



LEFIS SERIES 22

Teoria da democracia e da filosofia do estado e direito constitucional

Armando Albuquerque de Oliveira,
Lucas Gonçalves da Silva,
Matheus Felipe De Castro,
Rubens Beçak
(coords.)

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

LEFIS
LEGAL FRAMEWORK FOR THE INFORMATION SOCIETY

COMITÉ CIENTÍFICO
SERIE LEFIS

Coordinación

Prof. Fernando Galindo Ayuda. Universidad de Zaragoza
Profa. María Pilar Lasala Calleja. Universidad de Zaragoza

Consejo asesor

Prof. Javier García Marco. Universidad de Zaragoza
Prof. Alejandro González-Varas Ibáñez. Universidad de Zaragoza
Prof. Philip Leith. Universidad Queen's de Belfast
Prof. Emérito Abdul Paliwala. Universidad de Warwick
Prof. Aires Rover. Universidad Federal de Santa Catarina
Prof. Erich Schweighofer. Universidad de Viena
Prof. Ahti Saarenpää. Universidad de Rovaniemi

TEORIA DA DEMOCRACIA
E DA FILOSOFIA DO ESTADO
E DIREITO CONSTITUCIONAL

TEORIA DA DEMOCRACIA
E DA FILOSOFIA DO ESTADO
E DIREITO CONSTITUCIONAL

Armando Albuquerque de Oliveira,
Lucas Gonçalves da Silva,
Matheus Felipe De Castro, Rubens Beçak
(coords.)

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA



TEORIA da democracia e da Filosofia do Estado e Direito constitucional [Recurso electrónico] / Armando Albuquerque de Oliveira... [et al.] (coords.). — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019

382 p. ; 22 cm. — (LEFIS series ; 22)

ISBN 978-84-17633-56-1

1. Informática—Derecho—Brasil. 2. Internet en la administración pública. 3. Estado—Brasil. 4. Derecho constitucional—Brasil

OLIVEIRA, Armando Albuquerque de

34(81):004

004.738.5:35

004.738:342.2(81)

004.738:342.4(81)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

- © LEFIS
- © CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Brasil.
- © De la presente edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza (Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social)
- 1.^a edición, 2019

El Centro Universitário de João Pessoa - PB - UNIPÊ ha subvencionado parcialmente la edición de este libro.

Prensas de la Universidad de Zaragoza. Edificio de Ciencias Geológicas, c/ Pedro Cerbuna, 12. 50009 Zaragoza, España. Tel.: 976 761 330. Fax: 976 761 063
puz@unizar.es <http://puz.unizar.es>

<https://www.conpedi.org.br/>

 Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

SUMÁRIO

TEORIA DA DEMOCRACIA E DA FILOSOFIA DO ESTADO

APRESENTAÇÃO.....	9
<i>Armando Albuquerque de Oliveira, Matheus Felipe De Castro.</i>	
A (IM)POSTERGÁVEL REVOLUÇÃO DO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO ANALISADO À LUZ DA TEORIA PARADIGMÁTICA DE THOMAS KUHN.....	11
<i>Jorge Heleno Costa, Lucas Baffi Ferreira Pinto.</i>	
A EXECUÇÃO DAS DECISÕES SOBRE REGULARIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PARTIDOS POLÍTICOS NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA: ENTRE O RITO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO.....	33
<i>Denise Goulart Schlickmann, Orides Mezzaroba.</i>	
A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NO ÂMBITO DA DECISÃO: O PÓS-POSITIVISMO À BRASILEIRA E O PROBLEMA DA COMPREENSÃO DOS OS PRINCÍPIOS (CONSTITUCIONAIS) COMO OS SUBSTITUTOS “NATURAIS” DOS VELHOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO.....	49
<i>Leandro Corrêa de Oliveira.</i>	
AUDIÊNCIA PÚBLICA E A TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE HABERMAS.....	71
<i>Fabiana Coêlho Simões, Lorraine Rodrigues Campos Silva.</i>	
CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA, RELAÇÕES CIVIL-MILITARES E CONTROLE CIVIL.....	90
<i>Armando Albuquerque de Oliveira, Maria Aurea Baroni Cecato.</i>	
DEMOCRACIA OU ESTABILIDADE? UMA ENCRUZILHADA HISTÓRICA PARA A SOCIEDADE DE MERCADO.....	110
<i>Matheus Felipe De Castro.</i>	
ENTRE DOIS AMORES: O DILEMA DA MODERNA TEORIA CONSTITUCIONAL...	126
<i>Hilda Baião Ramirez Deleito.</i>	

DIREITO CONSTITUCIONAL

APRESENTAÇÃO.....	140
<i>Rubens Beçak, Lucas Gonçalves da Silva.</i>	
A CONEXÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 COM O CAPITALISMO FINANCEIRIZADO. A ERA DA DES-DEMOCRATIZAÇÃO.....	142
<i>José Adércio Leite Sampaio, Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende.</i>	
A DA CONQUISTA DA CIDADANIA NO BRASIL EM COMPARAÇÃO À INGLATERRA E SEUS REFLEXOS EM NOSSA SOCIEDADE ATUAL.....	165
<i>Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, Lucas Gonçalves da Silva.</i>	

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIZAÇÃO DO ENSINO RELIGIOSO CONFESSACIONAL À LUZ DO ESTADO LAICO BRASILEIRO.....	182
<i>Tatiane Silva Ferreira, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes.</i>	
A DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: LEGITIMIDADE ATIVA JUSTIFICADA.....	205
<i>Meire Aparecida Furbino Marques.</i>	
A EDUCAÇÃO INCLUSIVA: DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	229
<i>Flávia Piva Almeida Leite, Maria Cristina Teixeira.</i>	
A EUGENIA EM FACE DA BIOÉTICA E OS NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	247
<i>Jonathan Barros Vita, Regina Célia de Carvalho Martins.</i>	
A NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO A PARTIR DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	267
<i>Dennis Verbicaro Soares, Lays Soares dos Santos Rodrigues.</i>	
FAKE NEWS E AUTENTICIDADE DAS ELEIÇÕES BRASILEIRAS.....	285
<i>Edilene Lobo, Pedro Henrique Costa e Moreira</i>	
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: A NECESSÁRIA TRANSVERSALIDADE DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....	301
<i>Dirce Do Nascimento Pereira, Zilda Mara Consalter.</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXECUÇÃO PENAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	322
<i>Carolina Merida, Arício Vieira Da Silva.</i>	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI: SUA FUNÇÃO DE GARANTE E A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	345
<i>Fábio Tavares Amorim, Rubens Beçak.</i>	
OS LEGITIMADOS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE QUEM DE FATO EXERCE?.....	366
<i>Fabiana Coelho Simões, Tales Rodrigo Salgado.</i>	

TEORIA DA DEMOCRACIA E DA FILOSOFIA DO ESTADO

APRESENTAÇÃO

Este livro congrega ensaios que abordam os grandes desafios políticos e jurídicos atuais em torno dos temas da democracia e da filosofia do Estado. São colaborações apresentadas no Grupo de Trabalho intitulado “Teorias da Democracia e Filosofia do Estado” por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade Zaragoza de 6 a 8 de setembro de 2018

O GT Teorias da Democracia e Filosofia do Estado é uma continuidade, em nível internacional, do GT Teorias da Democracia e dos Direitos Políticos que teve o início das suas atividades no Encontro Nacional do CONPEDI Aracajú, realizado no primeiro semestre de 2015. Naquela ocasião, seus trabalhos foram coordenados pelos Professores Doutores José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Matheus Felipe de Castro (UFSC).

