSTRACT: *This paper discusses the implementation of Cram Down, comparing*

the Brazilian Bankruptcy Law and the chapter eleven of the US Bankruptcy Code. Aims to precisely define the institute, to identify the similarities and differences between American and Brazilian models; and, analyses Brazilian jurisprudence.

PALAVRAS-CHAVE: cram-down; falências; bankruptcy code.

KEYWORDS: *cram-down; bankruptcy; bankruptcy code.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de *Cram Down*; 2 O instituto do *Cram Down*

¹ Mestre e Doutor em Direito - UFSC. Advogado. E-mail: ym@unesc.net. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6651131192812802>>

² Bacharel em Direito - Unesc. E-mail: lucasffarias@hotmail.com.

na Lei de Falências e no US Bankruptcy Code; 3 A implementação do *Cram Down* na jurisprudência brasileira; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The concept of Cram Down; 2 The institute of Cram Down in the Brazilian Bankruptcy Law and in the US Bankruptcy Code; 3 The implementation of Cram Down on brazilian jurisprudence; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O atual cenário econômico-financeiro nacional tem colocado em evidência o processamento de diversas recuperações judiciais, instituto criado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências, LF). Colocada em destaque durante a crise atravessada pela companhia aérea Varig S.A. e suas subsidiárias em 2005, a recuperação judicial ganhou notoriedade quando requerida pelo conglomerado de empresas de propriedade do ex-bilionário brasileiro Eike Batista, e, nos dias atuais, tem sido alvo de diversas empreiteiras investigadas pela Operação Lava Jato, em especial da empresa OAS S.A.

Com a introdução, no Direito brasileiro, da recuperação judicial de empresas, o direito concursal brasileiro ganhou novas faces, por meio de significativas mudanças em sua estrutura. Ao passo que a extinta concordata era tida como um mero favor legal fornecido pelo Poder Judiciário ao empresário quando se encaixasse em determinados requisitos preestabelecidos pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, sem maiores possibilidades de implementação de outras medidas; a recuperação judicial concede a empresa em crise a possibilidade de uma maior negociação, além de significativa dilação de prazos para pagamento dos credores, tornando-se um efetivo meio de combate à crise econômica que assola nosso País.

A nova lei é norteada pela vontade dos credores (na aprovação ou não do plano) e pelos princípios de função social e preservação da empresa, sendo que estes prevalecem sobre os demais. Ainda, diferente da antiga concordata, na qual os credores eram meros espectadores da insolvência da empresa, foi instituída a chamada assembleia-geral de credores, criando, de certa forma, uma verdadeira arena de negociação entre a empresa devedora e os credores, apresentando-se como uma forma coerente de tentar ressuscitar o negócio que passa por momentânea crise econômico/financeira.

A assembleia-geral de credores pode ser considerada o coração de todo o processo de recuperação judicial da empresa, uma vez que é o órgão responsável, mediante votos dos credores, de aprovar ou não o plano de recuperação judicial que delimitará as formas de recuperação da empresa além dos prazos e da forma de pagamento dos créditos habilitados no processo.

O plano de recuperação judicial apresentado pela devedora torna-se a peça mais importante do processo de recuperação judicial. Nele se elencam os objetivos associados ao instituto da recuperação judicial, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social.

Entretanto, de acordo com Fabio Ulhoa Coelho (2015, p. 220), um bom plano de recuperação judicial não é garantia absoluta do sucesso da recuperação judicial da empresa. Fatores macroeconômicos da economia externa ou interna, forte concorrência no segmento de mercado ou mesmo a imperícia nas conduções da execução do plano podem comprometer a reorganização almejada.

Caso o plano não tenha sofrido nenhuma objeção por parte dos credores, ele será homologado pelo juiz. Entretanto, havendo objeções impostas ao plano de recuperação judicial apresentado pela empresa, o juiz, a rigor do art. 56, § 1º, da Lei, de imediato, convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre a aprovação do plano apresentado pela empresa aos credores.

Nesse ponto, opina Carlos Roberto Claro (2009, p. 158):

Muito embora o art. 56 estabeleça que, apresentada a objeção por qualquer credor, deverá o juiz convocar a assembleia geral de credores para deliberação a respeito, entendo que tal dispositivo deve ser recebido com muitas reservas. Primeiramente, sendo certo que o Código de Processo Civil é de ser observado supletivamente, caberá inicialmente intimação do devedor a fim de que em prazo razoável (interpretação do art. 185 do CPC) se pronuncie a respeito da impugnação pelo credor apresentada, observado o princípio da bilateralidade de audiência. Isso porque a impugnação do credor poderá ser restrita a um único aspecto, situação totalmente contornável, sem que haja necessidade de convocação da assembleia, muito embora o art. 35, inciso I, letra *a*, estabeleça que

a este órgão é dada a atribuição de aprovar, rejeitar ou mesmo modificar os termos do plano de recuperação pelo devedor apresentado.

É plausível a ideia apresentada pelo autor, uma vez que as impugnações promovidas pelos credores devem ser analisadas de forma rígida pelo magistrado, isso porque algumas delas podem ser de caráter meramente protelatório, ocasionando uma série de prejuízos à empresa em crise com a demora da homologação do plano de recuperação judicial e, conseqüentemente, da concessão definitiva dos benefícios da recuperação judicial.

Ocorre que, na análise dos casos concretos, verifica-se que nem sempre as decisões tomadas na assembleia-geral de credores obtêm o quórum necessário para aprovação do plano de recuperação judicial, delimitado pelo art. 45 da Lei nº 11.101/2005, o que, por certo, acarretaria na convocação em falência da empresa recuperanda. Foi nesse sentido, com objetivo de evitar a falência da empresa e embasada claramente em dispositivo semelhante criado pela legislação norte-americana, que o legislador brasileiro criou um quórum alternativo de aprovação do plano de recuperação judicial rejeitado em assembleia.

De igual sorte, aquele plano aprovado em assembleia-geral de credores poderá não ser homologado pelo juiz. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, decretou a nulidade da deliberação da assembleia-geral de credores que aprovara o plano de recuperação judicial da Cerâmica Gytoku, uma vez que o plano supostamente violaria os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade e da razoabilidade, em especial o princípio do *pars conditio creditorum* e as normas de ordem pública, tudo com base em julgados do Superior Tribunal de Justiça, em especial no REsp 1314209/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22.05.2012.

Nos casos de rejeição do plano de recuperação judicial, é facultado ao magistrado, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101/2005, superar o voto manifestamente contrário de determinados credores para obter a aprovação do plano de recuperação judicial, desde que o plano tenha obtido certo quórum alternativo estabelecido pelo próprio artigo e não incorra em discriminação injusta dos credores que o rejeitaram.

Referido dispositivo tem sido chamado por grande parte da doutrina de *Cram Down* brasileiro em razão de sua semelhança com o *Cram Down* originário

da legislação norte-americana, e que remete a uma ideia de imposição, isto é, faculta ao magistrado a aprovação de um plano de recuperação judicial rejeitado pelos credores em assembleia.

Por outro lado, o que se percebe, na prática, é que, apesar da semelhança entre os institutos, a jurisprudência pátria se obrigou a construir alternativas para implementá-lo no Direito pátrio, haja vista o rigor e a dificuldade de atender aos requisitos elencados pelo art. 58 da LF.

Diante deste cenário, necessária é a análise dos requisitos presentes na Lei e compará-los aos requisitos elencados no Direito norte-americano, de modo a buscar a melhor solução para os casos concretos, sempre objetivando a consecução dos princípios da preservação da empresa e de sua função social.

1 O CONCEITO DE *CRAM DOWN*

A Lei nº 11.101/2005 concedeu aos credores a oportunidade de deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial da empresa em crise, optando, colegiadamente, por meio do quórum estabelecido pelo art. 45 da Lei, pela concessão ou rejeição da recuperação, possibilitando a criação de uma esfera de negociação entre credores e devedor, diferentemente do previsto pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945.

Ocorre que o resultado desse conclave não é absoluto. Frederico Augusto Simionat (2008, p. 117) ensina que nem sempre o devedor vencido em assembleia-geral vai à falência. Isso se deve ao fato da previsão disposta no art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101/2005, que prevê que o plano de recuperação judicial reprovado pela assembleia-geral poderá ser homologado pelo magistrado, desde que cumpra os requisitos de lei.

Dessa forma, mesmo que o devedor não tenha alcançado na assembleia o quórum necessário para aprovação do plano de recuperação judicial, a lei permite que o juiz intervenha no resultado da votação, podendo, por meio de decisão própria, impor a aprovação do plano aos credores, mesmo em relação aos dissidentes.

É dessa possibilidade de imposição do plano pelo magistrado aos credores que surgiu o instituto do *Cram Down*, cujos pilares estão sedimentados na legislação falimentar norte-americana, que expressa a ideia de imposição, ou, nas palavras de Fábio Tokars (2017), “empurrar goela abaixo”, levando em conta

o fato de alguns credores, embora se posicionarem de forma contrária ao plano apresentado, serem obrigados a acatar a decisão judicial.

Tendo em vista a influência que a legislação falimentar norte-americana exerceu sob a legislação brasileira quando da elaboração desta, os doutrinadores Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg (2005, p. 323) conceituam de maneira sucinta o instituto, como se vê:

A legislação americana, particularmente em seu Capítulo 11 que trata da recuperação empresarial, tem despertado grande interesse, inclusive sido motivo de inspiração para outros países, como o México, a Argentina e a maior parte da Ásia. Neste modelo tenta-se criar as condições de uma barganha estruturada entre devedores e credores, com o objetivo de maximizar o valor da firma através da adoção de um plano de recuperação empresarial que, embora proposto pela gerência da firma devedora, tem que ser aprovado por maioria de cada uma das classes de credores. Somente no caso de impasse o Juiz pode determinar o chamado *Cram Down*, forçando uma das classes de credores minoritários a seguir a maioria. Embora seja criticada por muitos por ser custosa e demasiado leniente com os devedores, ela tem sido exitosa em muitos casos.

O instituto, tanto na legislação falimentar brasileira quanto na norte-americana, possibilita a intervenção do juiz no resultado da votação que rejeitou o plano de recuperação judicial, para impor a aprovação das propostas aos credores. É considerado por Ricardo Negrão (2013, p. 211) como a terceira via de aprovação do plano de recuperação judicial perante a legislação brasileira.

2 O INSTITUTO DO *CRAM DOWN* NA LEI DE FALÊNCIAS E NO US BANKRUPTCY CODE

Prevê-se a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial, ainda que esse não tenha sido aprovado por todas as classes de credores, conforme dispõe o art. 58, § 1º, da LF. Entretanto, é necessário o preenchimento, de forma cumulativa, dos requisitos elencados nos incisos I, II e III do dispositivo supracitado, sem prejuízo do disposto no § 2º do mesmo dispositivo:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II - a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III - na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

[...]

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Sobre a possibilidade de imposição do plano pela lei brasileira, tratada como forma de prevenir o “abuso da minoria”, Jorge Lobo (1996, p. 222) explica que, mesmo que assembleia-geral tenha deliberado não aprovar o plano de recuperação, o que ocorrerá, *ex vi* do art. 45, se qualquer das classes de credores rejeitá-lo, o juiz concederá a recuperação judicial se, na mesma assembleia-geral, o plano de recuperação tiver obtido aprovação de acordo com o quórum previsto no art. 58, § 1º, I, II e III, e § 2º, da LF. Não é outro o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 58):

Cuida a lei também da hipótese em que um plano de recuperação é aprovado com substancial apoio entre

os credores, mas sem alcançar o quórum qualificado de deliberação. Trata-se do plano que recebeu cumulativamente na Assembleia: a) o voto favorável de mais da metade do total dos créditos presentes, independentemente das classes de seus titulares; b) aprovação pela maioria das classes (ou, se apenas duas votam, por uma delas); e c) aprovação de mais de 1/3 dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara. Nesse caso, *se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado*, ele pode ser adotado, mesmo não se verificando o quórum qualificado para sua aprovação.

No mesmo sentido aponta Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p. 172):

Com o exame desses artigos relacionados, deve ser feita a conferência do resultado da assembleia geral, para que se verifique se foram preenchidos, de forma cumulativa, os três incisos deste § 1º, ora sob exame, e, em caso positivo, o juiz pode conceder a recuperação judicial, mesmo que o plano tenha sido rejeitado na assembleia. Configura-se aqui o chamado *Cram Down*, termo importado do Direito norte americano e sem possibilidade de tradução fiel. Com certa jocosidade, poder-se-ia dizer que a tradução livre redundaria em “goela abaixo” dos credores.

Nota-se que ainda que o plano de recuperação judicial tenha sido rejeitado pela assembleia-geral de credores, há outra via para a empresa em crise tentar sua homologação e resguardar a função social da empresa e a manutenção de suas atividades, desde que cumpra os requisitos elencados no § 1º do art. 58 da LF, e que esse plano não implique em violações ao princípio da *pars conditio creditorum*, isto é, não dê tratamento diferenciado aos credores da classe que o houver rejeitado, ou seja, que credores quirografários (classe III) recebam, por exemplo, 50% (cinquenta por cento) do seu crédito; outros, 60% (sessenta por cento). Tal previsão legal é de suma importância, uma vez que evita eventual conluio entre devedor e credores majoritários em detrimento de credores minoritários.

Diante da análise dos dispositivos que permitem a imposição do plano de recuperação judicial pelo magistrado aos credores que votaram de forma contrária à aprovação em assembleia, observa-se que na Lei nº 11.101/2005 buscou-se estabelecer um quórum para possibilidade de imposição do plano, sem, contudo, estabelecer uma margem de discricionariedade ao magistrado, estando ele adstrito ao cumprimento de um verdadeiro quórum alternativo.

Os Estados Unidos, segundo Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 11), foram o primeiro país a criar um procedimento de recuperação de empresas, mediante a criação da “Lei de Companhias Ferroviárias”, no ano de 1867, que disciplinava medidas preventivas à liquidação das empresas ferroviárias, por meio de uma reorganização e composição das dívidas, benefício que a partir de 1898 se estendeu a outras pessoas jurídicas, por meio do *Bankruptcy Act*.

Em razão da grande depressão gerada pela crise da *Wall Street* em 1929, em 1938 foi promulgado o *Chandler Act*, que tinha por finalidade a reestruturação das grandes sociedades anônimas afetadas pela grande depressão mediante planos formulados pelos credores, levados à aprovação pela *Securities and Exchange Commission* (SEC) e homologados pelo Poder Judiciário.

O *Chandler Act* se aplicava às grandes sociedades anônimas insolventes, que se submetiam ao processo de reorganização corporativa, com o fim de promover a reorganização econômica e administrativa dessas sociedades para superação da crise financeira. O *Chandler Act*, com suas alterações posteriores, vigorou até 1º de outubro de 1978, quando os procedimentos concursais norte-americanos passaram a ser regidos pelo *Bankruptcy Code*, ou *US Code*, que acabou por estender o regime da *Bankruptcy Reorganization* às pequenas e médias empresas, isto é, passou a abranger todo o sistema empresarial norte-americano, ao invés de ser exclusivo das sociedades anônimas.

Ademais, o *Bankruptcy Code* acabou por abranger duas modalidades concursais, quais sejam: a liquidação da empresa, prevista pelo Capítulo Sete da Lei norte-americana, que tem sua correspondência no Direito brasileiro com a falência; e o *Bankruptcy Reorganization*, presente nos Capítulos Onze, Doze e Treze do *Bankruptcy Code*, que se assemelha em determinadas partes com o regime de recuperação de empresas criado pela LF.

Assim como no Direito pátrio, a reorganização (ou recuperação) da empresa no Direito norte-americano, a iniciativa para obtenção do benefício, cabe ao devedor (ou a um terceiro, no Direito norte-americano) e tem como fator

primordial a necessidade de elaboração e aprovação de um plano de recuperação da empresa. Existem peculiaridades presentes na lei norte-americana que acabam por afastar, nesse ponto, a semelhança com a LF.

Talvez uma das diferenças mais relevantes entre a lei norte-americana e a lei brasileira seja a forma de elaboração do plano de recuperação da empresa. Enquanto, no Brasil, cabe à própria empresa a elaboração do plano submetido à aprovação dos credores; nos Estados Unidos a elaboração do plano de reorganização da empresa cabe ao síndico (administrador judicial, na LF). Além disso, no direito concursal norte-americano o plano de recuperação judicial, como exposto alhures, é chancelado pela SEC quanto a sua forma e seu conteúdo, garantido, assim, maior efetividade ao processo recuperacional da empresa em crise.

De acordo com Richard Maloy (2017, p. 30), o plano de recuperação no Direito norte-americano é essencialmente de natureza econômica, elaborado por profissionais gabaritados, com submissão obrigatória ao exame da SEC, quando o valor envolvido na reorganização da empresa for de um montante considerável, ou facultativa, quando envolver cifras menos substanciais, a critério do juiz, que se vale dessa consulta para determinar sobre a viabilidade do conteúdo do plano, se limitando apenas a analisar o cumprimento de formalidades legais, durante o curso do processo.

Após a obtenção do parecer da SEC, o juiz deve apreciar se o plano cumpriu determinados requisitos formais dispostos na lei, e, estando o plano amparado pelos requisitos legais, este deverá ser levado a conhecimento dos credores, para que estes, divididos em classes, aprovelem por dois terços em cada classe, respeitando a importância dos créditos ou o valor das ações.