A partir de então, além do Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho, coordenaram o GT nos eventos subsequentes, os Professores Doutores Rubens Beçak (USP), Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB), Adriana Campos Silva (UFMG) , Yamandú Acosta (UDELAR – Uruguai) e Matheus Felipe De Castro (UFSC).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Não há dúvida que, mesmo após a terceira onda de democratização ocorrida no último quarto do século XX, o mundo se deparou com uma grave crise das instituições da democracia e, por conseguinte, dos direitos políticos e da cidadania, concebida mais amplamente, em vários países e em diversos continentes. O atual contexto, no qual se encontram as instituições político-jurídicas brasileiras, ilustra bem esta crise.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB)

Prof. Dr. Matheus Felipe De Castro (UFSC)

**A (IM)POSTERGÁVEL REVOLUÇÃO DO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO
ANALISADO À LUZ DA TEORIA PARADIGMÁTICA DE THOMAS KUHN**

Jorge Heleno Costa

Fumec / Uniptan

Lucas Baffi Ferreira Pinto

Feso / Uva / Facha

Resumo

Essa pesquisa analisa, sob o aspecto jurídico enquadrado a teorias filosóficas, o federalismo enquanto forma de Estado e, especialmente, o pacto entre os entes que se estabeleceu no Brasil com a Constituição de 1988. Tem como tema-problema a possibilidade de sua conformação à teoria paradigmática de Thomas Kuhn, utilizado como marco teórico, bem como a possibilidade de sua revisão. A partir de pesquisa bibliográfica, pelo método hipotético-dedutivo, propõe-se testar a hipótese de revisão do pacto federativo, sendo abordadas as temáticas sobre o federalismo, o Estado, a descentralização político-administrativa e as teorias kuhnianas.

Palavras-chave: Federalismo, Pacto Federativo Brasileiro, Thomas Kuhn, Paradigma, Revolução.

Abstract/Resumen/Résumé

This research analyzes, under the juridical aspect framed in philosophical theories, federalism as a form of State and, especially, the pact between the entities established in Brazil with the Constitution of 1988. Its problem theme is the possibility of its conformation to the paradigmatic theory of Thomas Kuhn, used as theoretical framework, as well as the possibility of its revision. Based on a bibliographical research, by the hypothetical-deductive method, it is proposed to test the hypothesis of revision of the federative pact, addressing the themes of federalism, state, political-administrative decentralization and Kuhnian theories.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federalism, Brazilian Federative Pact, Thomas Kuhn, Paradigm, Revolution.

1. Introdução

É tema recorrente no Brasil a necessidade de se melhorar a distribuição dos recursos públicos entre os entes da Federação com a intenção de fazer cumprir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos no art. 3º da Constituição de 1988. Entretanto, pouco se discute acerca dos problemas estruturais do federalismo brasileiro, haja vista o mesmo ter uma configuração sem precedentes.

Assim, quase trinta anos já se passaram após a promulgação do vigente texto constitucional e as dificuldades financeiras enfrentadas por alguns entes federativos se agravam, sobretudo em período de crise financeira e político-moral. Em função da dimensão continental do país e da quantidade de entes a Federação é frequentemente questionada sobre a necessidade de revisão do pacto federativo.

Diante desse contexto pode ser que a solução tenha aparência de fácil tangibilidade, mas o desafio é tão vasto quanto o território brasileiro e, para enfrentá-lo, a investigação filosófica pode contribuir sobremaneira para entender a complexidade do fenômeno, bem como apontar diretrizes para a construção jurídico-política de uma possível transformação.

Frente a essas questões o trabalho será norteado com a seguinte problemática: levando-se em consideração que o Federalismo Brasileiro possui características peculiares, bem como o pacto federativo vigente possui regras que priorizam a concentração da arrecadação tributária na União, é possível analisar essa pactuação à luz da teoria paradigmática do filósofo norte-americano Thomas Kuhn, chegando ao ponto de se cogitar uma transformação, o que o autor denomina de revolução?

Partindo-se da ideia de revolução científica, elaborada por Thomas Kuhn, como referencial teórico, pretende-se verificar o tema-problema posto através de pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se, para tanto, do método hipotético-dedutivo.

De forma sumária o presente trabalho foi dividido em cinco tópicos a partir da introdução, sendo que no segundo será tratado o federalismo, abordando a origem do Estado, bem como a singularidade do modelo federativo brasileiro. No terceiro será feita uma análise do pacto federativo brasileiro, destacando-se a descentralização político-administrativa e como funcionam os mecanismos de repasse das principais transferências constitucionais da União aos Estados e Municípios. A seguir, as premissas apresentadas nos tópicos anteriores serão analisadas à luz da teoria paradigmática de Kuhn, as quais darão suporte para o enfrentamento do problema proposto. No quinto tópico serão apresentadas as conclusões.

O trabalho conjuga esforços para fomentar o debate acerca da revisão do pacto federativo brasileiro, com vistas ao seu aperfeiçoamento contínuo aliado às necessidades de cada ente. Assim, além de pretender contribuir para o âmbito acadêmico, espera-se que a pesquisa sirva como aporte para discussões nas três esferas institucionais e governamentais com o objetivo de fortalecer o federalismo brasileiro e estabelecer um paradigma, de fato.

2. O Federalismo e a formação do Estado

Para se abordar o federalismo é necessária, mesmo que brevemente, uma abordagem sobre a formação do Estado, haja vista que aquele é uma das formas de sua organização.

A passagem do estado de natureza para o estado civil pode ser entendida como um marco na história da humanidade, haja vista o desenvolvimento da capacidade de organização tanto da convivência, quanto das estruturas sociais necessárias a esse convívio.