É nesse momento que o juiz passa a ter grande influência no processo de reorganização judicial regido pela lei norte-americana. Além dos dispositivos que permitem a ampla possibilidade de acordo entre credores e devedores, a subdivisão dos credores em classes de iguais interesses, e da forte tendência em proporcionar ao devedor em crise financeira um recomeço mais equilibrado (*fresh start*), o Capítulo Onze do *Bankruptcy Code* fornece amplos poderes jurisdicionais ao magistrado, que poderá, por meio de determinação direta e obrigatória, fazer com que os credores aceitem, ainda que contrários, o plano de recuperação apresentado pelo devedor viável economicamente, desde que o plano tenha sido aprovado por, no mínimo, uma das classes.

Configura-se, nesse ponto, no Direito norte-americano, o *Cram Down*. Cumpre salientar que não há na lei norte-americana, assim como na lei brasileira, a definição exata para o termo *Cram Down*. Sua previsão legal está disposta na *Section 1129 (b) do Bankruptcy Code*:

Apesar da Seção 510 (a) deste título, se todos os requerimentos da subseção (a) desta seção outro que o parágrafo (8) são cumpridos em cumprimento ao plano, a corte, em solicitação ao proponente do plano, deve confirmar o plano apesar dos requerimento de tal parágrafo, se o plano não discriminar injustamente, e é justo e equitativa quanto a cada classe de solicitações e interesses prejudicados. (tradução dos autores)³

Dessa forma, ainda que haja a previsão de imposição do plano pela legislação norte-americana, o juiz deve fazê-la com base em três pressupostos: a proposta recusada pelos credores deverá ser justa e equitativa (*fair and equitable*), viável economicamente (*feasible*) e não poderá implicar injusta discriminação (*unfair discrimination*) entre os credores de cada classe.

Por outro lado, de forma contrária ao *Cram Down* brasileiro, o Direito norte-americano não exige a cumulação dos requisitos para que o juiz possa impor um plano rejeitado pelos credores.

Juliano Copello de Souza (2012, p. 69) disserta que o requisito *unfair discrimination* não possui exatamente uma definição na legislação falimentar norte-americana, que se limitou a proibir a prática de discriminação injusta dos credores pelo plano, mediante a adoção do termo *not discriminate unfairly*. Richard Maloy (2017, p. 30) fala que há discriminação injusta dos credores pelo plano de recuperação judicial nas relações horizontais, isto é, entre credores sujeitos às mesmas condições. Na lei norte-americana, o devedor não pode separar em classes distintas e, em consequência, oferecer tratamento diferenciado entre credores sujeitos as mesmas condições (mesma classe, na lei brasileira), norma essa semelhante à prevista no § 2º do art. 58 da Lei Falimentar brasileira.

³ “Notwithstanding section 510 (a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.”

A vedação de uma discriminação injusta entre os credores pelo plano consiste em uma proteção legal aos próprios credores, uma vez que devem, na forma da lei, receber tratamento igual aos outros credores de mesma classe. É condição objetiva disposta no Capítulo Onze do *Bankruptcy Code*, que deve ser considerada pelo julgador.

Richard Maloy (2017, p. 32) destaca que o proponente do plano, ou seja, o devedor, é quem tem o dever de provar que o seu plano de recuperação judicial não incorre em tratamento diferenciado entre credores de mesma classe.

De outro modo, nas palavras de Juliano Copello de Souza (2012, p. 70), não é qualquer tipo de situação de discriminação que pode prejudicar a aprovação do plano de recuperação, mas somente aquelas consideradas injustas, permitindo que no plano haja previsão de uma redistribuição de riscos e benefícios entre os credores.

Já o requisito *Fair and Equitable*, ao contrário do requisito *Unfair Discrimination*, trata das relações verticais, ou seja, das relações entre as várias classes de credores.

Eduardo Secchi Munhoz (2007, p. 290), em síntese, explica adequadamente o requisito:

Já o requisito de que o plano seja *fair and equitable* dirige-se às relações verticais, ou seja, entre as diversas classes de credores. O significado desse princípio é minudentemente concretizado por meio de regras previstas no § 1129 (b) (2) do BC, que varam segundo as seguintes classes de credores afetadas pelo plano: (i) *secured creditors*; (ii) *unsecured creditors*; e (iii) *interests*. [...] uma das condições para que o plano seja considerado *fair and equitable* em relação a uma classe de credores não-privilegiados (*unsecured creditors*): não prever o pagamento de nenhum valor a uma classe de credores com prioridade inferior na classificação dos créditos, salvo se a classe prioritária receber o pagamento integral de seus créditos. Trata-se do princípio da *absolute priority rule* para os créditos não privilegiados, assim explicada pela Suprema Corte norte-americana: “*A dissenting class of a unsecured creditor must be provided*

for in full before any Junior claim can receive or retain any property under a reorganization plan”.

Assim, por exemplo, se o plano de recuperação rejeitado por determinada classe de credores previu pagamento para uma classe de credores com prioridade inferior, a despeito do não pagamento integral dos valores devidos à primeira, o juiz não poderá superar o veto manifestado por esta ao plano, uma vez que não será considerado justo e equitativo.

Dentro dessas disposições, a que mais se destaca é a aplicação do princípio da *absolute priority rule*, ou regra da prioridade absoluta, tida como a mais marcante do Capítulo Onze do *Bankruptcy Code*, que, de forma sucinta, veda que credores com privilégio inferior, isto é, dispostos em classes menos privilegiadas, recebam seus créditos antes dos credores preferenciais.

Igualmente, o plano de recuperação da empresa deverá prever necessariamente uma condição mais vantajosa, ou no mínimo igual, àquela que teria o credor na hipótese de liquidação da empresa, pois um único credor pode arruinar um plano caso demonstre que sua situação, em um processo de recuperação regido pelo Capítulo Onze do *Bankruptcy Code*, é pior do que seria em caso de liquidação da empresa (Capítulo Sete do *Bankruptcy Code*).

Assim, ressalta-se que o princípio da *absolute priority rule*, apesar da nomenclatura, por si só, não é absoluto, uma vez que, se a classe possivelmente prejudicada aceitar as condições impostas pelo plano, a referida regra não será aplicada.

O último, mas não menos importante requisito que possibilita a imposição do plano pelo magistrado, é o requisito *feasible*, que se trata da análise de viabilidade do plano de recuperação judicial apresentado.

A viabilidade da empresa está relacionada no § 1129 (a) (11) do *Bankruptcy Code*, que prevê que a corte ou o magistrado deve confirmar a aprovação do plano se este não for o caso de seguir o caminho do Capítulo Sete (falência), ou se a empresa em crise não necessite de um aporte financeiro de grande monta para poder superar a crise, isto é, a empresa deve ser viável economicamente.

Marie Mariscalco (2017, p. 371) ensina que a análise de viabilidade dos planos de recuperação é um meio importante para evitar eventuais esquemas visionários, isto é, planos utópicos, que tão somente postergam a dívida

da empresa, sem demonstrar uma perspectiva razoável de reorganização e superação da crise vivenciada.

Um dos fatores determinantes para o convencimento da corte quando da homologação do plano é a possibilidade de sujeição deste à SEC, conforme anteriormente exposto. Uma vez o magistrado tendo em suas mãos um parecer da SEC que analisa tecnicamente as condições de viabilidade econômica do plano apresentado pelos devedores, ele apenas deverá verificar os outros dois requisitos aqui estudados, quais sejam, o requisito *unfair discrimination* e o requisito *fair and equitable*, para, então, efetivar a condição de possibilidade de imposição do plano aos credores que o rejeitaram em assembleia e dar seguimento ao processo de recuperação judicial.

Note-se, nesse ponto, que a possibilidade de imposição do plano está vinculada, de certa forma, com a total viabilidade da proposta apresentada. Não há a necessidade de estarem presentes os três requisitos aqui estudados. Se o plano for viável, mas não for *fair and equitable*, caso a classe que tenha sido prejudicada em razão do plano não se opor ao plano apresentado, o *Cram Down* se configurará e o plano será aprovado. Entretanto, caso o plano preencha o requisito da *unfair discrimination* e seja *fair and equitable*, mas a empresa não demonstre ser viável economicamente, o magistrado rejeitará o plano proposto e determinará que a recuperação judicial se transforme em um processo do Capítulo Sete, qual seja, a falência.

Por derradeiro, o que se verifica na legislação norte-americana é uma série de conceitos abertos e institutos tanto processuais quanto materiais que possibilitam ao magistrado obter certa dose de discricionariedade e, com base nas próprias permissões da lei, impor o plano de recuperação judicial e fazer valer a preservação da empresa e amparar para o sucesso da lei naquele país.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DO *CRAM DOWN* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Analisados todos os requisitos da legislação falimentar brasileira que tratam da possibilidade de imposição do plano de recuperação judicial rejeitado em assembleia pelo magistrado, conjuntamente com os dispositivos presentes na legislação norte-americana, necessária a análise de como os Tribunais pátrios têm construído o entendimento e a forma de aplicação do *Cram Down* em nosso ordenamento jurídico.

A amplitude e a eficiência de uma lei só são conhecidas depois que a norma é aplicada a um caso concreto. Trata-se do chamado *leading case*, o processo modelo, que servem de base para todas as discussões judiciais similares que se seguirem.

A recuperação da Viação Aérea Rio Grandense S. A. – Varig, da Rio Sul e da Nordeste Linhas Aéreas, que começou em 2005, foi o caso pioneiro que deu vida, na prática, à Lei nº 11.101/2005.

Muito se fala que a alteração da legislação falimentar brasileira no sentido de revogar o instituto da concordata e importar do Direito americano o instituto da recuperação judicial se deu justamente em razão da crise vivenciada pela companhia aérea.

Um dos casos emblemáticos de aplicação do *Cram Down* na prática trata-se da aprovação do plano de recuperação judicial da ex-subsidiária do grupo Varig, a Varig Logística S.A. (Varig Log). O plano apresentado pela companhia foi submetido ao crivo da assembleia-geral de credores nos mesmos termos do já estudado art. 56 da LF. Ocorre que, em razão do voto manifestamente contrário apresentado por alguns credores detentores de créditos com um valor elevado, o plano de recuperação judicial foi reprovado em assembleia, e, naquela altura, de acordo com o § 4º do art. 56 da LF, a decretação da falência da empresa era questão de tempo.

Nesse ponto do processo de recuperação da Varig Log, que foi invocado o instituto ora abordado, o *Cram Down* foi aplicado ao caso, e, por consequência, o plano de recuperação judicial da companhia rejeitado pela assembleia-geral de credores foi imposto pelo magistrado e considerado aprovado nos termos do art. 58 da LF.

Importante destacar, nesse ponto, que, após a assembleia-geral de credores, para possibilitar a aprovação do plano de recuperação judicial da Varig Log, a juíza da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo observou a necessidade de exclusão dos votos proferidos contra a recuperação judicial das companhias *Atlantic Aviation Investment LLC*, maior credora quirografária (crédito de R\$ 28.522.124,96), *PICL Aviation VI, LLC*, *Promo Aviation INC*, *MNG Havayollari Ve Tasimacilik A.S.*, *Wilmington Trust Company*, *Pegasus Aviation V INC*, *Pegasus Aviation IV INC*, *Pegasus Aviation II INC* e *Pegasus Aviation I INC*, em razão de que, à época da assembleia, quando esses credores exerceram o poder de voto, os próprios credores tinham impugnado

em sua totalidade os créditos arrolados na recuperação judicial, requerendo que fossem excluídos do quadro geral de credores, e, ainda assim, mesmo com o requerimento de exclusão do crédito, manifestaram seus votos contrários à recuperação judicial da companhia.

A decisão da magistrada mostrou-se coerente pelo simples fato de que se os credores excluídos do computo geral dos votos assembleia sustentavam que não estavam sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, em consequência, não poderiam ter votado e nem seus votos poderiam ter sido computados para fins de rejeição ou aprovação do plano.

Ainda que o § 2º do art. 39 da Lei nº 11.101/2005 preveja que “as deliberações da assembleia geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos”, a juíza optou pela não aplicação do mesmo em razão de suposta violação (pelo dispositivo legal) do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Somente com a exclusão dos votos das companhias supracitadas foi possível alcançar o preenchimento dos requisitos do § 1º do art. 58 da LF, e, por consequência, verificou-se a aplicação do *Cram Down* na prática.

No caso em questão, a juíza da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do Processo de Recuperação Judicial da Varig Logística S/A de nº 100.09.121755-9, aponta uma série de críticas aos critérios criados de forma objetiva e limitada pelo legislador para que se possibilite a imposição do plano, fazendo uma ponderação de valores e princípios.

Na mesma linha de raciocínio, sedimentada nos princípios basilares do direito falimentar, indaga que a ponderação de valores e princípios não se trata de assistencialismo estatal, pois, ao se fazer valer tais princípios em detrimento ao texto puro de lei, deve-se observar outras circunstâncias, tais como a própria viabilidade, ainda que momentânea, da empresa em crise.

O que se extrai é que os princípios basilares da legislação falimentar pátria devem prevalecer sobre toda e qualquer manifestação contrária exercida de forma abusiva pelos credores. Nesse sentido, naquele julgado entendeu-se que devia prevalecer o princípio da preservação da empresa, sobretudo pelo interesse social em jogo, com destaque para a manutenção do emprego, ao passo que o plano apresentado, com as alterações discutidas na assembleia,

dispõe de maneira ampla sobre os projetos de reestruturação da companhia, com o pagamento dos credores de acordo com cronograma minuciosamente estabelecido, ressaltando-se a ampla discussão travada com seus credores ao longo das assembleias, e que deixou à mostra a viabilidade do plano, com base em resultados operacionais e observado o fluxo de caixa real e o projetado. Ou seja, para que sejam superados os votos manifestamente contrários à aprovação do plano, a viabilidade da empresa é medida que se impõe, uma vez que a viabilidade da empresa é componente fundamental para que se obtenha êxito na reorganização da empresa, o que por certo foi verificado no plano apresentado pela Varig Log naquele momento, de forma a alcançar a manutenção da empresa no mercado, ainda que contrarie a vontade de alguns credores.

No caso em comento, verificado que o voto contrário manifestado pelos credores se sobrepunha de forma abusiva aos princípios da função social e da preservação da empresa, e a empresa era economicamente viável, a juíza, então, concedeu a recuperação judicial da Varig Log, com fundamento no art. 58 da LF. Claramente contrários à decisão interlocutória proferida pela juíza de primeiro grau, os credores interpuseram agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 994.09.273364-3, ainda que em decisão não unânime, manteve a decisão proferida em primeiro grau pelos seus próprios fundamentos, aprovando o plano de recuperação judicial da Varig Log.

Anos mais tarde, mais precisamente em 27 de setembro de 2012, sob a alegação de não cumprimento de obrigações constantes no plano de recuperação aprovado em razão do *Cram Down*, a recuperação judicial da Varig Log foi convalidada em falência e, em consequência, a companhia aérea teve que encerrar suas atividades.

Nota-se, diante da análise de outros casos concretos onde a aplicação do *Cram Down* se fez presente, que os juízos singulares e os Tribunais de Justiça estão se valendo da exclusão de determinados votos para obtenção do quórum qualificado do art. 58, § 1º, e consequentemente aprovar o plano que foi objeto de rejeição em assembleia-geral de credores.

Como parâmetro, vale citar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Estado de São Paulo, nos autos do

pedido de recuperação formulado por NTL Têxtil Ltda. (Agravo de Instrumento nº 994.09.342925-9).

No caso em comento, a Câmara considerou abusivo o voto proferido pelo Banco do Brasil, que, por ser o único credor com garantia real, votou de forma contrária à aprovação do plano de recuperação judicial. Sob o argumento de que, por ser o único credor com garantia real, o veto apresentado pela instituição financeira não poderia sobressair diante da universalidade de credores que votaram de forma favorável ao plano, de forma a garantir a manutenção da função social da empresa e a preservação do próprio negócio. Somente com a exclusão do voto do Banco do Brasil foi possível a obtenção do quórum necessário para aplicação do *Cram Down*.

De igual forma, a exclusão do voto contrário ao plano de recuperação em assembleia-geral de credores manifestado de forma abusiva foi objeto de análise em outros casos vivenciados no País, como, por exemplo, no Agravo de Instrumento nº 0037321-84.2011.8.19.0000, originário da 1ª Vara Cível de Nova Iguaçu, em que foi agravante o Sindicato dos Empregados no Comércio de Duque de Caxias São João de Meriti, Magé e Guapimirim e agravado o Supermercado Alto da Posse Ltda., em que o magistrado excluiu o voto do agravante por entender ser contrário aos princípios da legislação falimentar e aos votos manifestados pelos demais credores, e, por consequência, obteve o quórum de aprovação do plano com base no *Cram Down*.

Se considerarmos os julgados que tratam especificamente do tema, conclui-se que não se pode admitir validade à rejeição de plano por credor único ou majoritário em determinada classe, ainda que os critérios do *Cram Down* da lei brasileira sejam extremamente limitados, sob pena de configurar-se abuso no exercício do direito de votar o plano na assembleia-geral de credores sempre que o credor tomar atitudes (com relação ao voto) puramente egoístas, em detrimento dos demais interesses em jogo. O voto manifestado de forma contrária por esse credor único é claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa.

Diante da análise dos requisitos para imposição do plano de recuperação judicial pelo magistrado previstos na legislação falimentar brasileira e confrontando-os com os julgados que aplicaram o *Cram Down* na prática, resta claro que o *Cram Down* da lei brasileira se afasta e muito do *Cram Down* do *Bankruptcy Code*. Os requisitos basilares da legislação estrangeira, conforme

exposto alhures, sequer foram considerados pelo legislador pátrio em sua totalidade.

Quando o legislador pátrio tentou criar algo semelhante ao *Cram Down* na Lei nº 11.101/2005, o mesmo adotou um simples quórum alternativo onde o magistrado necessita de verdadeiras engenharias jurídicas e matemáticas para possibilitar a aprovação de um plano de recuperação judicial que não obteve o quórum necessário na assembleia-geral de credores, fazendo com que muitas vezes planos totalmente inviáveis, que tem apenas o condão de prorrogar a falência daquela empresa que não tem mais condições de permanecer no mercado.

Com exceção à hipótese de exclusão do voto contrário à aprovação do plano de recuperação judicial por suposto abuso de direito, os magistrados atuam de maneira técnica e legalista, obedecendo aos critérios estabelecidos pelo art. 58, §§ 1º e 2º, da LF. Entretanto, esses critérios se mostraram um tanto fechados, demonstrando não se passar de um mero quórum alternativo para aprovação do plano de recuperação judicial.

Apesar da vigência de mais de uma década da Lei nº 11.101/2005, os desafios para consecução dos princípios basilares do direito falimentar, quais sejam, preservação da empresa, manutenção da fonte produtora e garantia de sua função social, se mostram latentes. Há a cristalina necessidade de uma microrreforma em referida legislação, para que se obtenha os mecanismos mais adequados para promoção dos princípios e da garantia da efetividade do instituto da recuperação judicial.

Um dos pontos onde se faz necessária uma mudança legislativa é o próprio dispositivo abordado no presente artigo. Como visto, o *Cram Down* do *Bankruptcy Code* não encontra uma paridade razoável com o modelo inserido na LF e utilizado pelos Tribunais pátrios, o que vem sendo, inclusive, observado por alguns doutrinadores. Nesse sentido, Alberto Camiña Moreira (2005, p. 258) diz que o *Cram Down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores.

O que vem acontecendo no atual momento jurídico brasileiro é que os Tribunais pátrios usam do termo *Cram Down* para aprovar aqueles planos que obtiverem o quórum previsto pelo art. 58 da LF, sem análise das questões práticas e financeiras do plano.

Conforme já abordado, o *Bankruptcy Code* prevê, baseado nos princípios da *Absolute Priority Rule* e no requisito *Unfair Discrimination*, que um credor tem direito de receber no processo de recuperação judicial pelo menos o que receberia em caso de liquidação dos bens do devedor no processo de falência e, ao mesmo tempo, não sofra discriminação injusta perante os demais credores.

Ora, caso os credores verifiquem que com a recuperação judicial receberão ao menos o que receberiam no processo de falência, e, ainda, sejam tratados de forma igualitária dentro de suas classes e entre as diversas classes de credores, não parece razoável que não seja concedida a recuperação judicial tão somente porque não houve o alcance do quórum necessário de votos estipulado pelo art. 58 da LF.

Necessária é, portanto, a outorga de maiores poderes ao magistrado, limitando, é claro, esses poderes com a adoção dos requisitos presentes na legislação norte-americana, o que, por si só, já aumentaria o campo de influência do magistrado brasileiro perante as recuperações judiciais futuras e em progresso no ordenamento jurídico brasileiro, sem, contudo, gerar uma insegurança jurídica para as partes envolvidas na recuperação judicial.

O que se propõe é a utilização das normas previstas pelo Direito americano de forma alternativa, de modo a evitar abusos por parte dos credores, mas também de modo a preservar aqueles credores minoritários que participaram da assembleia.

Notadamente, os critérios impostos pelo art. 58 da LF não são razoáveis frente aos princípios adotados pelo sistema falimentar brasileiro, de modo que se um credor que possuir crédito elevado frente aos demais e manifestar seu voto de forma o plano será rejeitado e a falência da empresa, como já dito, será decretada.

Utilizando-se dos requisitos presentes no USC, seria totalmente viável a flexibilização das exigências da LF para imposição do plano, uma vez verificado que o credor não receba na recuperação judicial menos do que no processo de falência e o plano não importe em tratamento desigual entre os credores (*unfair discrimination*).

Tal flexibilização poderia ocorrer por meio de uma interpretação mais razoável dos requisitos restritos do art. 58 da LF, por meio da inclusão de quóruns mais brandos ou considerando a aprovação pelo *Cram Down* através de uma contagem de votos por cabeça, isto é, considerando aprovado o plano

que obtenha aprovação, por exemplo, de, no mínimo, metade dos credores presentes, sem considerar o valor de seu crédito.

É evidente que não se deve desconsiderar o valor do crédito a receber de cada credor; entretanto, esse requisito não pode e não deve ser definitivo. Não há razões plausíveis para se rejeitar um plano de recuperação que se mostre consistente, viável e que cumpra com os requisitos presentes no USC.

Há ainda a necessidade de superação da exigência do voto favorável de duas entre as três classes de credores para configuração do *Cram Down*. Como visto na análise dos requisitos presentes no USC para imposição do plano de recuperação judicial, a aprovação de pelo menos uma classe de credores já enseja a aprovação do plano por meio do *Cram Down*.

Não se mostra razoável que uma empresa com uma base sólida, anos de mercado, apoio total dos trabalhadores e que demonstre através de um plano sólido e bem elaborado que não implique em tratamento desigual entre as classes e entre os credores e que garanta que esses recebam no processo de recuperação judicial ao menos o que receberiam na falência, tenha sua falência decretada em virtude da aprovação do plano por somente uma das três classes de credores.

Ocorre que, para conferir aos magistrados o poder de influenciar direta e indiretamente na aprovação do plano de recuperação de qualquer empresa, não só os requisitos basilares do *Cram Down* do *Bankruptcy Code* devem ser importados.

Para que se faça valer o requisito *feasible*, o magistrado, no direito falimentar norte-americano, conta com o importante apoio da SEC, que faz a análise de todo o conteúdo econômico do plano e se tornando determinante para a aplicação do instituto do *Cram Down*.

O que se vê diante da análise dos requisitos legais para aplicação do *Cram Down* no Direito brasileiro é que a viabilidade do plano pouco importa para aprovação, nos termos do art. 58 da LF, bastando uma simples demonstração da viabilidade pelo devedor, frise-se, pelo devedor. Por certo, na busca incessante pela manutenção do negócio, a demonstração de viabilidade econômica apresentada pelo próprio devedor pode se tornar um documento vazio, repleto de informações inverídicas e não condizentes com a verdade da real situação da empresa.

Portanto, a simples importação e adoção dos requisitos norte-americanos em matéria de *Cram Down*, que se mostraram muito mais abrangentes que o simples, mas complicado de se obter, quórum alternativo instituído pela LF, não são suficientes para a busca pela solução mais razoável e eficaz nos casos concretos, sendo necessárias várias manobras jurídicas para obtenção do quórum alternativo.

Com efeito, é o entendimento de Jorge Lobo (2012, p. 210):

Segundo o USC, Capítulo 11, a empresa deve ser reestruturada, saneada e conservada quando for viável, *rectius*, quando o plano demonstre a existência de concretas possibilidades de recuperação e desde que fique patente que o valor da empresa em funcionamento é superior ao que seria apurado em caso de decidir-se liquidá-la. Mas, de acordo com o USC, não basta que o plano se alicerce na viabilidade da empresa, pois é mister ainda que seja justo e equitativo em relação à partilha dos custos e benefícios da reorganização, consoante a “*absolute priority rule*” [...]. Assim também há de ser entre nós, para que o objeto da ação e as finalidades imediatas e mediatas da recuperação judicial sejam alcançadas e se harmonizem os direitos e interesses do devedor e de seus credores.

Nesse ponto, por derradeiro, se propõe a criação de um órgão com atuação similar à SEC nos Estados Unidos, ou que seja atribuída à CVM a incumbência de análise de viabilidade dos planos e das empresas que forem beneficiadas pelo instituto, para que dê robustez e embasamento necessário para o magistrado aplicar a solução mais justa aos casos concretos.

Pode-se perguntar se essa obrigação não seria de responsabilidade do administrador judicial; entretanto, a lei não incumbe essa obrigação à figura do administrador judicial, e a responsabilidade de analisar se a empresa é viável ou não é atribuída exclusivamente aos credores. Na prática, os credores mostram se consideram a empresa viável ou não por meio do voto proferido em assembleia, e, como visto, o voto manifestado pelos credores em assembleia pode superar os limites da lei de forma abusiva.

Portanto, há a clara necessidade, diante da análise dos requisitos da legislação norte-americana e os comparando com o direito falimentar brasileiro, além da revisão dos dispositivos de lei que possibilitam a imposição do plano pelo juiz, da criação de um órgão com total imparcialidade e de notória rigidez e seriedade para analisar o conteúdo do plano apresentado pela empresa e submetido à votação dos credores, de modo que, conjuntamente com os demais requisitos, seja alcançada uma aplicação justa e razoável do *Cram Down* no Direito pátrio, contribuindo, de maneira decisiva, para garantia da manutenção da fonte produtora, de modo que se alcance a consecução dos princípios basilares da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a preservação da empresa e sua função social.

CONCLUSÃO

A recuperação judicial tem o fim específico de reorganizar aquelas empresas com viabilidade econômica e de mercado que passam por momentânea crise econômico-financeira.

O processamento da recuperação judicial tem como ponto principal o instituto da assembleia-geral de credores, uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº 11.101/2005. Conforme exposto durante o trabalho, a assembleia tem a função principal de aprovar ou rejeitar o plano que norteará todo o processo de recuperação judicial da empresa.

Cediço é que quando se trata um conclave de credores: cada um exerce seu poder de voto da forma que lhe convém. Foi justamente por essa autonomia de voto que o legislador pátrio optou por importar, guardadas as particularidades da legislação estrangeira, um requisito muito peculiar da legislação americana, que possibilita ao magistrado se sobrepor à vontade de certos credores que se manifestaram contrariamente à aprovação do plano em assembleia. Trata-se do chamado *Cram Down*.

Para que seja possível a imposição do plano de recuperação judicial aos credores dissidentes por meio do dispositivo supracitado, é necessário que os direitos dos credores sejam resguardados, de forma a não infringir a segurança jurídica da relação entre empresa e credores.

Ao importar o *Cram Down* do *Bankruptcy Code*, o legislador pátrio preocupou-se em criar normas objetivas, que restringem o poder do magistrado,

que deve se limitar a analisar os requisitos formais dispostos na lei para efetivar sua aplicação.

Conforme visto, as regras contidas na LF não são suficientes para garantir uma imposição justa e coerente do plano de recuperação judicial. Ao criar um simples quórum alternativo para a aprovação do plano, o legislador pátrio não deu margens para análise da efetiva possibilidade de soerguimento da empresa, de modo que, caso a empresa demonstre se economicamente viável e possuir um credor que detenha a maioria do crédito em determinada classe, o voto contrário manifestado por esse credor pode se sobrepor diante de todas as outras classes de credores.

Diante da análise dos casos concretos, resta evidente a limitação da lei quando se trata de *Cram Down*. Há que se concordar que o *Cram Down* da legislação brasileira muito se afasta daquele dispositivo presente na legislação norte-americana.

Para que haja uma aplicação justa e coerente da norma, de modo a evitar abusos por parte dos credores, buscando preservar os princípios da função social da empresa e a sua efetiva preservação, há a necessidade de revisão dos requisitos dispostos em lei, de modo que se atribua maiores poderes ao magistrado para que se busque a solução mais adequada aos casos concretos.

Por outro lado, eles devem ser atribuídos de forma limitada, para que se previna qualquer tipo de interpretação equivocada da norma. Para tanto, sugere-se a importação do requisito *unfair discrimination*, com o fim de assegurar os direitos dos credores dissidentes e para possibilitar a supressão do § 1º do art. 58 da Lei, uma vez que, superando a discriminação injusta entre os credores, não haveria como esses alegarem qualquer tipo de prejuízo com a aprovação do plano de recuperação judicial.

Outro requisito que deveria ter sido observado pelo legislador seria o requisito *feasible*, que trata exclusivamente da viabilidade econômica da empresa e a viabilidade de execução do plano. No Direito brasileiro, a viabilidade econômica da empresa é demonstrada por meio de laudos apresentados pela própria empresa devedora, carecendo, inúmeras vezes, de provas robustas que comprovem a realidade fática da saúde econômica e de mercado da empresa.

Desse modo, para que o magistrado possa impor o plano aos credores dissidentes, deve ser feita uma avaliação das causas da crise vivenciada pela empresa, de forma a averiguar se o histórico da empresa demonstra se a

sociedade sempre careceu de solidez na administração e vivencia a crise por exclusiva falta de capacidade de permanecer no mercado de forma saudável, ou se a empresa é plenamente viável e com razoável potencial de soerguimento. Para tanto, além da importação dos requisitos sugeridos, há a necessidade de criação de um órgão com atuação semelhante à SEC nos Estados Unidos, para que o magistrado seja instruído com a melhor e mais imparcial avaliação da situação da empresa, de modo a evitar decisões precipitadas e injustas.

Por fim, uma vez constatado que a empresa desempenha, de forma irrepreensível, sua função social, prestando serviços a toda a comunidade que lhe circunda, gerando e mantendo empregos, a contrapartida do estado é o fornecimento de subsídios legais para que haja a preservação da sociedade em crise.

Dessa forma, a superação dos requisitos dispostos no art. 58 da Lei nº 11.101/2005, conjuntamente com a adoção dos requisitos da legislação falimentar norte-americana, se mostra adequada e coerente, uma vez que os requisitos da legislação pátria são demasiadamente rígidos, visto que restringem a consecução dos princípios basilares da LF, não possibilitando, em caso de não obtenção do quórum alternativo, que a função social e a preservação da empresa sejam resguardadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. A nova legislação de falências: uma avaliação econômica. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*: Lei nº 11.101/2005 - Comentada artigo por artigo. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência comentada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 7.661/1945. Lei de Falências, 1945.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.html>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1314209/SP, 3ª Turma, Relª Min. Nancy Andrighi, J. 22.05.2012, DJe 01.06.2012. Disponível em: <www.stj.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12 out. 2017.

CAMARA, Héctor. *El concurso preventivo y la quiebra*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

CLARO, Carlos Roberto. *Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa*. São Paulo: LTr, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 57, abr./jun. 1983.

DOMINGUES, Mateus Bonenberger. Aprovação do plano de recuperação judicial pelo juiz em caso de rejeição pela assembleia-geral de credores. Monografia, Curso de Direito, UFRGS. Porto Alegre, 2010.

EBERHART, Alan C.; SENBET, Lemma W. Absolute Priority Rule Violations and Risk Incentives for Financially Distress Firms. *Financial Management, USA*, v. 22, n. 3, p. 102, out. 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/36665931>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Bankruptcy Code. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade. Da constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela nova Lei de Falências ao privilégio dos créditos trabalhistas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 74, ago. 2005.

GRAU, Eros R. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IMNHOF, Cristiano. *Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Conceito, 2009.

LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Coordenadores Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Jorge Joaquim. *Direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MALOY, Richard. A primer on cramdown how and why it works. St. Thomas L. Rev. 1, p. 30-33, 2003-2004. Disponível em: <<http://goo.gl/4AKcs>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MARISCALCO, Marie P. Recent development in bankruptcy law: reorganization – Chapter 11. Hein Online – 1 Bankr. Dev. J., p. 371, 1984. Disponível em: <<http://goo.gl/V8tZK>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao artigo 58 da Lei nº 11.101/2005. In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005 – Artigo por Artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombom. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2013.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 70045411832, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, J. 29.02.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 994.09.342925-9, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Estado de São Paulo, Rel. Des. Romeu Ricupero, J. 18.08.2009, DJe 30.09.2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=RMZ019HTR0000>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça, Recuperação Judicial nº 100.09.121755-9, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, Juíza Renata Mota Maciel, J. 05.10.2009,

DJe 23.10.2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2SZX86G9N0000>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 994.09.273364-3, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Estado de São Paulo, Rel. Des. Romeu Ricupero, J. 01.06.2010, DJe 14.06.2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=994.09.273364-3&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 11 out. 2017.

SOUZA, Juliano Copello de. Cram Down na Lei nº 11.101/2005. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2012. 99 f.

TOKARS, Fabio. As limitações de aplicação do *cram down* nas recuperações judiciais brasileiras. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>>. Acesso em: 11 out. 2017.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 5. ed. rev., atual. e ampl. Coordenadores Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARIG. Plano de recuperação judicial, 2005. Disponível em: <<http://www.amvvar.org.br/varig.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

VARIG LOG. Plano de recuperação judicial, 2009. Disponível em: <http://www.variglog.com/\pdf_rec\plano_de_recuperaçao_judicial_-_08-09-09.pdf>. Acesso em: 11 out. 2017.

WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. Comentários aos artigos 47 a 49 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa; CORRÊA-LIMA, Osmar Brina (Org.). *Comentários a Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Submissão em: 03.12.2015

Avaliado em: 01.09.2016 (Avaliador B, Rodada 1)

Avaliado em: 16.08.2017 (Avaliador E, Rodada 1)

Avaliado em: 05.10.2017 (Avaliador F, Rodada 1)

Avaliado em: 16.11.2017 (Avaliador B, Rodada 2)

Aceito em: 16.11.2017

LA CONSOLIDACION DOGMATICA Y JURISPRUDENCIAL DE LA DRITTWIRKUNG: SU EXPANSION EN IBEROAMERICA

THE DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL CONSOLIDATION OF THE DRITTWIRKUNG: ITS EXPANSION IN LATIN AMERICA

Juan María Bilbao Ubillos¹

Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho UVA -
Valladolid - España

ÁREA(S) DEL DERECHO: derecho constitucional; derechos fundamentales; derechos humanos.

RESUMEN: Se intenta ofrecer una panorámica general y actualizada del debate doctrinal y la praxis jurisprudencial en relación con una de las cuestiones centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Se apuesta por el reconocimiento de una eficacia inmediata de la mayoría de los derechos pero matizada, sujeta a límites, no indiscriminada o uniforme, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses en conflicto. Y se llama la atención sobre la expansión de la *Drittwirkung* en todos los frentes, aunque se pone el foco en

la acogida que ha tenido en las últimas décadas en Iberoamérica.

ABSTRACT: *This article tries to offer a general and updated view of the scholarly debate and the jurisprudential practice related with one of the main issues of the fundamental rights theory. We advocate in favor of the recognition of an immediate effect of most of the rights, but a nuanced one, subject to limits, not indiscriminate or uniform, with a scope that will have to be set or adjusted in each case taking into account the relative weight of the rights or interests in conflict. And attention is drawn to the expansion of *Drittwirkung* on all fronts, although we focus on the good acceptance that it has particularly gained in Iberoamerica during the last decades.*

¹ Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de Valladolid, España. E-mail: juanmaria.bilbao@uva.es. Currículo: <http://www.der.uva.es/constitucional,-procesal-y-eclesiastico>.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; eficacia frente a particulares (*drittwirkung*); poderes privados; autonomía privada; distinción público-privado; doctrina norteamericana de la *state action*; recurso de amparo.

KEYWORDS: *fundamental rights; effect on private relationships (drittwirkung); private powers; contractual autonomy; public-private distinction; state action doctrine; judicial guarantees.*

SUMARIO: Introducción; 1 Los derechos públicos subjetivos en la teoría liberal; 2 Argumentos para una reconsideración de la doctrina tradicional; 3 Las propuestas doctrinales; 4 La expansión de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales.

SUMMARY: *Introduction; 1 The subjective public rights in liberal theory; 2 Arguments for a reconsideration of the traditional doctrine; 3 The doctrinal proposals; 4 The expansion of drittwirkung of fundamental rights.*

INTRODUCCIÓN

Hace veinte años terminaba el epílogo de mi monografía sobre la *Drittwirkung* con esta afirmación: “Ninguna construcción es, a mi juicio, plenamente convincente, ninguna está exenta de problemas. En todas podemos encontrar puntos vulnerables. Se trata simplemente de ver si, en la práctica, una determinada propuesta interpretativa resuelve más problemas o más perplejidades de las que crea y si las resuelve mejor que otras”. Pensaba entonces y sigo pensando ahora que de todas las soluciones propuestas, la que explica de una forma más coherente y honesta lo que realmente ocurre todos los días en los tribunales civiles y laborales es la que reconoce la eficacia de la mayoría de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Una tesis que sigue encontrando más resistencia en los círculos académicos que entre los aplicadores del Derecho. Una resistencia que muchas veces se sustenta en un prejuicio, en un estereotipo, en virtud del cual se presenta a los defensores de la eficacia frente a terceros como enemigos del modelo liberal, de la autonomía privada, y partidarios de la ocupación de la sociedad por el Estado. En mi caso les aseguro que mi análisis no responde a una determinada militancia política o ideológica. Ninguna limitación inadmisibles de la libertad individual se deriva, como fatal consecuencia, de la mera afirmación de que los derechos fundamentales también rigen, *ex Constitutione*, en las relaciones jurídico-privadas. A mi juicio, admitir esa operatividad según y cómo frente a posibles arbitrariedades cometidas por sujetos privados no implica una

apuesta ideológica en favor del paternalismo estatal. Nadie debería malgastar sus energías en combatir fantasmas. ¿Por qué no centrar el esfuerzo en fijar límites razonables a esa eficacia pluridireccional?. Por lo pronto, la defensa de los derechos individuales frente a los órganos de gobierno de las asociaciones o los imperativos de la organización productiva es una propuesta genuinamente liberal. Al menos, si entendemos la libertad como no sumisión, como un espacio real de autodeterminación.

1 LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS EN LA TEORÍA LIBERAL

La aceptación de la vigencia de buena parte de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares presupone la negación de la concepción tradicional de estos derechos como derechos que sólo vinculan al Estado. Una concepción que surge en un determinado contexto jurídico y político, el del Estado liberal. La teoría alemana de los derechos públicos subjetivos, que se elabora en la segunda mitad del siglo XIX, está ligada, por tanto, a una etapa concreta de la historia constitucional.

En las teorías contractualistas, la existencia del Estado se justifica por su capacidad para garantizar las libertades individuales en el seno de la sociedad, frente a los ataques de los demás. Pero lo cierto es que cuando se instauran los primeros Estados liberales, sus Constituciones protegen esos derechos naturales únicamente en el marco de las relaciones Estado-ciudadano, como límites frente al poder público. Se opta por proteger las libertades frente a lo que se percibe como su principal amenaza. Son los poderes públicos, y la Administración en primer lugar, los enemigos potenciales de las recién conquistadas libertades. El Estado no queda liberado de su obligación de garantizar los derechos primarios a la vida, la libertad o la propiedad en las relaciones intersubjetivas, pero esa tutela se dispensa mediante las normas de Derecho privado.

Detrás de esta construcción late uno de los postulados básicos del liberalismo: la tajante separación entre el Estado y la sociedad. El Código Civil se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedad autosuficiente, sancionando los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas *inter privatos*. Carece de sentido extender a este tipo de relaciones la eficacia de los derechos constitucionales porque éstas se establecen, aparentemente, entre iguales, y entre iguales las relaciones no pueden ser sino libres. No hay necesidad de proteger a la parte (supuestamente) más débil.

2 ARGUMENTOS PARA UNA RECONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA TRADICIONAL

Son muchos los cambios que se han producido desde entonces y no se entiende por qué hay que mantener a toda costa la fidelidad a una concepción de estos derechos que tuvo sentido en un determinado momento, pero que resulta hoy desfasada, anacrónica. Lo que hay que hacer es poner al día la vieja teoría de los derechos públicos subjetivos, sin concesiones a la pereza mental.

Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica en muchas de las relaciones que entablan los sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno del poder, como capacidad de determinar o condicionar las decisiones de otros. Basta con observar atentamente la realidad que nos rodea, la progresiva multiplicación de poderes privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Correlativamente, se registran situaciones de virtual sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas «pactadas». Esto sucede cuando, de hecho, una de las partes no tiene más remedio que aceptar unas condiciones dictadas unilateralmente. El poder económico, social o mediático de ciertos individuos u organizaciones anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada. Por eso, no me gusta la expresión “eficacia horizontal”, porque las relaciones entre particulares no suelen entabarse entre sujetos que se encuentran realmente en pie de igualdad.

En situaciones caracterizadas por la asimetría, por el desequilibrio entre las partes, quien disfruta de una posición de dominio condiciona la decisión de la parte «débil». Lo que se ejerce en estos casos es un poder formalmente privado, pero con formas de coacción análogas a las de los poderes públicos. Las decisiones de estos poderes privados, a los que se atribuyen con frecuencia amplias facultades de auto-tutela, son a veces tan imperativas e inmediatamente ejecutivas como las adoptadas por un órgano administrativo (pensemos en el despido de un trabajador).

A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Como organización estructurada jerárquicamente, la empresa genera una situación de poder y, correlativamente,

otra de subordinación. Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) representan, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la prestación laboral.

Es necesario adoptar, en suma, una nueva perspectiva que tome en consideración las múltiples dimensiones de la libertad, sin mutilaciones. Los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia en función de cuál sea el origen de la agresión que sufre una determinada libertad. El tratamiento ha de ser, en lo esencial, el mismo.

Un segundo argumento sería el arraigo en las democracias contemporáneas del concepto de Constitución como norma jurídica suprema sobre la que se asienta la unidad del ordenamiento. La Constitución ha dejado de ser, simplemente, el estatuto del poder público para convertirse en el “orden jurídico fundamental de la comunidad” (K. Hesse²). En un Estado social son también materialmente constitucionales los principios reguladores de las relaciones sociales. Este enfoque unitario impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. Además, la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución.

Un tercer elemento de análisis es la profunda crisis de la dicotomía público-privado. El poder público tiende a privatizarse mientras que el privado asume cada vez más connotaciones públicas. Nadie en su sano juicio puede pretender la desaparición de la frontera entre las dos esferas, la pública y la privada, porque la abolición de esta última es justamente el rasgo más

² *Escritos de Derecho Constitucional*, C.E.C., 1983, pp. 16-17. El constituyente no renuncia a configurar la sociedad civil con arreglo a determinadas pautas constitucionales. No se desentiende del modo en que se organiza la vida social. El propio Hesse ha matizado posteriormente estas afirmaciones sobre la influencia de la Constitución en el Derecho privado: la Constitución es ciertamente el orden jurídico fundamental de la comunidad, pero no lo regula todo, sino aquellos aspectos particularmente importantes de la vida estatal y social. El Derecho constitucional proporciona, en suma, “directrices e impulsos” al Derecho privado, además de preservar y garantizar algunas instituciones básicas del Derecho privado preexistente (matrimonio, propiedad) y establecer directamente algunos mandatos, como el de igualdad entre los cónyuges (*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, 1995, p. 82-84).

característico de un régimen totalitario. Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido desdibujando, es cada vez menos nítida. Lo que vemos realmente es una continuidad, un progresivo entrecruzamiento. Pensemos en un fenómeno tan significativo como el de la espectacular expansión de la seguridad privada, una función típicamente estatal. Para complicar aún más las cosas, asistimos al apogeo de otro fenómeno, el de la “huida” del Derecho Administrativo. En diversos ámbitos, la Administración recurre a técnicas jurídico-privadas para poder alcanzar más fácilmente sus objetivos.

El panorama es confuso y va a serlo todavía más en el futuro. La actual tendencia hacia la privatización significará que cada vez más servicios que tradicionalmente han estado en manos de los Estados (como el correo, las comunicaciones telefónicas o las cárceles) dejarán de ser públicos.

A los tres factores indicados hay que sumar otro: la incontenible fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Su protagonismo en la cultura jurídica actual radica en que las normas que los reconocen son de aplicación directa e inmediata, pero tienen un contenido principal, un sustrato muy abierto, que facilita su penetración en todos los intersticios del ordenamiento. El contenido de los derechos se renueva y enriquece incesantemente: día a día, los tribunales descubren nuevas posibilidades de ejercicio y nuevos escenarios en los que pueden operar.

3 LAS PROPUESTAS DOCTRINALES

Es a partir de la década de los cincuenta del pasado siglo cuando en Alemania comienzan a oírse voces que defienden la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Esta doctrina fue formulada por primera vez por Nipperdey, presidente del Tribunal Federal de Trabajo. Es en concreto una sentencia de la Sala Primera de este Tribunal del año 1954 la que afirma por primera vez que los derechos fundamentales contienen “principios ordenadores para la vida social” de carácter vinculante, que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado³.

³ Curiosamente, la jurisprudencia y los autores que se expresan en lengua alemana rechazan mayoritariamente los argumentos de Nipperdey, con algunas excepciones.

3.1 CONCEPCIONES QUE NIEGAN TERMINANTEMENTE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Son pocos los autores que niegan la incidencia, cualquier tipo de incidencia, de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado. Pero todavía hay quien considera que esa extensión, *contra natura*, de su ámbito tradicional de aplicación es innecesaria. Las amenazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que sólo traza los límites que el poder público no puede franquear. Esta es la posición de quienes creen que la Constitución no juega ningún papel en la regulación de las relaciones jurídico-privadas. Para este sector, el reconocimiento de la *Drittwirkung* no aporta nada, porque los mismos resultados podrían alcanzarse mediante los tradicionales instrumentos del Derecho civil. Y tiene, en cambio, un coste muy alto: la irremisible degradación de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados. Late en el fondo de esta postura la convicción de que la *Drittwirkung* puede ser una especie de “caballo de Troya” que destruya el sistema construido sobre la base del citado principio.

3.2 LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA

Esta teoría, por la que se inclina una parte de la doctrina, es una solución intermedia que trata de sortear los obstáculos de orden dogmático que dificultan el reconocimiento de la *Drittwirkung* en su versión pura. Esto se consigue condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está directamente vinculado por tales derechos. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso.

3.2.1 La mediación del legislador

No cabe duda de que al legislador le incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos en ese ámbito. La ley es el instrumento más apropiado para esta función, el que ofrece más garantías desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Obviamente, el legislador está sujeto en esta operación de concreción a ciertas limitaciones. Ninguna ley puede suprimir las libertades básicas del

Derecho privado. El legislador tiene que lograr un equilibrio, una acomodación razonable entre los derechos en conflicto. El problema es que el cumplimiento por parte del legislador de ese mandato, de ese deber de protección derivado de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no es justiciable, porque no cabe en nuestro ordenamiento el control de las omisiones legislativas.

Los defensores de la eficacia a través de la ley insisten en que la competencia para determinar el grado de vigencia social de los derechos fundamentales corresponde exclusivamente al legislador y no a los jueces, ni al Tribunal Constitucional. Estos autores no admiten la posibilidad de una ponderación directa de los derechos fundamentales en colisión por parte del juez. Este se convertiría en el “señor”, en dueño del derecho fundamental.

La cuestión es si la intervención del legislador es condición sine qua non para la vigencia del derecho en este escenario, de forma que éste sólo desplegaría eficacia frente a particulares cuando y en la medida en que el legislador así lo hubiese previsto. Este es el quid de la cuestión. A nuestro juicio, la mediación del legislador, aun siendo altamente recomendable, no puede considerarse un trámite indispensable (como no lo es tampoco en el campo de las relaciones individuo/Estado). No se trata de sustituir el principio de legalidad por el de constitucionalidad, o de relajar la sujeción del juez a la ley, pero no todo se agota en la ley como alfa y omega: hay vida más allá de la ley. La ley no puede preverlo todo, de modo exhaustivo, no puede contemplar todas las situaciones posibles. Y el juez tiene que resolver una infinita variedad de conflictos, que el legislador ni siquiera pudo imaginar. La prohibición de *non liquet* impide que el juez pueda escudarse en la falta de desarrollo legislativo para negar la protección correspondiente *ex Constitutione*. Tendrá que resolver con arreglo al sistema de fuentes, aplicando directamente la Constitución en ausencia de ley.

La experiencia nos indica que existen lagunas en el desarrollo legislativo de los derechos, por lo que no se puede descartar la hipótesis de una eficacia inmediata frente a terceros, aunque sea residual. En la jurisprudencia española no faltan ejemplos: así, el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores (al igual que otros derechos no específicos, como el derecho a la propia imagen) no está garantizado expresamente en ningún precepto de la legislación laboral (no en el Estatuto de los Trabajadores) y pocas dudas caben acerca de su vigencia en este ámbito. Sobre todo, después de la reiterada jurisprudencia del TC en esta materia, anulando despidos o sanciones impuestas como represalia por el

ejercicio legítimo de dicha libertad. No hubo que esperar a que el legislador tomara cartas en el asunto.

Y es que un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. Pero el derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador, porque su vigencia no queda en manos de éste. No parece compatible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide.

Yo me pregunto, por ejemplo, si hace falta que el legislador regule la libertad de las asociaciones para seleccionar a sus miembros, prohibiendo la discriminación en el acceso a aquellas asociaciones que ostenten una posición de dominio, para resolver un caso como el de la Comunidad de Pescadores de El Palmar⁴. En los Estados Unidos, las leyes de derechos civiles tratan de erradicar la segregación social en diversos ámbitos (laboral, vivienda, establecimientos abiertos al público), pero tampoco hay una ley federal que regule políticas de admisión discriminatorias en las asociaciones privadas (asociaciones cuyos estatutos impiden la adhesión de mujeres o no admiten homosexuales) y contamos con una copiosa jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema, sobre el alcance de la Enmienda XIV.

Me pregunto igualmente si hace falta una ley para resolver el conflicto entre la libertad ideológica del profesor y el ideario del centro docente privado en el que presta sus servicios. Porque la STC 47/1985 lo resolvió con la Constitución en la mano⁵. Como tantos otros. Los tribunales resuelven constantemente estos

⁴ Vid. la STS (Sala de lo Civil) de 8 de febrero de 2001, que resolvió el asunto aplicando el artículo 14 CE, y el ATC de 20 de septiembre del mismo año. Es verdad, se dice en este Auto, que el derecho a asociarse conlleva la potestad autoorganizatoria, pero el ejercicio de esa potestad está sujeto a límites, entre otros los establecidos directamente en la propia Constitución, y “no puede suponer en ningún caso la lesión de derechos fundamentales de terceros”. El Tribunal afirma que “no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada..., consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola...”.