Com relação a essas estruturas não se pode olvidar que, além das instituições, que são criadas para atuar como *modus operandi*¹ de organização social, os seres humanos carecem de uma estruturação íntima que seja capaz de lhes dar condições de firmarem pactos de forma livre e consciente, a qual é baseada na ideia de ética.

Assim, partindo do conceito de que “ética é o respeito a decisões tomadas pelo próprio homem a respeito da sua convivência” (Informação verbal)², é crível e esperável que os homens tenham a capacidade e a possibilidade de deliberar e decidir sobre aquilo que pode ser melhor ou pior para o relacionamento social e, acima de tudo, respeitar as próprias deliberações.

Mesmo que não imbuídos especificamente desse conceito os pensadores contratualistas Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jaques Rousseau (1712-1778) estabeleceram um diálogo deveras importante para toda a humanidade quando a partir de suas obras discutiram a necessidade de estabelecer um pacto social que fosse capaz de firmar um acordo (contrato) entre os homens para regular a convivência de forma pacífica.

Assim, na concepção de Hobbes

¹ Numa tradução livre: “modo de operação”.

² Conceito elaborado pelo Professor Clóvis de Barros Filho durante a palestra “Ética e Comunicação”, proferida no dia 07 de maio de 2014 durante o 31º Congresso Mineiro de Municípios em Belo Horizonte/MG.

O Estado [...] é instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua que qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representá-los (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor como contra ele, deverão autorizar todos os seus atos (do homem ou assembléia de homens), tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos do restante dos homens. (DIAS, 2008, p. 69).

Percebe-se claramente, dessa forma, que a ideia de Hobbes era instituir um meio de proteger o homem do próprio homem, já que metaforicamente a comparação a um lobo demonstra o quanto voraz pode ser o homem quando o governo é exercido por si próprio (estado de natureza).

Embora Locke possa divergir de Hobbes em alguns aspectos³, “a tese contratualista lockeana parte do princípio de que o poder, e consequentemente a legitimidade desse, advém e repousa no consentimento mútuo dos pactuantes, cabendo única e exclusivamente a esses decidir sobre *quem* e *como* devem governar”. (SILVA, 2011, p. 131 – grifos do autor).

Fica evidente, assim, que o consentimento mútuo é a característica que norteia e fundamenta as ações do Estado, que à época de Locke ainda carecia de corporificação da forma como é hoje, mas que já demonstrava sinais claros de que o poder do governante é delegado pelos pactuantes – o povo.

Mas é Rousseau quem descreve, com mais clareza, a forma como deveria se dar a convenção social que originaria o corpo político:

Esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e, hoje, o de *república* ou de *corpo político* [...]. Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de *povo* e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto partícipes da autoridade soberana, e *súditos* enquanto submetidos às leis do Estado (ROUSSEAU, 1973, p. 33-34 – grifos do autor).

Sem adentrar nos tipos de forma de governo⁴, uma vez que foge ao escopo do presente trabalho, a digressão à formação do Estado se faz pertinente em função das premissas teóricas,

³ De acordo com José Luiz Borges Horta “a grande divergência entre os contratualistas é precisamente no tocante às características de tal ordem, o que os levaria a distintas posições acerca do Estado Político que, num dado momento, os cidadãos acordaram em instituir — do autoritarismo hobbesiano ao democratismo rousseauiano”. (HORTA, 2004, p. 246).

⁴ Embora possa haver discussão sobre quais e quantos seriam esses tipos os tradicionais são: monarquia, anarquia e república.

as quais continuam em voga na sistemática vigente e servirão de fundamentos para análise adiante.

Com base nesse aporte teórico, portanto, é que se subentende a necessidade de o Estado civil contemporâneo se (re)formar constantemente, sobretudo porque cada povo e respectivo território possui peculiaridades de forma que os governos locais precisam estabelecer regras diferenciadas e, assim, o modelo estatal, além de personalizado, é sempre dinâmico em relação às suas transformações e adaptações.

2.1 Federalismo enquanto forma de Estado

Tendo perpassado por alguns marcos do surgimento do Estado enquanto corpo político criado convencionalmente pelo povo, convém destacar os principais traços do federalismo enquanto forma de Estado.

Em que pese as distintas classificações acadêmicas importa, para fins do presente estudo, a diferenciação entre as formas de Estado unitário e federado. Em linhas gerais, enquanto o primeiro se caracteriza pela concentração de poder na unidade central, o segundo se apresenta como forma oposta, na qual embora exista exercício de poder pela unidade central, as unidades-membros também são detentoras de exercício de poder em seus respectivos territórios.

Embora existam indícios de formação federativa desde a antiguidade⁵, o federalismo tal como é concebido hodiernamente é atribuído à formação da federação norte-americana:

O Estado Federal, que é forma de organização política, surgiu com a Constituição americana de 1787, mediante a agregação dos treze Estados independentes em que se transformaram, vitoriosa a Revolução de 1776, as colônias inglesas, os quais, cedendo à União, assim à organização total, a sua soberania, e reservando para si a autonomia, se constituíram nos Estados Unidos da América do Norte. (VELOSSO, 1992, p.2).

Como visto, a formação do federalismo estadunidense se deu através de agregação, uma vez que as então Colônias, com o objetivo, sobretudo, de fortalecerem a segurança dos seus territórios, resolveram instituir a União, mesmo que inicialmente ainda admitindo o direito de secessão, revelando-se, verdadeiramente, em confederação, já que na federação esse direito não existe, sendo mantida a autonomia dos Estados-membros.

⁵ A respeito do tema sugere-se conferir: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

A partir dessa matriz federativa estabelecida pela ação norte-americana é detectável que

A essência do Estado federal é exatamente a precedência de comunidades autônomas e independentes, que postulam integração federal, guardando, sempre, raio próprio de competência. O balanceamento é concretizado na Constituição. Esta é, também, a síntese do equilíbrio federativo. (DIREITO, 1979, p. 54).

Esse modelo de federalismo inaugurado pelos Estados Unidos da América será abordado novamente adiante, quando será analisado sob o enfoque de outras teorias.

2.2 *Modelo federativo brasileiro: sui generis*

O art. 1º da Constituição da República de 1988 estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].” (BRASIL, 1988).

O Brasil se caracteriza, então, por ter como forma de governo a república, como sistema de governo o presidencialismo e a forma federativa de Estado, sendo esta disciplinada no art. 18 da Constituição da República, cuja transcrição é necessária para efeitos de perquirição: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

Comparando-se a forma brasileira de Estado com a norte-americana percebe-se claramente a distinção entre os componentes da federação, sendo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incluiu, textualmente, os Municípios como entes federados. E é justamente a presença dos Municípios na formação da federação brasileira que a torna *sui generis*⁶.