⁵ Al estimar el recurso de amparo interpuesto por una profesora despedida de un colegio privado, no concertado, por no ajustarse en su actividad profesional al ideario del centro, el Tribunal recuerda que los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro y en consecuencia, no pueden dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, de modo que una actividad docente hostil o contraria al mismo puede ser causa legítima de despido, siempre que empresario pruebe tales hechos. Pero el respeto a la libertad ideológica impide que la simple disconformidad de un profesor

litigios interpretando las normas constitucionales que reconocen derechos, que son de aplicación directa, y eso no significa “la abolición práctica del principio de legalidad” ni implica, creo yo, que “la libertad del sujeto” quede “a merced de la discreción judicial”.

Insisto en que la intervención del legislador es muy saludable y a veces se echa de menos. En España, la Ley 33/2006 zanjó la controversia sobre la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo a la sucesión regular mortis causa en los títulos nobiliarios, suprimiendo la preferencia del varón, pero la STS (Sala de lo Civil) de 8 de marzo de 2016, rescatando o invocando la doctrina de la polémica STC 126/1997, concluyó que la exclusión de los hijos extramatrimoniales – en este caso, la única hija del Conde, fruto de una relación extramatrimonial, cuya filiación fue declarada judicialmente – no afecta al principio constitucional de igualdad por la propia naturaleza de las distinciones nobiliarias⁶.

Sin esperar al legislador, la STC 41/2006 incluyó la discriminación por orientación sexual entre las condiciones o circunstancias personales a las que se refiere la cláusula de cierre del artículo 14 CE. En este caso, otorgó el amparo a un trabajador que había sido despedido por su condición de homosexual. Lo mismo cabe decir de la discriminación por razón de edad.

Su intervención sí es indispensable, en cambio, en aquellos casos en los que no se pueda predicar la eficacia inmediata de un derecho constitucional en las relaciones entre particulares, como sucede, por ejemplo, con las medidas

respecto al ideario del centro sea causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro. En ese caso, la recurrente fue despedida, al parecer, por haber declarado en privado a la dirección del centro no ser católica. También son problemáticos los casos de despido de profesores por determinados comportamientos en la esfera de su vida privada (divorcio, matrimonio civil, relaciones homosexuales).

⁶ Tesis rebatida en el Voto Particular que formulan los Magistrados D. F. Javier Arroyo y D. Xavier O’Callaghan. En su opinión, si el legislador ha entendido que se viola el principio de igualdad al posponer a las mujeres en la sucesión de los títulos nobiliarios, no hay ninguna razón para que un tribunal mantenga la discriminación de los hijos no matrimoniales, cuando la aplicación de los artículos 14 y 10 de la Constitución, en la interpretación que deriva de los tratados internacionales, exigiría una interpretación que preservase los derechos fundamentales de la hija. Para impedir que la Carta de Concesión de un título nobiliario suponga la perpetuación de una odiosa discriminación (en contra de los hijos habidos fuera del matrimonio) no es necesario aguardar una ley que lo establezca, sino que basta con la aplicación directa de los mandatos constitucionales y/o de los textos internacionales que vinculan al Juez como órgano del Estado que suscribió dichos Tratados [...] No podemos admitir espacios blindados frente a la Constitución, por antigua que sea su data». Se comparte o no este criterio, parece aconsejable la intervención del legislador.

de acción positiva. Cabe la posibilidad de que el legislador decida extender esa eficacia, con las debidas cautelas por supuesto, a ese tipo de relaciones. La LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres abrió brecha en este sentido al imponer a los particulares (empresas, partidos políticos, sindicatos: presencia en Consejos de Administración) obligaciones positivas con el fin de promover y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres. Obligaciones legales no derivadas directamente de la Constitución.

3.2.2 La mediación del juez

Se ha sugerido una segunda vía de penetración de los derechos fundamentales en el Derecho privado: a la hora de interpretar las normas que rigen las relaciones entre particulares, los jueces han de tomar en consideración estos derechos, que van a llenar de contenido preciso las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados típicos del Derecho común (orden público, buenas costumbres, buena fe...). O a la hora de aplicar institutos propios del Derecho privado como la responsabilidad extracontractual (por daños). Bajo esta perspectiva, estos derechos, además de ser derechos subjetivos de defensa, oponibles frente al Estado, operan como normas objetivas que incorporan valores dotados de una especial fuerza expansiva, el llamado “efecto de irradiación”, que se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento.

Esta tesis, formulada originariamente por G. Dürig, fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán en la célebre sentencia que dictó en el caso *Lüth* (1958). El TCF anuló la resolución de un tribunal civil que había ignorado el efecto de irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto “contrario a las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil. Los derechos fundamentales no operarían como derechos subjetivos sino como simples parámetros interpretativos. Pero entonces, ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de las normas conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente.

Esta teoría niega realmente la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Porque lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho privado, interpretada, eso sí, conforme a la Constitución. Es una construcción artificial, una pirueta que intenta soslayar el explícito reconocimiento de la *Drittwirkung*.

Uno de los aspectos más llamativos de la decisión del TCF en el caso *Lüth* es que finalmente se estima el recurso, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, pero se da a entender que el señor *Lüth* no ejerció un derecho fundamental. Esta contradicción, que se repite en decisiones posteriores, es una buena prueba, a mi juicio, de la inconsistencia de esta doctrina.

3.2.3 Los deberes estatales de protección: una tercera vía

Una tercera variante o modalidad de la eficacia mediata (algo más refinada o sofisticada) sería la representada por autores como C.W. Canaris⁷ en Alemania o Novais⁸ en Portugal. Sobre la base del reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como imperativos de tutela, esta corriente dogmática pone el acento en la obligación que recae en los poderes públicos de proteger esos derechos. Ese deber de protección se proyecta también sobre las relaciones entre particulares, sobre el campo del Derecho privado: el ordenamiento tiene que proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a posibles agresiones o amenazas de otros ciudadanos, y lo tiene que hacer sin disolver o liquidar el principio de autonomía privada (para no incurrir en prohibición de exceso). Esta función de protección le compete en primer lugar al legislador ordinario (penal en primer lugar, pero también laboral o civil) que estaría obligado a intervenir si esa protección no se obtuviese de forma satisfactoria a través de la interpretación judicial de los derechos (efecto de irradiación) u otras vías.

Pero hay que preguntarse de nuevo qué sucede si el legislador no cumple adecuadamente esa obligación (el problema de las omisiones del legislador). Y los propios autores que defienden esta construcción o enfoque tienen que admitir que esa pasividad abre la posibilidad de que finalmente sea el juez, destinatario también de los deberes constitucionales de protección (incumbe a todos los poderes del Estado), el que determine al resolver un conflicto concreto el grado de vinculación de un particular a los derechos fundamentales, apelando directamente a la Constitución. El juez estaría autorizado a hacerlo, a suplir la inactividad del legislador, de forma excepcional, porque de lo contrario se verificaría un déficit de protección inconstitucional y no se garantizaría la vigencia real de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

⁷ *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003.

⁸ *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006.

En último término, como apunta lúcidamente Jorge Pereira da Silva⁹, no es difícil apreciar una contradicción insoluble o insubsanable entre las premisas o presupuestos de los que parte esta construcción (sólo los poderes públicos estarían vinculados directamente por los derechos fundamentales¹⁰) y los resultados prácticos que alcanza, porque termina por reconocer la necesidad (puntual) de una vinculación inmediata a través del juez.

En el fondo se acude a esta figura de los deberes estatales de protección como una estrategia argumentativa de disolución del complejo problema de la vinculación de las entidades privadas en el problema, bastante más pacífico, de la vinculación de los poderes públicos. Pero esta estrategia falla cuando se convoca a los tribunales, aunque sea de modo supletorio y excepcionalmente, para concretizar en casos *sub iudice* los deberes de protección. A no ser que se quiera defender la cuadratura del círculo, conferir a los jueces este poder (exorbitante) de poder vincular a los particulares a las obligaciones de respeto por los derechos de sus congéneres que no se derivarían de las normas constitucionales ni de ninguna otra fuente normativa previa, ese llamamiento a los tribunales a la tarea en cuestión, al margen del legislador, disloca inapelablemente la posición doctrinal en causa hacia el campo de la eficacia inmediata (un campo en el que nunca se excluyen formas paralelas de eficacia mediata). El juez estaría obligado a tutelar el derecho precisamente (y en la medida en que) los particulares se encuentran constitucionalmente vinculados al respeto por los derechos fundamentales de los otros: esa vinculación previa, preexistente, es la que genera el deber de protección (es su presupuesto lógico). La intervención del legislador o del juez no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo o concretizador: el empresario está obligado a respetar el derecho a la intimidad del trabajador no porque así lo disponga una ley que prohíba y sancione esas intromisiones, sino porque el derecho a la intimidad opera *erga omnes* y vincula también (y sobre todo) a los particulares *ex Constitutione*. El legislador no decide libremente si el derecho opera o no en las relaciones *inter privatos*.

⁹ “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Um problema de geometria variável”, en *Fundamentos*, n.º 9/2016. La era de los derechos, pp. 103 y ss; en especial, p. 129 y ss.

¹⁰ Para J. Novais (op. cit., p. 108-111), la eficacia directa es intrínsecamente perversa porque conduce a irremisiblemente a la instrumentalización de los derechos fundamentales contra la libertad; se caricaturiza como un modo de entregar en bandeja al arbitrio de los jueces, en detrimento del legislador democrático, la resolución de los conflictos entre particulares.

3.3 LA DOCTRINA DE LA *STATE ACTION*: LA ALTERNATIVA NORTEAMERICANA A LA DRITTWIRKUNG

Una solución alternativa es la ensayada en los Estados Unidos en aplicación de la doctrina de la *state action*¹¹. Desde mediados del siglo XX, y siguiendo distintas vías, la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales, que en principio sólo establecen límites a la actuación del Estado (*state action*), de modo que las conductas de los particulares quedan fuera del alcance de estas garantías. Esta construcción jurisprudencial, conviene insistir en ello, no pone en cuestión en ningún momento el principio, comúnmente aceptado en aquella cultura jurídica, de que los derechos proclamados en la Constitución sólo vinculan a los órganos e instituciones del Estado. Con la única excepción de la Enmienda XIII (1865), que prohíbe la esclavitud.

Los supuestos en los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse en dos grandes apartados: por un lado, los relacionados con actividades que entrañan materialmente el ejercicio de una “función pública”, y por otro, aquéllos en los que se detecta una “conexión” o “implicación” estatal significativa en una actuación aparentemente privada.

Simplificando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analógicamente, una función propia del Estado¹²; y en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado en esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que puedan descubrirse. Son dos enfoques diferentes, aunque en muchas decisiones aparecen yuxtapuestos, pero ambos conducen al mismo resultado: una ampliación del ámbito de protección de las libertades constitucionales, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas en principio de este ámbito, quedan comprendidas finalmente en el mismo. Y

¹¹ Vid. J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de «state action» en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

¹² La teoría de la “función pública” se ha aplicado por la Corte en dos áreas principalmente: en relación con las elecciones primarias, por un lado, y en respuesta a los problemas suscitados por las reglas de acceso y utilización de ciertos espacios de propiedad privada, como parques o centros comerciales, por otro. El conflicto surge cuando los responsables de uno de estos complejos comerciales privados impiden el acceso o expulsan de las “zonas abiertas” («open areas») del recinto a un piquete de trabajadores o a un grupo de personas que pretenden manifestarse, distribuir información o recoger firmas en apoyo de una determinada causa.

esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de “poder público”, que se dilata hasta cubrir un gran número de actividades en apariencia privadas.

Aparentemente, esta teoría evita el enojoso problema de la posible eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares (los juristas norteamericanos ignoran olímpicamente la polémica europea sobre la *Drittwirkung*). Pero el problema sigue ahí, latente, y se resuelve, en un sentido u otro, de forma encubierta. El sentido último de la exigencia de una acción estatal, como presupuesto necesario para reclamar la protección constitucional, es, desde un punto de vista sustancial, la salvaguarda de la autodeterminación individual y el pluralismo. La libertad individual, subrayan los partidarios de una interpretación estricta de esta exigencia, podría llegar a desvanecerse si los individuos tuvieran que ajustar su comportamiento en todo tipo de relaciones a los cánones constitucionales. La clave está entonces no tanto en la búsqueda de indicios de una implicación oficial, como en las diferentes propuestas de ajuste o equilibrio (*balancing*) entre el impacto negativo que la acción presuntamente ilícita tiene sobre el agraviado y la necesidad de preservar un reducto intangible de intimidad y libertad en las decisiones personales. En última instancia, el problema de la *state action* acaba por confundirse con la cuestión constitucional sustantiva que se ventila en ese pleito concreto. Como ha puesto de relieve un sector de la doctrina norteamericana, cuando lo que se impugna es un acto realizado por un particular, el problema consiste realmente en determinar si la Constitución prohíbe dicho acto. El hecho de que la Corte Suprema, con muy pocas excepciones, haya apreciado siempre una violación del derecho constitucional después de encontrar suficiente *state action* proporciona un sólido apoyo a esta interpretación.

Lo cierto es que, pese al tenor literal de las cláusulas constitucionales y al peso de una cultura jurídica y política profundamente liberal, los jueces norteamericanos llegaron en la práctica bastante más lejos que sus colegas en otros ordenamientos en los que la eficacia unidireccional de las normas que reconocen derechos fundamentales ha sido objeto, al menos, de discusión. Salvo en el terreno de las relaciones laborales, un ámbito en el que la jurisprudencia ha mantenido sin fisuras la irrelevancia constitucional de las lesiones de los

derechos de la persona del trabajador por parte del empleador privado, que puede contratar o despedir libremente¹³.

En los últimos tiempos, son pocas las decisiones en las que se ha aplicado esta doctrina, pero el debate doctrinal sigue siendo intenso. Se sigue escribiendo mucho sobre esta cuestión y podemos encontrar posturas para todos los gustos (jurisprudencia errática o área de desastre conceptual). No faltan incluso quienes defienden abiertamente la aplicación horizontal de las normas constitucionales¹⁴.

Esta doctrina jurisprudencial, es, en definitiva, una respuesta original a un problema universal. Una solución que podría servir para encontrar una salida relativamente sencilla, en nuestros ordenamientos, a los conflictos que pueden suscitarse dentro de un centro docente privado sostenido con fondos públicos. O para resolver los relacionados con los establecimientos abiertos al público (sometidos a un régimen de licencia administrativa, una conexión relevante a los efectos delimitar el alcance del “derecho de admisión”), o con los concesionarios de servicios públicos o de dominio público, que ostenten facultades o ventajas exorbitantes.

3.4 LA EFICACIA INMEDIATA

Como puede deducirse de lo expuesto hasta ahora, defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa de la mayoría de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

¹³ En *Black vs. Cutter Laboratories* [351 US 292 (1956)], la Corte Suprema confirmó la validez de un despido producido como consecuencia de la aplicación de un convenio colectivo que había previsto, como causa de desistimiento, la afiliación de los trabajadores al partido comunista. En *Rendell-Baker vs. Kohn* [457 US 830 (1982)] sostuvo que la decisión de un colegio privado de despedir a un grupo de profesores, contratados con fondos federales, por haber enviado una carta a un periódico local criticando a los responsables del centro, no vulneraba la libertad de expresión consagrada en la I Enmienda.

¹⁴ Cass R. Sunstein publicó en 2002 un artículo titulado *State Action is Always Present* (*Chicago Journal of International Law*, Vol. 3: No. 2, Article 15). En su opinión, la verdadera cuestión no es si hay o no *state action* sino si esa *state action* relevante es inconstitucional. Y subraya el hecho de que muchos de los llamados derechos negativos no requieren sólo la abstención del Estado sino su asistencia (obligaciones positivas de protección): no puede existir propiedad privada sin la protección de la ley, que sanciona la intromisión en un dominio privado, ni libertad contractual sin unos tribunales que hagan cumplir los contratos. Plantea el caso de un empleador que despide a un trabajador por ser homosexual o se niega a contratar mujeres. Es el Estado el que con su legislación autoriza al empleador a adoptar esa decisión, el que le confiere esa facultad.

A diferencia de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 18.1 dice que “los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas”, en el articulado de la Constitución española no hay puntos de apoyo sólidos, concluyentes, para acoger la tesis de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales con carácter general, aunque tampoco los hay, a nuestro juicio, para rechazarla rotundamente.