Não obstante existir discussão doutrinária sobre a admissão ou não dos Municípios como entes da federação brasileira, destaca-se, tão somente, a opinião de dois juristas na busca pela objetividade da pesquisa. Hely Lopes Meirelles disserta que

⁶ Numa tradução livre: “único em seu gênero”.

A Constituição da República arrola o Município como componente da Federação (arts. 1º e 18), reconhecendo-lhe, agora expressamente, a natureza de *entidade estatal de terceiro grau*, pela outorga de *personalidade jurídica, governo próprio e competência normativa*. Com isso já não se pode dizer, contrastando-o com o Estado-membro, que o Município tem apenas poderes administrativos e atribuições delegadas. Absolutamente, não. Tanto um como outro atuam com igual *poder político* no exercício das competências que lhes são conferidas pela Constituição, com total independência entre si e para com a União, visando todos à promoção do bem-estar da coletividade, local (Município), regional (Estado) e nacional (União) (MEIRELLES, 2008, p. 132 – grifos do autor).

Como visto, esse posicionamento abarca hialinamente a pretensão de reconhecer o Município como ente federado. Opostamente, José Nilo de Castro defende que

É o Município entidade condômina de exercício de atribuições constitucionais. É dizer: possui o Município dignidade constitucional. É autônomo na Constituição de hoje quanto nas anteriores, desde 1934. Falecia-lhe apenas a auto-organização. Não detém a autonomia federativa. E a autonomia é a medida constitucional da soberania, que é poder insubmetido. Não se confunde com a autonomia municipal, pois os Municípios não são entes federativos, a despeito de integrarem, como membros, a República. Integram a Federação, mas não a formam. (CASTRO, 2006, p. 29-30).

No ponto não é pretensão deste trabalho encampar uma ou outra teoria, mas como o seu objetivo principal é debater sobre a possibilidade de revisão do pacto federativo brasileiro, refletir sobre a admissão do Município como ente ou não da federação revela-se como premissa necessária. Portanto, no próximo tópico será analisado o pacto federativo brasileiro.

3. O pacto federativo brasileiro

Sem avançar na seara de formação histórica do pacto federativo brasileiro, embora importante, privilegiar-se-á aquele instituído a partir da Constituição da República de 1988, levando-se em consideração, também, as premissas teóricas explicitadas no tópico anterior sobre a formação do Estado, o federalismo em si e seus desdobramentos.

Assim, cuidou o constituinte de inaugurar o texto constitucional afirmando que a formação da República Federativa do Brasil se dá pela união⁷ indissolúvel dos Estados,

⁷ Segundo José Afonso da Silva, “Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque *união indissolúvel* (embora com inicial minúscula) do art. 1º é, a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18. Repetição inútil, mas que não houve jeito de evitar, tal o apego à tradição formal de fazer constar do art. 1º essa cláusula que vem de constituições anteriores, sem levar em conta que a metodologia da Constituição de 1988 não comportava tal apego destituído de sentido.” (SILVA, 2005, p.471-472).

Municípios e Distrito Federal. Essa indissolubilidade, inclusive, também é prevista na própria Constituição, não podendo ser objeto de deliberação uma proposta de emenda que tenha por escopo a intenção de abolir a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I). (BRASIL, 1988).

3.1 Descentralização político-administrativa

Como visto anteriormente, o Brasil é considerado um tipo de federação *sui generis* pelo fato de ter incluído os Municípios no rol dos entes federados. A formação da federação brasileira, portanto, pode ser entendida como realizada pela via da desagregação, de tal sorte que desde a edição do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República⁸, que o Brasil iniciou seu processo de descentralização político-administrativa.

Menos de dois anos depois, com a promulgação da primeira Constituição Republicana⁹, o Brasil confirmou o federalismo como forma de Estado e deu continuidade ao processo descentralizador, mesmo que, àquela época, de forma ainda incipiente. Mas foi ao longo do século XX que a descentralização se efetivou, ao ponto de se entender que o

Estado Federal é, na verdade, forma de descentralização do poder, de descentralização geográfica do poder do Estado. Constitui técnica de governo, mas presta obséquio, também, à liberdade, pois toda vez que o poder centraliza-se num órgão ou numa pessoa, tende a tornar-se arbitrário. [...] A combinação da descentralização funcional do poder com a descentralização geográfica ou territorial deste, amplia, significativamente, o sistema de proteção à liberdade e propicia a prática da democracia. (VELLOSO, 1992, p.3-4).

Deveras, considerando-se as dimensões continentais do Brasil, a descentralização do poder estatal é, praticamente, um postulado obrigatório, sem o qual governar poderia se tornar tarefa hercúlea.

3.2 Repartição tributária

Revelando-se como uma das ferramentas da descentralização político-administrativa do Estado federado brasileiro, a repartição tributária está prevista na Constituição de 1988 a

⁸ “Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a fórmula de governo da nação brasileira - a República Federativa.” (BRASIL, 1889).

⁹ “Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.” (BRASIL, 1891).

partir do art. 145, o qual inaugura o Título VI, que trata da Tributação e do Orçamento. Mas é especificamente nos arts. 157 a 162 que a repartição é detalhada. (BRASIL, 1988).

Dentre as várias previsões e fórmulas, para efeito deste trabalho, analisar-se-á, tão somente, as principais transferências constitucionais: Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios. Segundo o inciso I, do art. 159, da Constituição da República, a União deve entregar 49% (quarenta e nove por cento) do que é arrecadado com o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), bem como sobre os produtos industrializados (IPI). (BRASIL, 1988).

Coube ao Tribunal de Contas da União a incumbência de calcular as quotas dos respectivos fundos de participação, conforme determinou o art. 5º, da Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989¹⁰ e art. 1º, VI, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992¹¹.

3.2.1 Fundo de Participação dos Estados – FPE¹²

O Fundo de Participação dos Estados – FPE está previsto no art. 159, I, “a”, da Constituição da República e constitui-se em “[...] vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal [...]”. (BRASIL, 1988).

A Lei Complementar nº 143, de 17 de julho de 2013, alterou a Lei Complementar nº 62/1989, especificamente sobre os critérios de rateio do FPE. A regra antiga previa a repartição de 85% (oitenta e cinco por cento) para as Unidades Federativas das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste, enquanto os 15% (quinze por cento) restantes eram repartidos para as demais Unidades das regiões Sul e Sudeste. Tal alteração originou-se a partir da declaração de inconstitucionalidade dos coeficientes individuais de participação no FPE previstos na Lei Complementar nº 62/1989 proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIN's nº 1.987/DF, 875/DF, 2.727/DF e 3.243/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2010).