En cualquier caso, esa posible eficacia no puede fijarse de modo general y uniforme, tomando como referencia la categoría en su conjunto. Hay que tomar nota, en primer lugar, de la diversidad estructural de los derechos constitucionales, de la aptitud intrínseca de cada uno de ellos para operar directamente en el ámbito de las relaciones privadas. Y en este orden, lo primero que constatamos es que hay derechos fundamentales cuya polivalencia no se discute, es inherente a la propia definición del derecho. En nuestra Constitución se reconocen derechos, de rango fundamental, cuyo ámbito natural de ejercicio es el de las relaciones laborales. Me refiero, claro está, a los derechos de huelga y libertad sindical (art. 28 CE). El primero quedaría vacío de contenido prácticamente si no vinculara a los empleadores privados, y el segundo comprende lógicamente el derecho a la actividad sindical dentro de la empresa. A éstos habría que añadir los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que no son sino derechos de la personalidad constitucionalizados, que mantienen su originaria eficacia *erga omnes*; el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la protección de los datos personales, o la cláusula de conciencia que pueden invocar los periodistas justamente frente a las empresas en las que trabajan. En todos estos supuestos, esa proyección pluridireccional, *erga omnes*, formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental, indisponible para el legislador. La tesis, un tanto esquizofrénica, de que el derecho de huelga o el derecho a la intimidad es un derecho fundamental cuando se ejerce frente al Estado y un derecho de rango infraconstitucional cuando el sujeto obligado es un particular no se sostiene.

En el extremo opuesto se encuentran aquellos derechos o principios que, por su propia naturaleza, son oponibles únicamente frente al Estado. Derechos como el de sufragio y acceso a los cargos públicos, el principio de legalidad penal, la prohibición de la tortura o de la misma pena de muerte, las garantías del detenido o las expropiatorias son invocables exclusivamente frente a los órganos del Estado.

En los demás casos la cuestión está abierta y tendrá que dilucidarse atendiendo a la naturaleza del derecho y a las circunstancias del caso¹⁵. En principio, todos ellos pueden conjugar ambas dimensiones y ser omnidireccionales, aunque se concibieran originariamente como derechos de defensa frente al Estado. La libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 fue una conquista histórica frente a la intolerancia estatal, pero su ejercicio no puede ser hoy causa de despido (excepto en las empresas de tendencia) y no cabe duda de que la cláusula del art. 16.2 (“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”) puede invocarse frente a cualquier intromisión ilegítima, porque se formula como una prohibición absoluta que concierne tanto a los poderes públicos como a los particulares. Esa ampliación del círculo de sujetos obligados se observa también en otros derechos, como la libertad personal o la libertad de expresión.

Estos derechos no cambian de naturaleza ni de contenido por el hecho de operar frente al Estado o entre particulares. Lo que cambian son los límites, los intereses en conflicto. La diferencia radica en que en la esfera de las relaciones Estado-ciudadano el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no lo es. En cambio, el conflicto en la esfera de relaciones ciudadano-ciudadano surge normalmente entre titulares de derechos que entran en colisión.

El análisis de la copiosa jurisprudencia sobre la materia ha llevado a un sector de la doctrina a la convicción de que dar ese paso, admitir la eficacia *inter privatos* de la mayor parte de los derechos fundamentales, con todas las matizaciones, modulaciones y cautelas que resulten necesarias, es una solución prácticamente inevitable. Podemos discutir en qué medida rigen en las relaciones entre particulares, pero si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución no se puede negar, de entrada y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en ese ámbito.

La teoría de la eficacia inmediata implica que, con legislación de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como regla de decisión. Dada la confusión que reina en torno a este tema, conviene aclarar que la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos

¹⁵ En esa dirección parece apuntar el Estatuto de Cataluña de 2006, cuando dispone en su artículo 37.1 que “los derechos reconocidos... vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares”.

excluyentes, es una falsa disyuntiva. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente.

Y otra puntualización no menos importante: se suele presentar a los partidarios de la vinculación inmediata como patrocinadores de la eficacia indiscriminada o incondicionada de los derechos fundamentales, cuando esta teoría no tiene por qué conducir a soluciones distintas, más incisivas, que las que resultan de la aplicación de las otras (el legislador puede llegar tan lejos como el juez y la legislación anti-discriminatoria norteamericana es un buen ejemplo). Admitir bajo determinadas circunstancias esa vigencia no prejuzga en absoluto el resultado de la ponderación, no significa que el derecho en cuestión vaya a prevalecer necesariamente en caso de conflicto.

Eficacia directa, sí, por qué no, pero siempre matizada, atenuada, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión [eficacia de “geometría variable” (Pereira)] Habrá que recurrir a la técnica de la ponderación para medir su alcance en cada caso. Porque esa eficacia encuentra, ya lo hemos señalado, límites. Lo que sucede es que son límites distintos, específicos, derivados de los principios estructurales y los valores propios del Derecho privado¹⁶. Lo que está en juego es el frágil equilibrio entre estos derechos y el principio de autonomía negocial. Este principio vertebrador del sistema del Derecho privado no puede concebirse hoy como un dogma, ni como una patente de corso o salvoconducto para justificar imposiciones arbitrarias. Se ve sometido ahora a nuevas limitaciones, pero no se disuelve, ni mucho menos. Es más, tiene un claro anclaje constitucional. Este principio, ha dicho Hesse, “peligraría si a los hombres, en sus relaciones entre ellos, no les fuera permitido apartarse de los principios constitucionales que en la esfera de la

¹⁶ La existencia de determinados límites no tiene nada de extraordinario. Los derechos fundamentales tampoco son ilimitados cuando se esgrimen frente al poder público. En esta dimensión, ningún derecho se impone de forma absoluta e inapelable, automáticamente, en cualquier circunstancia. Y, sin embargo, nadie discute su eficacia inmediata. Son los propios defensores de esa eficacia los primeros en subrayar que ésta no es indiscriminada. Gomes Canotilho, por ejemplo, propone la aplicación de “soluciones diferenciadas”, que estén en consonancia con la naturaleza del derecho o derechos en juego y el contenido concreto de la relación (*Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 595 y ss).

actuación estatal son irrenunciables". A nadie se le puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres.

Ciertamente el riesgo de ahogar la libertad contractual existe. Basta pensar en las consecuencias de una aplicación mimética del principio de igualdad en la esfera privada. Puede acarrear, en efecto, consecuencias absurdas e insoportables. Sería algo así como meter un elefante en una cacharrería. Sobre este riesgo se puede, ciertamente, especular, pero ni ese panorama apocalíptico es una consecuencia automática del reconocimiento de la eficacia frente a terceros, ni el temor a los posibles excesos puede hacer olvidar el peligro, más tangible aún, de indefensión del ciudadano frente a los poderes privados. Obviamente, un comerciante no tiene por qué tratar exactamente igual a sus proveedores, ni el acreedor está obligado a tratar a los deudores de la misma forma. Un inquilino tampoco podría oponerse al desahucio por falta de pago de la renta alegando el hecho de que el arrendador no ha desalojado a otro inquilino en las mismas circunstancias. En lugar de imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos no tienen que dar explicaciones y son libres para seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden asociarse con quienes crean conveniente) y para regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias).

De acuerdo con este planteamiento, mayoritario en la doctrina española, el principio de igualdad no operaría *ex Constitutione* como límite de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. La vinculación al principio de igualdad puede imponerse, eso sí, por vía legislativa, como sucede en el ámbito laboral, en la normativa reguladora de las asociaciones o en los procedimientos concursales.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ya dijo en su Sentencia 108/1989, que la autonomía de los sujetos privados sí está limitada "por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE". Si se parte del convencimiento de que la discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, es evidente que no basta con desterrar la discriminación legal. Porque no estamos ante episodios aislados de tratamiento desigual, sino ante una

práctica sistemática, generalizada, que muchas veces no viene impuesta por una norma jurídica sino que es el resultado de un patrón o pauta de conducta social implícita, de estereotipos muy arraigados, como el de la inferioridad de la mujer o de ciertas etnias. Hay que combatir, por tanto, la discriminación social, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social.

Hay dos criterios que podrían ser útiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado. Dos criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, en qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un bien escaso, dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección¹⁷. En segundo lugar, esa incidencia será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión. La vulneración de la dignidad está directamente relacionada en algunos casos con la repercusión pública o trascendencia social del acto lesivo.

Asumida la necesidad de dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho en el concreto conflicto surgido entre particulares, ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de *Drittwirkung*. La cuestión no es tanto si hay o no eficacia (así, en *abstracto*, como si se tratase de una disputa metafísica o teológica), sino la medida o intensidad de esa eficacia (cuánta eficacia). Ese es el verdadero debate.

¹⁷ Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. Dicho de otro modo, el grado de autonomía real de las partes puede ser un criterio válido y útil para resolver los posibles conflictos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, una cláusula contractual no resulta válida “por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad” (STC 241/1988).

El procedimiento a seguir es bien sencillo. Habrá que determinar primero si en una determinada relación jurídico-privada rige un concreto derecho (no existe, por ejemplo, un derecho de acceso a los medios de comunicación privados o a ser admitido en una asociación) y, despejada esa incógnita, precisar, en un segundo momento, hasta qué punto ha de ser respetado por un particular.

La solución de la vigencia inmediata, así entendida, parece una respuesta apropiada a las exigencias de la libertad en el momento presente. Una aproximación a las experiencias del Derecho comparado pone de relieve, en efecto, la práctica universalidad de la polémica y la predisposición a aceptar de hecho, con una cobertura dogmática más o menos convincente, la polivalencia de algunos derechos fundamentales, aunque sea en muy contados casos¹⁸.

4 LA EXPANSIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La idea de que los derechos fundamentales despliegan eficacia, de un modo u otro, en las relaciones entre particulares se ha abierto paso en muchos ordenamientos de tradiciones muy distintas. Y también en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. Dejo fuera del foco la evolución experimentada en Europa para detenerme únicamente en la consolidación de la *Drittwirkung* en los países de América Latina.

4.1 LA RECEPCIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* EN IBEROAMÉRICA

La acogida de esta doctrina en Iberoamérica ha sido tardía, pero en las tres últimas décadas la semilla importada de Europa ha prendido y ha germinado en muchos países. Es hoy una doctrina firmemente arraigada en el ecosistema jurídico latinoamericano. Algunos datos vienen a corroborar esa percepción.

Cada vez son más los ordenamientos de la región que admiten expresamente el recurso de amparo o la acción equivalente contra particulares: es el caso de Paraguay (artículo 134 de la Constitución de 1992), Venezuela (desde 1988), de Perú (artículo 200.2 de la Constitución de 1993), de Ecuador (artículo 88 de la Constitución de 2008), de Bolivia (artículo 128 de la Constitución de

¹⁸ M. Tushnet, "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 79-98; y Barak, A., "Constitutional. Human Rights and Private Law", en D. Friedmann y D. Barak-Erez (dirs.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 13-42; y G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé (eds.): *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. I (A Comparative Overview), Cambridge Univ. Press, Cambridge /N. York, 2010.

2009) o de Costa Rica (desde 1989, pero sólo cuando actúen en el ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de hecho o de derecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes son claramente insuficientes o tardíos). En otros países de Centroamérica como El Salvador o Guatemala, la Corte Constitucional ha admitido también amparos contra particulares cuando estos ocupan una posición de supremacía. En la República Dominicana, la Constitución de 2010 prevé en su artículo 78 que la acción de amparo para reclamar la protección de los derechos fundamentales pueda promoverse “cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares”¹⁹. Y la Constitución colombiana de 1991 prevé en su artículo 86 que la acción de tutela procede en determinados supuestos frente a violaciones imputables a particulares: “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. La Corte Constitucional ha precisado que “la acción de tutela contra particulares es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna”²⁰.

En todo caso, una determinada regulación procesal no determina la respuesta que haya de darse al problema de fondo. No es un factor decisivo, aunque puede proporcionar alguna pista o indicio. En España, por ejemplo, se excluyen las posibles violaciones cometidas por particulares del ámbito objetivo del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero se garantiza su tutela ante la jurisdicción ordinaria a través del amparo (de los procedimientos preferentes y sumarios a los que se refiere el artículo 53.2 CE). El amparo judicial se despliega en todos los órdenes jurisdiccionales²¹.

¹⁹ La LOTCPC de 2011 dispone en su artículo 65 que “la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de una autoridad pública o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución”.

²⁰ El artículo 42 del Decreto nº 2591, de 19 noviembre 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, concreta más los casos en los que procede la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares e incluye, por ejemplo, el ejercicio del derecho de rectificación de informaciones inexactas o erróneas y aquellos supuestos en que el particular actúe en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

²¹ El artículo 41.2 de la LOTC es inequívoco: el legislador optó por reservar este cauce a las demandas dirigidas contra actos de los poderes públicos y excluir las interpuestas frente a violaciones causadas

En cuanto a los principales hitos jurisprudenciales, nos limitaremos a destacar algunos que pueden servir de botón de muestra. Por orden cronológico, habría que recordar, en primer lugar, la conocida afirmación contenida en sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina en el caso *Kot* (1958): “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos [...] esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad” Y añade: “Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico... Estos entes colectivos representan una fuente de amenazas para el individuo y sus

por particulares. Pero esa exclusión de las presuntas violaciones cometidas por un particular es más aparente que real. Porque la inclusión de una modalidad específica de recurso de amparo contra violaciones causadas por los órganos judiciales (art. 44 LOTC) terminará complicando, y de qué forma, un asunto que podía darse en principio por zanjado. Mediante una interpretación muy forzada de este último precepto, el Tribunal Constitucional ha conseguido sortear el obstáculo del artículo 41.2 y abrir un resquicio a través del cual van a tener acceso, de manera indirecta o solapada, no pocas controversias entre particulares. Eso sí, la admisión de una de estas demandas implica necesariamente la transformación de la pretensión originaria en otra que se dirigirá ya contra un poder público.

Se acude en estos casos a un expediente técnico ingenioso, que consiste en la imputación al órgano judicial de la violación cometida originariamente en el seno de una relación jurídico-privada. El mayor escollo o el punto más vulnerable de esta solución procesal, que implica la asunción judicial de la lesión, es el requisito, establecido en el artículo 44.1 LOTC, de que la violación tenga su “origen inmediato y directo” en un acto u omisión del órgano judicial. En muchos de estos casos, al órgano judicial se le acusa justamente de no haber corregido, desde una perspectiva constitucional, la lesión causada en primer término por un sujeto privado, o, lo que es lo mismo, de haber confirmado esa lesión preexistente. Al considerar ajustada a Derecho, legítima, la conducta presuntamente ilícita del particular, el tribunal ordinario viene a convalidar en cierto modo esa actuación. Si convenimos en que la resolución judicial impugnada en amparo se limita a dar por buena una conducta privada ilícita que ya había perturbado de hecho el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, el “origen inmediato y directo” de la violación no puede estar en la decisión judicial. El propio Tribunal Constitucional ha aludido expresamente al “origen extrajudicial” de la violación que se alega en el proceso constitucional de amparo, con lo que parece admitir lo que para nosotros es evidente: que en estos casos el verdadero origen de la lesión que se denuncia está en la conducta del particular. Lo que se dilucida realmente en el proceso constitucional de amparo es la licitud o ilicitud constitucional de la actuación del particular que aparece como presunto autor de la violación inicial. De ahí que podamos interpretar la concesión del amparo en estos supuestos como un reconocimiento implícito de la operatividad entre particulares de tales derechos. Al fin y al cabo, solo puede reprocharse a los órganos judiciales que no cumplen su deber de tutela de los derechos fundamentales si previamente se ha consumado previamente una lesión de estos derechos, y esta vulneración no fue corregida por el órgano judicial, lo que supone aceptar que la lesión inicial fue causada por un particular. Mediante este expediente ingenioso – que no resiste sin embargo un análisis de rigor técnico – el Tribunal ha podido contribuir a la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

derechos esenciales...”²². Una declaración temprana, pero aislada. Ese mismo año, el Código Procesal Civil y Comercial introdujo el amparo contra actos de particulares y fueron varias las Constituciones provinciales que incorporaron el amparo contra particulares. En la actualidad, la Constitución Nacional de la República Argentina de 1994 señala en su artículo 43 que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

En la jurisprudencia chilena, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1983 marca un precedente cuando afirma que “los preceptos de esta Constitución [se refiere en concreto al artículo 6] obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Más recientemente, tiene especial interés la sentencia de ese mismo Tribunal de 26 de junio de 2008, en el caso ISAPRE (en relación con el derecho a la salud).

Más contundente aún se mostró el Tribunal Constitucional del Perú en su Sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huayco, que representa la culminación de una línea jurisprudencial en relación con los despidos arbitrarios que entrañan una violación de derechos constitucionales, que sigue la estela de la doctrina del despido radicalmente nulo acuñada en su día por el Tribunal Constitucional español²³. Aunque se trata de una controversia laboral entre particulares, la Sentencia analiza extensamente la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. A su juicio, el art. 38 de la Constitución peruana (“Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución”), establece la vinculatoriedad *erga omnes* de la Constitución, de manera que la fuerza normativa de la Constitución se proyecta también sobre las relaciones entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica de Derecho privado que pretenda

²² Sentencia de 5 de septiembre de 1958 en los autos “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus”. La Corte ordena la devolución a la firma propietaria de una empresa textil de la fábrica ocupada ilegítimamente por los trabajadores.

²³ En virtud de esta doctrina, acogida posteriormente en la legislación laboral, se impone al empresario la carga de acreditar que la decisión de despedir obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate, siempre que el trabajador haya aportado previamente indicios razonables de que el acto empresarial responde a una oculta motivación discriminatoria o contraria a un derecho fundamental.

conculcarlos deviene inexorablemente inconstitucional. Y el afectado puede reclamar su restablecimiento a través de los procesos constitucionales previstos. En efecto, la acción de amparo procede contra actos u omisiones de particulares y eso significa que “los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privados*”.