¹⁰ “Art. 5º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos Fundos de Participação e acompanhará, junto aos órgãos competentes da União, a classificação das receitas que lhes dão origem.” (BRASIL, 1989).

¹¹ “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

[...]

VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos; [...].” (BRASIL, 1992).

¹² Para saber mais a respeito do FPE consultar a Cartilha elaborada pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_fpe.pdf>.

Em que pese a atuação jurisdicional, bem como legislativa,

Como se vê, a despeito de se ter estabelecido novos critérios de rateio do montante do FPE, a LC nº 143/13 em pouco inovou, uma vez que manteve até o ano de 2015 os coeficientes individuais previstos na redação original da LC nº 62/89, e, em paralelo, determinou que a partir de 2016 o cálculo de cada quota-parte levará em consideração o valor distribuído no ano de 2015, sendo apenas atualizado pelo IPCA e pelo valor correspondente a 75% da variação real do PIB. (LESSA; MAIA, 2015, p.259).

Além de enfatizarem, portanto, que as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 143/2013 foram insuficientes do ponto de vista prático no tocante aos coeficientes de rateio do FPE, os mesmos autores ainda indicam a possível permanência da constitucionalidade que originou as ações, já que

A impressão que se tem é que o Poder Legislativo ignorou a decisão do STF, seja porque não editou efetivas regras de rateio que permitissem uma evolução constante dos valores destinados a cada Estado (a serem apurados anualmente pelo Tribunal de Contas da União), seja porque manteve a distribuição nos mesmos patamares anteriores, que estavam completamente defasados e que, como visto, só irão atingir percentuais mais condizentes com a realidade socioeconômica de cada ente estadual depois de muitos anos (e, vale repetir, desde que se verifique aumento substancial da arrecadação federal). (LESSA; MAIA, 2015, p.260).

Apenas com os breves destaques apresentados é possível verificar que a polêmica sobre o repasse do FPE deve permanecer acalorada e ainda será matéria de muita discussão nas searas política e jurisdicional.

3.2.2 Fundo de Participação dos Municípios – FPM

Resumindo-se o histórico do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, de acordo com dados catalogados em Cartilha¹³ elaborada pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, pode-se destacar que o mesmo foi criado através da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965 (relativa à Constituição de 1946), que em seu art. 21 previu a repartição de parte das receitas oriundas do IR e do IPI aos respectivos FPE e FPM. (BRASIL, 1965). Mas, foi através da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que o FPM foi, de fato, regulamentado, sendo que o art. 59 da referida lei inovou no ordenamento jurídico apresentando os critérios de distribuição deste fundo. (BRASIL, 1966).

¹³ Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/CartilhaFPM.pdf>>.

Outras duas normas – o Ato Complementar nº 35, de 28 de fevereiro de 1967, baixado pela Presidência da República, e o Decreto-Lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981 – criaram um sistema de categorização dos municípios, enquadrando-os em: Capitais, Interior e Reserva. A categoria denominada Capitais comprehende Brasília e todas as demais capitais dos Estados-membros; já a categoria Reserva destina-se a conglobar os Municípios que possuam população superior a 142.633 habitantes¹⁴ e; na categoria Interior estão enquadrados os demais Municípios. Do total de FPM (100%) a ser repassado a citada categorização o subdivide da seguinte forma: Capitais com 10,0%; Interior com 86,4%; e Reserva com 3,6%.

Essa sistemática formada ao longo dos anos foi devidamente recepcionada pela Constituição da República de 1988, através de previsão expressa no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 34, § 2º, I e III. Atualmente, portanto, o FPM está previsto no art. 159, I, “b”, “d” e “e” da Constituição da República e é composto por “[...] vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios [...]” e mais duas parcelas de 1% (um por cento) cada, entregues no primeiro decêndio dos meses de julho e dezembro. (BRASIL, 2013).

Embora exista um critério diferenciado para o cálculo do FPM relativo às categorias Capitais e Reserva, importa destacar, para fins do presente estudo, que o coeficiente individual de participação de cada Município da categoria Interior varia de acordo com o número de habitantes.

Diante da perfunctória, mas suficiente, descrição do pacto federativo brasileiro, o mesmo encontra-se em condições de ser analisado sob a luz das teorias de Thomas Kuhn.

4. Teoria paradigmática de Thomas Kuhn

Thomas Samuel Kuhn nasceu em Cincinnati, Ohio, Estados Unidos, no dia 18 de julho de 1922, tendo se graduado em física e, posteriormente, recebido os títulos de mestre e doutor na mesma cadeira, na Universidade de Harvard. Tendo iniciado sua carreira acadêmica como físico-teórico, foi a partir do interesse pela história da ciência que Kuhn desenvolveu sua principal obra, “A estrutura das revoluções científicas”, publicada em 1962.

¹⁴ Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997: “Art. 3º Os Municípios que se enquadrarem no coeficiente três inteiros e oito décimos passam, a partir de 1º de janeiro de 1999, a participar da Reserva do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, prevista no art. 2º do Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.”

Levando-se em consideração a formação acadêmica de Kuhn e, “[...] ainda que não explicitamente, não pretendeu dar em seu livro mais que um modelo geral de desenvolvimento das ciências naturais, tomadas – de novo não explicitamente – como modelo mais acabado da racionalidade humana” (PASTELLI, 1992, p.9), não se pode olvidar que a interdisciplinaridade científica permite que sejam feitos testes de aplicabilidade de teorias mesmo que essas sejam oriundas de ciências distintas.

Assim, partindo dos pressupostos científico e investigativo é preciso destacar que “embora a Estrutura haja exercido imenso impacto imediato sobre a comunidade de historiadores da ciência, seus efeitos mais duradouros foram provavelmente sobre a filosofia da ciência e, sem dúvida, sobre a cultura pública”. (HACKING, 2013, p.13). É nessa perspectiva, portanto, que a pesquisa se valerá dos estudos filosóficos para investigar uma temática pública.

Nesse sentido, a análise que se segue prezará pela manutenção da significação original dada pelo autor aos seus termos e conceitos, sendo utilizados para conformação analítico-científica.

4.1 O pacto federativo enquanto paradigma

Paradigma é uma expressão de há muito utilizada, às vezes até de forma indiscriminada (coloquial), mas para Thomas Kuhn a mesma possui significado de suma importância. Para ele, “no seu uso estabelecido, um paradigma é um modelo ou padrão aceito”. (KUHN, 2013, p.87).

Entretanto, Thomas Kuhn relaciona a utilização do termo paradigma com “ciência normal”, sendo que essa “[...] significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior.” (KUHN, 2013, p.71).