Constatada la existencia de un despido arbitrario, no bastaría con ordenar el pago de una indemnización, lo que procede es la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo. Porque en este cauce no se discute simplemente la existencia de una justa causa de despido sino la presencia de una motivación ilícita, la vulneración de un derecho constitucional, como factor determinante de la decisión empresarial: lo que se protege no es la estabilidad laboral del trabajador sino el pleno disfrute de sus derechos fundamentales. Por eso se considera radicalmente nulo el despido de un trabajador por su condición de afiliado a un sindicato o su participación en actividades sindicales o el motivado por su sexo, raza, religión u opinión política.

En Bolivia, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2006 estimó la demanda de amparo presentada por Ana Marconi, una camarera que alegaba que como consecuencia de la información proporcionada por la Caja Nacional de Salud a su empleador, que tuvo conocimiento por esa vía de su condición de portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), fue objeto de discriminación por los responsables del hotel donde venía trabajando, que le despidieron mientras se encontraba en situación de baja médica. Esta revelación fue considerada por el Tribunal como una evidente vulneración de normas nacionales e internacionales que protegen a las personas portadoras de VIH, así como un incumplimiento de la normativa interna sobre el particular, que prescribe la estricta confidencialidad que deben observar los respectivos seguros sociales, a los que les está vedado informar al empleador sobre el estado de salud de los pacientes. Se había vulnerado, pues, su derecho a la privacidad²⁴.

²⁴ El Tribunal invoca como precedente la Sentencia 505/1992, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, en la que ya se decía que “el infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darles a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción. Los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el SIDA”.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se asume la opción constitucional por la eficacia frente a terceros desde sus primeros fallos y esa postura se ha mantenido inalterada hasta la fecha. De hecho, en la primera oportunidad en la que se analizó la cuestión, la Sentencia T-009 de 1992, la Corte hizo referencia expresa a la recepción de la doctrina alemana. La Corte ha explicado que la esencia de la tutela es el control a los excesos de poder, lo que resulta aplicable no sólo cuando se trata de autoridades públicas sino también cuando están de por medio entes privados que lo ejercen de manera arbitraria (Sentencia T-251 de 1993, al conceder la acción de tutela interpuesta contra una empresa privada)

En el ámbito laboral, ha acogido la doctrina de la “acomodación razonable” entre las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y las exigidas por la práctica religiosa, de manera que el empleador facilite el ejercicio de la misma siempre que sea posible esa compatibilidad. Así en las Sentencias 982/2001 y 327/2009, la Corte declaró nulo el despido de dos trabajadores que se negaron a acatar la modificación sobrevenida de la jornada de trabajo que les obligaba a trabajar los sábados, porque eran fieles de una religión, la judía, que establece como fiesta semanal preceptiva el sabath. Tras comprobar que en este caso la celebración del día sagrado constituía un elemento fundamental del credo que profesaban los trabajadores, y que éstos vivían sus preceptos de forma seria y no acomodaticia, con tal grado de compromiso que se expusieron incluso al riesgo de ser despedidos, la Corte llegó a la conclusión de que la conducta empresarial resultaba arbitraria, al no satisfacerse las exigencias del juicio de proporcionalidad y comprobarse que el empleador disponía de otras medidas razonables a su alcance que le permitían satisfacer sus objetivos empresariales, sin necesidad de lesionar los derechos de los trabajadores. La Corte ordenó la readmisión de los trabajadores arbitrariamente despedidos.

En la Sentencia, la Corte Constitucional colombiana protegió la libertad de cátedra de un profesor de un centro privado de ideario católico, a quien se despidió por haber recomendado a sus alumnas del último año de bachillerato la lectura de El Decamerón. Según el colegio, la decisión del profesor resultaba contraria al ideario del centro por tratarse de un libro no apropiado para menores de edad, por su contenido erótico. Sin embargo, la Corte consideró que al tratarse de una obra de la literatura universal, su lectura resultaba adecuada en el contexto de la clase de Filosofía y la elección de la obra por el profesor se enmarcaba en el ejercicio de su derecho a la libertad de cátedra y no vulneraba

la libertad ideológica del centro ni de las alumnas, que tenían la edad suficiente para leer esta clase de literatura, sin que se hiriera su sensibilidad. Es más, la Corte no creyó necesario proceder a la ponderación de los derechos en conflicto para declarar la nulidad del despido, al entender que no se había lesionado la libertad de conciencia de nadie y no había, por tanto, colisión de derechos, sino violación de los derechos del profesor por parte del centro. Una interpretación más que discutible.

En esta misma sentencia, la Corte constató también la violación del derecho fundamental al debido proceso, por no haber dado al profesor la oportunidad de conocer previamente la causa del despido y poder refutarla. La potestad disciplinaria del empleador “se encuentra sometida al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, específicamente al debido proceso” (Sentencia 593/2014). En otras palabras, cuando un particular tiene la posibilidad de aplicar sanciones o castigos, está obligado por la Constitución a observar las reglas del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias que el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución es directamente aplicable en este tipo de procedimientos disciplinarios²⁵.

En la Sentencia 535/2003, la Corte amparó la libertad de expresión de un profesor universitario, cuyo contrato anual no fue renovado por publicar en la prensa críticas al rector de su universidad²⁶. La Corte sostuvo que la crítica a los superiores jerárquicos forma parte del ejercicio de este derecho y no puede dar pie a represalias. En otra sentencia posterior, la 434/2011, al abordar concretamente la libertad de expresión de los sindicatos, dijo que “la empresa puede regular, mas no anular” un derecho que incide directamente en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores. En este caso, la empresa había infringido la libertad de expresión del sindicato al prohibir en el reglamento interno de trabajo la distribución de panfletos, volantes y demás material propagandístico en la empresa.

En su Sentencia T 160/2010, la Corte concedió el amparo a una joven que suscribió un contrato de exclusividad con una agencia de modelos, en cuyo

²⁵ El principio de tipicidad exige, por ejemplo, que la conducta del presunto infractor, las sanciones a imponer, los criterios para la determinación de las mismas y los procedimientos previstos para su imposición, consten previamente por escrito y se formulen de forma clara, expresa e inequívoca.

²⁶ Se trataba en este caso del rector de una influyente universidad privada, antiguo Ministro de Hacienda y candidato por entonces a la alcaldía de Bogotá.

desarrollo se vio afectado su mínimo vital y su derecho a escoger libremente profesión u oficio, lo que obligó a la Corte a dar por terminado el contrato por vía de tutela. En dicha Sentencia se dice textualmente: “En Colombia, la Constitución Política de 1991 zanja de una vez la cuestión al establecer en el inciso final del artículo 86 la procedencia de la acción de tutela contra particulares, de este modo el Constituyente al definir una cuestión procesal – la legitimidad pasiva del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales – resolvió un asunto sustancial cual es la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privadas”. No a la inversa.

En la Sentencia C-378/2010: “la Corte considera que la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público se sustenta en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura en las condiciones de igualdad bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones de derecho privado. En efecto, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión”.

En Brasil, una serie de decisiones han reconocido también la vigencia de algunos derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*. Una sentencia emblemática en este sentido fue la dictada en octubre de 2005 por el Supremo Tribunal Federal, en el caso *Unión Brasileña de Compositores* (UBC). Lo que se dilucidaba en este asunto era la posible aplicación de las garantías de defensa y del debido proceso al procedimiento seguido para expulsar a un miembro de la UBC, una asociación sin ánimo de lucro. En su Voto Particular concurrente, el Ministro Gilmar Mendes (que conformó la mayoría, 3/2, junto con otros dos Magistrados) defendió con toda claridad (por primera vez en la historia del STF) la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Los principios constitucionales, que garantizan el respeto a los derechos fundamentales de los socios, operan como límites a la autonomía de las asociaciones, que no puede ejercerse ignorando tales derechos. En este caso, además, la asociación desarrollaba una actividad cuasi-pública y gozaba de una posición de dominio en un determinado ámbito social y económico, en la medida en que gestionaba el cobro de los derechos de autor de sus miembros. El socio excluido no podía percibir los derechos de autor que le correspondían y que constituían su único medio de subsistencia, de modo que

la vulneración de las garantías procesales en el procedimiento de expulsión (en el que el afectado no tuvo la oportunidad de defenderse) acaba restringiendo su libertad de ejercicio profesional²⁷. En la misma dirección se inscriben numerosas

²⁷ Al lector español no se le escapa el paralelismo con el caso de la Comunidad de pescadores de El Palmar, en la Albufera (Valencia), que venía negando a las mujeres la posibilidad de integrarse en ese colectivo y ganarse la vida como pescadoras. Esta Comunidad, una asociación de Derecho privado creada en el año 1238 para la explotación económica de la pesca en la Albufera valenciana se regía por normas consuetudinarias, que regulaban entre otras cosas los requisitos para ingresar como miembro de la misma: el principal era el ser hijo de alguno de los pescadores que la integraban. En 1997, cinco mujeres, hijas de pescadores miembros de la Comunidad, solicitaron mediante requerimiento notarial su ingreso en la Comunidad, siendo rechazada su candidatura por la Junta Directiva de la asociación, al no reunir los requisitos exigidos, porque la candidatura no era individual y no venían avaladas por dos pescadores en activo (una simple excusa). Las cinco mujeres interpusieron entonces una demanda contra dicho acuerdo alegando la vulneración del artículo 14 CE. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia, mediante Sentencia de 5 de octubre de 1998, estimó la demanda y declaró el derecho de las actoras a ser miembros de pleno derecho de la Comunidad en las mismas condiciones que los hijos de los pescadores que ya lo eran, acordando la modificación de las normas de admisión para adecuarlas a las exigencias del art. 14 CE y condenando a la Comunidad al pago de una indemnización. Dicha sentencia fue confirmada íntegramente en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, mediante una sentencia dictada el 24 de junio de 1999. La Comunidad recurrió en casación, recayendo Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2001. A juicio de la Sala, lo que pretendían las solicitantes era poder pescar en la Albufera, esto es, trabajar. So pretexto de deficiencias formales en las solicitudes, no se admitió a las actoras por el único hecho de ser mujeres.

Agotada vía judicial, la Comunidad decidió interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra las referidas sentencias, por violación de sus derechos de igualdad (art. 14) y asociación (art. 22). La recurrente alegaba que dichas resoluciones judiciales habían interpretado y aplicado de forma indebida el principio constitucional de igualdad, porque no se había acreditado la existencia y aplicación de normas de admisión que impidieran el acceso de las mujeres a la Comunidad (no fueron rechazadas por su condición de mujeres sino por incumplir requisitos de presentación de solicitudes). Por otra parte, el art. 14 CE, que garantiza la igualdad de los españoles ante la ley, sólo es oponible frente a los poderes públicos, de manera que la autonomía de la voluntad entre particulares sólo puede ser limitada si así lo dispone la propia Constitución o la ley, por lo que, a falta de precepto constitucional o legal que así lo haga, no puede ser restringido judicialmente aplicando el artículo 14 CE. Según la Comunidad recurrente, las sentencias impugnadas habrían lesionado además su derecho de asociación en su dimensión negativa, al obligarle a admitir cinco nuevas asociadas al margen de los procedimientos ordinarios de ingreso. La Sección 1ª del Tribunal inadmitió el recurso mediante un Auto de 20 de septiembre de 2001, que confirmó la inicial apreciación de carencia de contenido constitucional de la demanda de amparo. Las Sentencias impugnadas llegaron a la conclusión, en virtud de un razonamiento que no puede tacharse de ilógico o arbitrario, de que la Comunidad de Pescadores de "El Palmar" impedía a las mujeres su acceso como miembros de aquélla, lo que supone una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 CE, ya que la denegación de ingreso en dicha Comunidad implicaba que las candidatas excluidas no podían pescar en La Albufera. En cuanto a la posible lesión de su derecho de asociación, es verdad, admite el Auto, que el derecho a asociarse conlleva la potestad autoorganizatoria, pero el ejercicio de esa potestad está sujeto a límites. El Tribunal afirma que "no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada..., consistente en denegar u obstaculizar

decisiones de los tribunales laborales en asuntos relacionados con la prohibición de discriminación²⁸, el acoso moral o el derecho a la intimidad del trabajador. Decisiones que se vienen adoptando con el viento a favor de una doctrina que mayoritariamente se decanta por la eficacia inmediata *prima facie* de los derechos fundamentales en todos los sectores del ordenamiento²⁹.

Esta apertura contrasta con el enfoque tradicional que sigue inspirando la regulación del amparo mexicano. Se observan, sin embargo, algunas fisuras en la jurisprudencia, tan apegada, desde la célebre sentencia de la Suprema Corte de 1929, a la concepción tradicional de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder público. Siempre hubo excepciones a la regla establecida entonces, como dos sentencias de la propia Suprema Corte de 1917 y 1933 en relación con la libertad de expresión, y algunas otras en la década de los sesenta relativas a la aplicación de las garantías de defensa a las sanciones disciplinarias impuestas por sindicatos y asociaciones privadas, decisiones aisladas que pasaron desapercibidas. Pero en los últimos años algo se mueve, pese al arraigo de la concepción tradicional.

Así, la Suprema Corte, en su Sentencia de 11 de octubre de 2000, respaldada de forma unánime por todos los integrantes de la Sala 2ª, se preguntó si el derecho al secreto de comunicaciones puede ser conculcado por el marido que graba una conversación telefónica mantenida por su esposa con un tercero y presenta la cinta como prueba en el proceso de divorcio. La Sala sostiene que del

el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad. Por consiguiente, el ingreso en la Comunidad de Pescadores de "El Palmar", en cuanto medio para el acceso al trabajo y al disfrute de una concesión administrativa, no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres".

²⁸ La aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales fue reconocida por el STF en la sentencia que resolvió el recurso extraordinario 161.243-6/DF, de 1996, en el caso de una empresa multinacional (Air France) que discriminaba a los empleados brasileños, que no disfrutaban de las mismas condiciones que los trabajadores extranjeros de la compañía.

²⁹ La expresión es de Ingo W. Sarlet ("Neoconstitucionalismo e influencia dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira", en Ingo W. Sarlet (org.): *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3. ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 13 y ss.). Para este autor, esa eficacia directa *prima facie*, no absoluta (no sujeta en principio a la lógica del tipo "todo o nada") sino "flexible y gradual", no se ve obstaculizada por la ausencia o la insuficiencia de la regulación legal (p. 28). Vid, asimismo, D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2003.

que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil”.

La Constitución, prosigue la Suprema Corte, “no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable”. Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Estos “ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”. Sin embargo, esa vigencia “no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete”. La estructura y contenido de cada derecho “permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad”.

Más recientemente, tenemos que consignar la tesis de jurisprudencia 37/2016, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte en su sesión de 10 de agosto de 2016, en cuya virtud “la dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica”. Se trata, en definitiva, de “una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta – en su núcleo más esencial – como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada”.

Un sector de la doctrina reclama también una revisión de la concepción tradicional³¹. El proyecto de Ley de Amparo de la Suprema Corte de Justicia presentado en 2001, elaborado, entre otros, por el maestro Hector Fix-Zamudio, José Ramón Cossío y Arturo Zaldívar, proponía cambios de gran calado, y muy especialmente en el concepto de autoridad responsable³². En concreto, se proponía modificar el artículo 103 de la ley reguladora del amparo, que se refiere a “leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales” (apuntando inequívocamente a la autoridad pública), para darle una nueva redacción: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías”. Con la sutil supresión del artículo determinado “la”, se abre la puerta a un giro de 180 grados en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

Ese giro se aprecia de manera más clara aún en la definición de autoridad responsable (demandada) del artículo 11. En la ley vigente se dice que “es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”, mientras que en el artículo 4.2 del proyecto se proponía otra noción: “teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria”.

4.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES COMETIDAS POR PARTICULARES EN EL JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En este punto, la Corte Interamericana ha seguido la estela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La inadmisibilidad de una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo que se funde exclusivamente en una supuesta violación cometida por un particular, sin que se atribuya ninguna responsabilidad a los poderes públicos del Estado correspondiente, no significa que las disposiciones del Convenio sean irrelevantes en las relaciones entre particulares³³. La

³¹ Vid. Javier Mijangos, *Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares. Análisis del caso mexicano*. México, Porrúa, 2007; y Diego Valadés, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 12, 2011, pp. 439-470.

³² En la Exposición de Motivos del proyecto se dice que son muchos los supuestos en los que “personas particulares, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar a esfera jurídica de los particulares”.

³³ Sobre esta cuestión, vid. Alkema, E. A., “The third-party applicability or *Drittwirkung* of the European Convention on Human Rights”, en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The*

imputación de la violación al Estado puede articularse de dos maneras. En primer lugar, por la existencia de normas que dan cobertura legal al comportamiento del particular³⁴. La otra vía es la de las obligaciones positivas de los Estados, que deben prevenir y en su caso sancionar las violaciones de los derechos del Convenio cometidas por terceros. El Tribunal apreciará, por tanto, la existencia de una violación del Convenio cuando se acredite un déficit de protección imputable al Estado demandado, ya sea por la omisión del legislador interno, de los órganos judiciales o de las autoridades administrativas³⁵.