O pacto federativo, portanto, diante desse contexto, se apresenta como o vigente paradigma, ou seja, a ciência normal que se estabeleceu após a “revolução” que culminou na promulgação da Constituição da República em 1988.

Estabelecida a ciência normal através de um paradigma essa, por sua vez, tem a tendência genérica de se estabelecer no tempo e no espaço de modo que seja minimamente questionada. Entretanto, alguns problemas podem surgir durante a vigência da ciência normal decorrentes da própria experimentação do paradigma. Kuhn, então, apresenta a própria ciência

normal como resolução de quebra-cabeças¹⁵. Nos dizeres do próprio autor da teoria, “para ser classificado como quebra-cabeça, não basta um problema possuir uma solução assegurada. Ele deve obedecer a regras que limitam tanto a natureza das soluções aceitáveis como os passos necessários para obtê-las”. (KUHN, 2013, p.108).

O fato de se ter um paradigma não significa, portanto, ausência de problemas. Ao contrário, a ciência normal é constantemente experimentada por si própria ou por fenômenos externos. No caso das ciências sociais, em particular o sistema federativo que ora é estudado, a dinâmica social implica em alteração de comportamento que reflete nas práticas de convívio e, necessariamente, força alterações institucionais ou legislativas. Assim, a própria ciência normal, valendo-se da técnica de quebra-cabeças, deve conter mecanismos para resolver seus problemas.

Contudo, como enfatizado pelo cientista, embora uma situação possa ser caracterizada como problema, a mesma, para ser solucionada pelo quebra-cabeça, não pode fugir à delimitação imposta pelas regras naturais da ciência normal. Isso implica em dizer que, analogicamente, uma peça do quebra-cabeça deve se encaixar perfeitamente no espaço demarcado, não sendo admitida a alteração do formato daquela para que se encaixe nesse.

Assim, os problemas do federalismo devem encontrar suas soluções dentro do próprio federalismo, sob pena da teoria do quebra-cabeça não ser mais factível e a situação se configurar a partir de outro aspecto teórico.

4.2 As anomalias do pacto federativo

Ultrapassada a admissão de problemas que podem ser solucionados pela própria ciência normal, através da teoria de quebra-cabeças, caso determinado fenômeno não se encaixe, ou seja, não se conforme teórica e metodologicamente estar-se-á, provavelmente, diante de anomalias, que podem ser entendidas como “[...] experiências que, ao evocarem crises, preparam caminho para uma nova teoria.” (KUHN, 2013, p.244).

Diante de todo o exposto, até então, é possível cogitar que o federalismo brasileiro contém algumas anomalias, as quais, ao que parece ser, não encontram solução na ciência normal do modelo de pacto federativo vigente, em especial pela constatação de que “a complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de

¹⁵ “Puzzles”, em inglês, numa tradução livre.

conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho". (BOBBIO, 1999, p. 38). Eis, portanto, a razão para a descentralização político-administrativa, como já demonstrado.

Contudo, talvez uma das principais anomalias na federação brasileira seja o desequilíbrio fiscal com relação aos Municípios, uma vez que dos 5.569¹⁶ oficialmente existentes, 81%¹⁷ desses possuem como fonte exclusiva de receita o repasse do FPM, uma vez que não alcançam captação suficiente de recursos com os mecanismos disponíveis, talvez pela pouca população, pela escassez ou baixa capacidade contributiva, pelos altos índices de inadimplência ou, ainda, pela falta de atualização da planta de valores dos imóveis para efeito de cobrança de IPTU e ITBI, dentre outros possíveis fatores.

Some-se a esse dado o fato de que 68,3%¹⁸ dos Municípios brasileiros possui até 20 (vinte) mil habitantes, o que revela a efetiva impossibilidade de geração de receita própria. E embora possa surgir argumento contrário, de que pelo fato de ter menos habitantes há menos despesas, o mesmo é questionável se for levado em consideração que, mesmo com número reduzido de cidadãos, esses Municípios são obrigados a manter estrutura administrativa condizente com os padrões mínimos de exigência dos órgãos de controle, demandando consideráveis investimentos proporcionais às respectivas receitas.

É preciso considerar, dessa forma, que na Constituição da República de 1988

[...] os municípios foram reconhecidos como membros da federação, em pé de igualdade com os estados no que diz respeito a direitos e deveres ditados pelo regime federativo. As principais consequências desse fenômeno, do ponto de vista do federalismo fiscal, são o largo campo de competência impositiva dos municípios e a instituição de transferências compensatórias federais semelhantes às que beneficiam os estados. A relativa independência dos municípios em relação ao poder público estadual, conferida pela posição singular que ocupam no sistema tributário brasileiro, é causa de importantes distorções que acentuam os desequilíbrios verticais e horizontais na repartição da receita tributária nacional, tornando mais difícil a negociação de reformas capazes de sedimentar propostas de um novo equilíbrio federativo. (REZENDE, 1995, p.7).

¹⁶ Embora o IBGE divulgue que o Brasil possui atualmente 5.570 Municípios o TCU esclarece que "o número de municípios brasileiros permanece o mesmo da relação encaminhada em 2015, ou seja, 5.569 (o IBGE informa 5.570, uma vez que inclui Fernando de Noronha, que é um distrito estadual de Pernambuco, e não município, não recebendo recursos do FPM [...])." (BRASIL, 2017).

¹⁷ Do total de municípios brasileiros, cerca de 81% (oitenta e um por cento), segundo informações do Presidente da União Brasileira de Municípios (UBAM), Leonardo Santana, sobrevive exclusivamente das receitas provenientes do FPM – Fundo de Participação dos Municípios. Informação divulgada em matéria jornalística publicada em 26/02/2011. Disponível em: <<http://www.catingueiraonline.com/2011/02/municipios-paraiabnos-recebem-ultima.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁸ Estimativa populacional dos municípios para 2017 divulgada pelo IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municípios-para-2017.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

Constatadas algumas anomalias e voltando ao sistema paradigmático proposto por Thomas Khun percebe-se que o desafio recrudesce ante a necessidade de solução, pois

Pesa também nessa decisão o fato de os envolvidos nas tentativas de resolver o problema conseguirem convencer seus pares da centralidade da questão. Se a questão é considerada periférica, sua solução poderá esperar. Mas, se a anomalia estiver na encruzilhada dos caminhos de resolução de diversos problemas dentro da atividade norteada pelo paradigma, então é hora de se pensar ou em concentrar esforços de toda a comunidade na direção de resolver o problema específico ou, então, em substituir o paradigma vigente por algum outro. (ASSIS, 1993, p.138).

Khun, portanto, condiciona a solução do problema à teoria do quebra-cabeça ou, caso a ciência normal não consiga resolvê-lo, instaura-se uma crise diante das anomalias, a qual poderá culminar numa revolução.

4.3 (Des)Necessidade de revolução

A revolução kuhniana não pode ser entendida, diante desse contexto, na sua acepção bética. Antes, porém, deve ser interpretada como efeito de evolução, isto é, passagem de um paradigma para outro. Assim, tendo em vista a crise provocada pelas anomalias, a revolução de Kuhn induz à ideia de que

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos. (KUHN, 2013, p.169).

Segundo o filósofo, portanto, revoluções científicas são “[...] aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, sendo este incompatível com o anterior.” (KUHN, 2013, p.177).

O federalismo brasileiro, analisado sob a ótica de toda a teoria kuhniana, torna-se alvo de importantes considerações na medida em que a situação posta, enquanto paradigma ou ciência normal, tem ao longo dos últimos quase trinta anos tentado juntar as peças do quebra-

cabeça criado a partir da Constituição de 1988. Entretanto, parece que para além dessa tentativa as anomalias mencionadas nessa pesquisa, sem prejuízo de outras, estão a conduzir o paradigma brasileiro ao enfrentamento de uma crise sistêmica, haja vista as inegáveis constatações, relativas aos Municípios, de que: (i) o texto constitucional os considera como entes federados; (ii) o Brasil possui 5.569; (iii) 68,3% desse montante possui menos de vinte mil habitantes; e 81% sobrevive dos repasses do FPM.

A Constituição da República, ao determinar no inciso II, do art. 162, que lei complementar definiria os critérios de rateio do FPE e do FPM, assim o fez justamente com o objetivo de garantir que a União promovesse “[...] o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios.” (BRASIL, 1988). Dispensáveis, portanto, os cálculos e fórmulas para concluir que a União concentra em si a arrecadação de mais de 50% dos principais tributos e que, com essa prática, interfere determinantemente na autonomia dos demais entes federativos.

A propósito, quando do julgamento conjunto das ADIN's nº 1.987/DF, 875/DF, 2.727/DF e 3.243/DF, as quais questionavam, em suma, o cálculo, a entrega e o controle da liberação dos recursos do FPE, o relator, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que

[...] a exigência de promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados foi consagrada pela Constituição não apenas como parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos critérios de rateio dos fundos de participação, mas como princípio da ordem econômica (art. 170, VII – redução das desigualdades regionais e sociais) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III – erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais). (BRASIL, 2010, p.28)

Se os destaques do relator – “princípio da ordem econômica” e “objetivo fundamental da República Federativa do Brasil” – fossem efetivamente levados em consideração quando da elaboração dos critérios de rateio do FPE e do FPM, talvez não fosse necessário clamar por transformações no sistema, como o faz, sobremaneira, a maioria dos Municípios brasileiros¹⁹.

Assim, analisado o federalismo a partir da perspectiva da revolução científica kuhniana e voltando à teoria contratualista de John Locke é factível que

¹⁹ Apenas para citar dois exemplos de movimentos organizados que discutem e pleiteiam a revisão do pacto federativo, a AMM – Associação Mineira de Municípios, realizou uma série de eventos em 2017, denominados: “AMM nos Municípios: encontros nas macrorregiões”. A partir desses encontros foi formulada uma “Carta dos Municípios de Minas” com o propósito de ser entregue às autoridades estaduais e nacionais. Disponível em: <<http://portalammm.org.br/wp-content/uploads/carta-municípios-mineiros-amm.pdf>>. O segundo exemplo é a ação encampada pela CNM – Confederação Nacional dos Municípios, a qual realiza anualmente a “Marcha a Brasília em defesa dos Municípios”. Disponível em: <<http://www.cnm.org.br/>>. Em 2017 a CNM ainda realizou a campanha “Não deixem os Municípios afundarem”. Disponível em: <<http://www.cnm.org.br/informe/exibe/campanha-nao-deixe-os-municípios-afundarem>>.

[...] tanto o governante quanto a forma de governo estariam submetidos ao jugo dos membros do pacto, cabendo a esses se insurgirem contra os governantes que deixassem de cumprir as funções para as quais fora designado, ou seja, garantir os direitos naturais. No momento em que o governante deixa de garantir os direitos naturais, colocando em risco a condição de igualdade e liberdade entre os indivíduos, esses retornam ao estado de guerra contra o governante, dissolvendo o Estado e proclamando um novo estado de natureza do qual poderia nascer um novo contrato político. (SILVA, 2011, p. 131).

Embora possa haver quem defenda que o homem não tem habilidade para convivência social²⁰ é perceptível que o modo de vida contemporâneo não apresenta sinais de transformação nesse aspecto, ou seja, o convívio em sociedade continuará sendo, possivelmente, a marca humana por longo tempo. Assim, pensar na melhoria de qualidade de vida dos homens perpassa, necessariamente, pelo modo como essa melhora pode ser alcançada e, inegavelmente, a organização estatal apresenta-se como premissa nesse contexto.

Portanto, partindo-se do pressuposto de que “o reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor” (BARROSO, 1998, p.9), a análise da (des)necessidade de uma revolução, e a sua consequente efetivação, se for o caso, é tarefa que incumbe não apenas aos representantes eleitos, mas a todos os atores sociais.

5. Conclusão

A revisão bibliográfica e documental apresentada, a partir do marco teórico de Kuhn (2013), permite deduzir, à guisa de conclusão, que o pacto federativo brasileiro necessita de revisão em razão do comando constitucional que determina que os critérios de rateio dos fundos de FPE e FPM promovam o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios (CRFB/88, art. 161, II).

Assim, a partir da metodologia utilizada, foi possível construir uma noção geral de como se organiza o federalismo brasileiro, enquadrando-o como forma de Estado, tendo como referência o modelo norte-americano. Mesmo que de forma resumida, também foram abordadas as principais teses dos pensadores contratualistas.

Adiante, foram perlustrados aspectos específicos acerca do pacto federativo brasileiro, tais como a descentralização político-administrativa, bem como a repartição tributária entre os

²⁰ “La filosofía política tradicional fracasó, según Hobbes, porque partía del fundamento falso de la disponibilidad innata del hombre para la vida social”. (RODAS, 2010, p. 18).

entes da Federação. Nesse ponto foram analisados alguns dados e critérios que compõem a fórmula de repasse do FPE e do FPM.