European Dimension - Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1988, pp. 33-45; Clapham, A., "The Drittwirkung of the Convention", en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 163-206; Ellger, R., "The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law", en D. Friedmann y D. Barak-Erez (dirs.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 161-178; y Spielmann, D., "L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1995 y "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 154-165.

³⁴ Esa eficacia "horizontal" se reconoció, por ejemplo, en la Sentencia de 13 de agosto de 1981 dictada en el asunto *Young, James y Webster contra Reino Unido*. Los demandantes trabajaban en la British Rail, una empresa pública que en 1975 había llegado un acuerdo con tres sindicatos, supeditando el acceso y la permanencia en el empleo a la afiliación a uno de esos sindicatos. Al no cumplir esa condición, fueron despedidos. De acuerdo con el artículo 1 del Convenio, "cada Estado contratante "debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en [...] la Convención"; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta causa fueron los acuerdos entre la empresa British Rail y los sindicatos... fue la ley interna aplicable en ese momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron". En este caso, legislación británica permitía la cláusula de exclusión (*closed shop*) pactada entre el sindicato y la empresa, en cuya virtud todos los trabajadores deberían afiliarse al sindicato contratante. En el asunto *Costello-Roberts contra Reino Unido* (Sentencia de 25 de marzo de 1993) el Tribunal declaró que el Reino Unido era responsable del castigo corporal infligido a un alumno de un colegio privado, al considerar que las escuelas privadas forman parte del sistema público de enseñanza en el Estado en cuestión.

³⁵ Estas obligaciones son especialmente intensas en el ámbito de los artículos 2, 3 y 8 del Convenio. En relación con el derecho a la vida, es evidente que los poderes públicos no sólo no pueden causar la muerte, mediante un uso desproporcionado de la fuerza o la imposición de la pena capital, sino que están obligados a establecer sistemas efectivos de protección jurídica de la vida en sus respectivos ordenamientos, que sancionen cualquier agresión a la vida y brinden protección ante posibles riesgos para la vida. Esta última dimensión permite al TEDH enjuiciar no sólo las acciones, sino también las omisiones estatales. El *leading case* en este punto es el asunto *Osman contra Reino Unido* (1998). En el caso *X and Y contra Holanda* (1985), el Tribunal de Estrasburgo consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada) es esencialmente la protección del individuo contra intromisiones de las autoridades públicas, de él se derivan obligaciones positivas que pueden

En el ámbito de las relaciones laborales, la reciente Sentencia de la Gran Sala, fechada el 5 de septiembre de 2017, en el asunto *Barbulescu contra Rumanía* es muy ilustrativa. El asunto tiene por objeto la decisión de una empresa privada de poner fin al contrato de trabajo de un empleado tras haber vigilado sus comunicaciones electrónicas y haber tenido acceso a su contenido, así como el supuesto incumplimiento por los tribunales nacionales de su obligación de proteger el derecho del interesado a su vida privada y al secreto de su correspondencia. El comunicado de prensa oficial del propio Tribunal es bien elocuente: “La medida litigiosa, a saber, la vigilancia de las comunicaciones del Sr. Barbulescu que condujo a su despido, fue adoptada ciertamente por una empresa privada, pero fue validada por los tribunales nacionales. El Tribunal estima por tanto que procede analizar la queja bajo el ángulo de las obligaciones positivas del Estado. Las autoridades nacionales estaban obligadas a sopesar (*mettre en balance*) los intereses concurrentes en juego, a saber, el derecho del Sr. Barbulescu al respeto de su vida privada, por un lado, y el derecho del empleador a tomar medidas para asegurar el buen funcionamiento de la empresa, por otro”. Es verdad que el TEDH no se pronuncia concretamente, porque no tiene competencia para ello, sobre la actuación empresarial, pero lo que se plantea es, en realidad, si el trabajador puede invocar el secreto de las comunicaciones o su derecho a la intimidad cuando la empresa accede a los equipos o medios que le ha facilitado para desarrollar la actividad laboral³⁶.

implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto efectivo a la vida privada incluso en las relaciones entre particulares.

En la sentencia dictada en el asunto Plataforma Médicos por la Vida contra Austria, de 21 junio de 1988, el Tribunal sostuvo, en respuesta a la demanda promovida por una asociación de médicos contrarios al aborto, que la tutela efectiva de la libertad de reunión no comporta sólo una obligación negativa de no intromisión por parte de los poderes públicos, que consistiría en permitir y no impedir u obstaculizar la celebración de reuniones pacíficas, sino que implica también una deber positivo de protección frente a intromisiones de terceros. El derecho de manifestación quedaría vacío de contenido si las autoridades públicas abdicasen de su responsabilidad en orden a la adopción de las medidas más idóneas para protegerlo de las eventuales agresiones procedentes de otros sujetos privados.

³⁶ La sentencia dictada previamente, el 12 de enero de 2016, sobre este mismo asunto por una Sala del Tribunal había avalado la tesis de que una empresa puede vigilar y leer los correos electrónicos y mensajes instantáneos de sus trabajadores para verificar si los trabajadores cumplen sus tareas. Barbulescu trabajaba en una empresa privada como ingeniero responsable de ventas. A petición de la compañía, creó una cuenta de Yahoo Messenger con el fin de responder a peticiones de información de los clientes. En julio de 2007, la empresa le informó de que sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger habían sido vigiladas durante diez días y que el historial mostraba que había usado Internet para fines personales. Barbulescu negó los hechos pero entonces la compañía le mostró una transcripción de sus comunicaciones, que incluía mensajes que había intercambiado con su hermano y su novia sobre cuestiones personales como su salud o su vida sexual. La empresa le despidió alegando

La Gran Sala admite que las empresas pueden revisar el contenido de las comunicaciones de sus trabajadores durante el horario laboral si se realizan a través de aparatos o herramientas de la compañía. Una vigilancia que estaría justificada en este caso porque la normativa interna de la compañía había prohibido expresamente ese uso personal no relacionado con la actividad laboral. Eso sí, se debe avisar antes a los trabajadores, un matiz importante. La sentencia concluye, por 11 votos contra 6, que las autoridades rumanas “no han alcanzado un justo equilibrio entre los intereses en juego” y “no han protegido correctamente” el derecho del demandante al respeto de su vida privada y a su correspondencia.

El Tribunal insiste en que los tribunales no verificaron si el demandante había sido previamente advertido por su empleador de la posibilidad de que sus comunicaciones fueran vigiladas, ni de la naturaleza y el alcance de esa vigilancia ni del grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia. Sólo había sido advertido de que no podía utilizar los recursos de la empresa para fines personales. Pero no, por ejemplo, de la puesta en marcha de esa actividad de vigilancia y su alcance. Los tribunales nacionales no verificaron suficientemente la existencia de razones específicas que justificasen la puesta en marcha de medidas de vigilancia³⁷. En segundo lugar, tampoco consideraron la posibilidad de que el empleador hubiera alcanzado el objetivo perseguido aplicando medidas menos

que había vulnerado la normativa interna que prohibía el uso de recursos de la empresa para fines personales. Tras perder todos los recursos interpuestos ante los tribunales nacionales, el trabajador rumano acudió al TEDH para pedir que se anulara su despido. Alegó en particular que sus correos electrónicos están protegidos por el artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia.

En esta primera sentencia, el Tribunal concluye que no se ha vulnerado el artículo 8 CEDH porque la vigilancia del empresario fue “limitada en su alcance y proporcionada”. La sentencia considera que “no es descabellado que un empleador quiera verificar que los trabajadores estén completando sus tareas profesionales durante las horas de trabajo”. En este sentido, apunta que la empresa “accedió a la cuenta del señor Barbulescu creyendo que contenía comunicaciones relacionadas con clientes”, ya que sí lo había dicho el propio trabajador. Por eso concluye que la compañía actuó “dentro de sus poderes disciplinarios”, ya que además sólo examinó las comunicaciones en la cuenta de Yahoo Messenger y no el resto de datos y documentos almacenados en su ordenador. El Juez Pinto de Alburquerque discrepó del fallo y formuló una opinión disidente: “Los trabajadores no abandonan su derecho a la privacidad y a la protección de datos cada mañana a las puertas de su lugar de trabajo”. El juez cree que, al revisar su correo electrónico, la empresa buscaba “una justificación oportunista para deshacerse de un empleado no deseado al que no había sido capaz de despedir por medios legales”. Barbulescu solicitó que se reexaminase su caso y la Gran Sala corrigió la doctrina establecida en la resolución anterior.

³⁷ El tribunal departamental mencionó la necesidad de evitar un ataque a los sistemas informáticos de la empresa o la posible exigencia de responsabilidades a la empresa en caso de una actividad ilícita

intrusivas para la vida privada del trabajador (téngase en cuenta que grabó en tiempo real todas las comunicaciones del trabajador en ese periodo de vigilancia, y accedió e imprimió su contenido sin su consentimiento); y en tercer lugar, no examinaron la gravedad de las consecuencias de la medida de vigilancia y del procedimiento disciplinario seguido contra el trabajador, es decir, el hecho de que el demandante fuese despedido, siendo objeto de la sanción más severa. Pero lo más significativo, a mi juicio, es la rotunda afirmación de la vigencia del derecho a la vida privada y la confidencialidad de la correspondencia en el marco de una relación laboral: “las comunicaciones del Sr. Bărbulescu en su lugar de trabajo estaban cubiertas por las nociones *vida privada* y *correspondencia*, por lo que el artículo 8 es aplicable en este asunto” y “las instrucciones de un empleador no pueden reducir a la nada el ejercicio de la vida privada social en el lugar de trabajo”.

Pues bien, la necesidad de una protección *erga omnes* se ha abierto camino también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casi siempre en relación con la desaparición de personas o con masacres protagonizadas por grupos o agentes no estatales)³⁸. No deja de ser significativo que en el primer asunto contencioso que tiene que enjuiciar, el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), que tiene su origen en la ejecución extrajudicial de un estudiante secuestrado, torturado y asesinado por miembros de la policía secreta hondureña y paramilitares que actuaban bajo su dirección, la Corte sostuviera (en la línea marcada por el Tribunal de Estrasburgo) que los Estados que son parte del Convenio de San José asumen una doble obligación: una de carácter negativo, la de no infringir ellos mismos, por medio de sus agentes u órganos, los derechos reconocidos, y otra de carácter positivo, la de adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar que todos los sujetos sometidos

en la red. Pero son especulaciones teóricas, porque no se ha demostrado en ningún momento que Barbulescu hubiera expuesto efectivamente a la empresa a tales riesgos.

³⁸ Vid. Javier Mijangos, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007, pp. 583-608. Y Christian Courtis, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en Ingo W. Sarlet (org.): *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 345 y ss. Recuerda este último que la Convención incluye algunos derechos que explícitamente imponen obligaciones a los sujetos privados, como el derecho de rectificación o respuesta que pueden ejercer las personas afectadas por informaciones inexactas o agraviantes frente a los medios de comunicación privados (art. 14).

a su jurisdicción respeten esos derechos, también el ámbito de las relaciones entre particulares (obligación de respetar y hacer respetar los derechos)³⁹.

De este modo, se hace responsable al Estado (por omisión) de actos ilícitos cometidos por particulares o sujetos no identificados (no imputables directamente, por tanto, a las autoridades públicas) cuando se acredite una falta de diligencia para prevenir o impedir la violación (o una actitud de tolerancia o apoyo incluso), o para investigar los hechos y reparar dicha violación (“un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”).

La cuestión se plantea de nuevo en 1996, con el asunto *Blake contra Guatemala*, a raíz del asesinato de dos ciudadanos norteamericanos a manos de un grupo paramilitar. La Corte consideró que estas patrullas de autodefensa actuaban como agentes del Estado porque recibían recursos, armamento, entrenamiento y en ocasiones órdenes de Ejército guatemalteco. La aquiescencia del Estado en relación a las actividades de estos grupos paramilitares permite extender la responsabilidad a las autoridades guatemaltecas. Pero en el voto razonado emitido en este caso por el juez brasileño Cançado Trindade se defiende abiertamente la eficacia *erga omnes* de los derechos consagrados en el Convenio⁴⁰.

³⁹ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴⁰ A juicio de Cançado, es necesario desmitificar la presentación, frecuente e indebida, de ciertos postulados como verdades eternas e inmutables, cuando son, más bien, producto de su tiempo, o sea, soluciones jurídicas encontradas en una determinada etapa de la evolución de derecho, conforme a las ideas prevalecientes en la época. Una de estas ideas es la que representa a los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos. Los tratados de derechos humanos, por el contrario, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un orden público internacional. En su opinión, el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*, como son los derechos fundamentales previstos en la CADH, que se configuran como obligaciones *erga omnes* de protección y, en consecuencia, son el contenido mínimo de expresión de todas las relaciones jurídicas de los ordenamientos nacionales, incluidas aquellas que se suceden entre

Esta tesis será asumida por todos los jueces en el año 2002 en un asunto similar (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia*)⁴¹ y en la opinión consultiva 18/03, solicitada por México en relación con los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, que afirma rotundamente que “los derechos fundamentales [en ese caso, el principio de no discriminación] son límites directos al actuar de los particulares”⁴². Esta afirmación es reiterada en la jurisprudencia posterior de la Corte. Así, en los casos *El Nacional* y *Así es la Noticia y Globovisión contra Venezuela*⁴³, que versan sobre el acoso padecido

actores no estatales [Caso *Personas haitianas y dominicanas de origen haitiano en la República Dominicana*, voto razonado del Juez Cañado a la solicitud de medidas provisionales de 7 de agosto de 2000, fundamento 25].

⁴¹ Caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia*, resolución sobre medidas provisionales de 18 de junio de 2002, fundamento 11, y resolución sobre medidas provisionales de 17 de noviembre de 2004, fundamento 13. En este asunto, revelador de la tragedia a la que vivía sometida entonces la sociedad colombiana, resulta incuestionable que los autores de más de cincuenta asesinatos en un periodo de nueve meses, son miembros de un grupo paramilitar denominado Autodefensas Unidas de Colombia. A juicio de la Corte, la obligación general de respeto de los derechos fundamentales, prevista en el artículo 1.1 de la Convención, para ser eficaz, “se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares)”. Esta doctrina se reitera en casos posteriores: *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia, del Pueblo indígena de Kankuamo contra Colombia, o Pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador*. En todos ellos, la Corte insiste en que los Estados parte se encuentran conminados a atender “al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección [...], caracterizadas por el *ius cogens*, del cual emanan, como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares”. En la parte resolutive de estas sentencias la Corte condena a los Estados a adoptar las medidas necesarias para la protección y garantía de los derechos fundamentales violados. La imputación instrumental de la violación a los órganos públicos nacionales cumple una función procesal, a fin de articular correctamente el procedimiento contencioso previsto en los artículos 61 y 62 de la CADH. Sin embargo, el juicio que realiza la Corte versa realmente sobre la adecuación de las actuaciones de los particulares a los derechos reconocidos en la Convención.

⁴² En las relaciones laborales, los empleadores deben respetar los derechos humanos de los trabajadores. La Convención Americana impone obligaciones de protección *erga omnes*. La propia Corte asume que la Opinión 18/03 se inscribe en “la doctrina jurídica denominada *Drittwirkung*, que se encuentra presente en buena parte de la jurisprudencia internacional”. Y tiene una trascendencia respecto al sistema interamericano semejante a la que tuvieron en su día los casos *Young, James and Webster v. Reino Unido* (1981), o *X and Y v. Holanda* (1985) en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En la misma dirección apuntan los votos razonados concurrentes de los jueces Cañado Trindade, García Ramírez y Salgado Pesantes. Para este último, “un punto de particular importancia en esta Opinión Consultiva es el de establecer claramente la eficacia de los derechos humanos frente a terceros”. Los particulares son también destinatarios de estos derechos y están obligados a respetarlos y “el ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos”.

⁴³ Caso *Diarios El Nacional y Así es la Noticia contra Venezuela*, resolución sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004, y caso *Emisora de Televisión Globovisión contra Venezuela*, resolución sobre medidas provisionales de 4 de septiembre de 2004.

por los medios de comunicación independientes por parte de simpatizantes de la revolución bolivariana, la Corte no puso el foco en la tolerancia y aquiescencia del régimen comandado entonces por Hugo Chávez en relación con las actividades de estos grupos. La argumentación se basa en la idea de que la libertad de expresión, como norma imperativa del sistema interamericano, es un límite directo a la actuación de los particulares y así lo han de entender los órganos judiciales de los Estados miembros.

En el reciente caso *Duque contra Colombia* [Sentencia del 26 de febrero del 2016] en relación con la negativa a reconocer al demandante una pensión tras la muerte de su pareja, por tratarse supuestamente de una persona del mismo sexo, la Corte afirmó en su considerando 104 que “está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona”. En consecuencia, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

Ciertamente la demanda se dirige siempre contra el Estado (no se admiten demandas contra particulares) y es el Estado el que resulta condenado, pero lo que desencadena la responsabilidad del Estado es la violación cometida por un particular. Dicha violación se imputa por exigencias procesales a las autoridades públicas nacionales, pero el juicio que realiza la Corte versa, en el fondo, sobre la adecuación de las actuaciones de los particulares a los derechos consagrados en el Convenio, cuya eficacia es multidireccional.

Submissão em: 01.12.2017

Aceito em: 04.12.2017