Os dados e fundamentos trabalhados, acerca do pacto federativo brasileiro, serviram de base para sua análise a partir da sistematização teórica criada por Thomas Kuhn, sendo que o ciclo das estruturas da revolução científica serviram para demonstrar que o federalismo brasileiro, enquanto paradigma/ciência normal, deve enfrentar seus problemas mediante a aplicação da teoria do quebra-cabeça, ou seja, o próprio modelo de federalismo teria que dar respostas às suas imperfeições.

Entretanto, destacados alguns problemas que fogem a essa padronização, os mesmos, ainda segundo a teorização de Kuhn, podem ser classificados como anomalias e, portanto, devido ao grau de afetação ao paradigma, podem provocar uma crise e essa se desencadear num processo de revolução que, como visto, não tem vinculação com seu sentido bélico. Assim, pelos apontamentos apresentados, é possível inferir que o federalismo brasileiro se encontra em crise diante das anomalias existentes.

A revolução kuhniana, por sua vez, é consequência da admissão de que o paradigma antigo não atende mais aos parâmetros científicos denotados também pela comunidade científica. Nesse sentido, para se correlacionar a temática do federalismo brasileiro às teorias de Kuhn seria necessário que os atores sociais envolvidos na discussão, em especial os representantes eleitos, admitissem a existência das anomalias como tais e, então, instaurassem o processo de revolução para se projetar e construir um novo paradigma.

Partindo-se dessas evidências e mesmo havendo quem defenda que as teorias de Kuhn não se aplicariam às ciências sociais, é possível confirmar a hipótese de que a revolução científica kuhniana pode contribuir para o entendimento acerca do fenômeno do federalismo brasileiro e, ainda, contribuir para a discussão de sua revisão.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, Jesus de Paula. Kuhn e as ciências sociais. **Estudos avançados**. São Paulo, v.7, n.19, p. 133-164, set./dez. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141993000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Ato Complementar nº 35**, de 28 de fevereiro de 1967. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 e legislação posterior sobre o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-35-67.htm#art1>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.881**, de 27 de agosto de 1981. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, cria a Reserva do Fundo de Participação dos Municípios - FPM a dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1881.htm#art1>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Decisão Normativa - TCU n. 162**, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/transferencias-constitucionais-e-legais/coeficientes-fpe-e-fpm>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 1**, de 15 de novembro de 1889. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Lei n. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.443**, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 62**, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp62.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. **Ministério da Fazenda**. O que você precisa saber sobre as transferências constitucionais e legais: Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2013. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/CartilhaFPM.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2018.

BRASIL. **Ministério da Fazenda**. O que você precisa saber sobre as transferências fiscais da União: Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal – FPE. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_fpe.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2018.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 16, n.64, p. 49-56, out./dez. 1979. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181180>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

GAMBOGI, Luís Carlos. Direito: entre a modernidade e a pós-modernidade. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, jul./ago./set., v.31, n.3, p.11-14, 2013. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/781>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HACKING, Ian. Ensaio introdutório. *In: KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas.* 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p.9-47.

HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do estado de direito:** uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96KQMD>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas.** 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LESSA, Donovan Mazza; MAIA, Marcos Correia Piqueira. Fundo de participação dos Estados: os novos critérios de rateio previstos na Lei Complementar nº 143/13 e o posicionamento do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.987/DF, 875/DF, 2.727/DF e 3.243/DF. *In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Orgs.). Estado federal e tributação: das origens à crise atual (Coleção federalismo e tributação, v. 1).* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. 460p.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 85-99, jul. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45284/47716>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal no Brasil. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v.15, n.3(59), p. 5-17, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/issue.asp?vol=15&mes=3>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

RODAS, Francisco Cortés. El contrato social en Hobbes: ¿absolutista o liberal? **Estudios Políticos**, n. 37, p. 13-21, jul./dic. 2010. Acesso em: 13 mai. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** discursos sobre a origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marcelo Lira. Os fundamentos do liberalismo clássico. A relação entre estado, direito e democracia. **Aurora**, ano V, n. 9, p. 121-147, dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1710>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

**A EXECUÇÃO DAS DECISÕES SOBRE REGULARIDADE DE PRESTAÇÃO DE
CONTAS DE PARTIDOS POLÍTICOS NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA:
ENTRE O RITO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO**

Denise Goulart Schlickmann

Universidade Federal de Santa Catarina

Orides Mezzaroba

Universidade Federal de Santa Catarina

Resumo

O direito eleitoral brasileiro está intimamente relacionado com o direito processual civil, mediante a aplicação de forma supletiva e subsidiária deste último nos feitos eleitorais. Tratando-se as decisões proferidas pela Justiça Eleitoral em prestações de contas de partidos políticos de decisões judiciais, as condenações delas advindas caracterizam títulos executivos judiciais. O rito observado na Justiça Eleitoral, contudo, para a execução de tais decisões, revela ainda um misto de procedimentos administrativos e judiciais, que culmina por retirar parte das características de celeridade e objetividade buscadas pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Execução. Partidos Políticos. Prestação de Contas. Justiça Eleitoral.

Abstract/Resumen/Résumé

The electoral law is closely related to the civil procedural law, through the application of a supplementary and subsidiary form of the latter in electoral procedures. In the case of decisions handed down by the Electoral Court in the performance of political parties' accounts of judicial decisions, their convictions characterize judicial executive titles. The rite observed in the Electoral Court, however, for the execution of such decisions, also reveals a mixture of administrative and judicial procedures, culminating in removing some of the characteristics of celerity and objectivity sought by the new Code of Civil Procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Execution. Decision. Accountability. Electoral Justice.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo analisar o processamento da execução das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral em prestações de contas anuais de partidos políticos, a partir da compatibilidade das regras judiciais fixadas pelo Código de Processo Civil.

O problema principal deste artigo é o de verificar se o Direito processual civil possui alguma relação com o Direito eleitoral, considerando as especificidades advindas da natureza dos pleitos eleitorais e as características particulares das regras processuais civis.

Inicialmente será examinada a influência do Direito processual civil nos processos de competência da Justiça Eleitoral, buscando delimitar a natureza da relação estabelecida entre esses ramos do direito.

Em seguida será analisado o caráter judicial do processo de prestação de contas partidárias e a execução de suas decisões, buscando identificar se as decisões proferidas pela Justiça Eleitoral nessa classe processual caracterizam títulos executivos judiciais.

Por fim, o estudo examina o rito da execução nos processos de prestação de contas de partidos políticos tal como estabelecido na Justiça Eleitoral, buscando examinar se o rito amolda-se àquele fixado pelas regras processuais civis para a execução dos títulos judiciais.

Para este estudo será utilizado o método de abordagem dedutivo e os procedimentos aplicados na investigação envolverão análises doutrinárias, jurisprudenciais e formais.

2. O direito processual civil e o direito eleitoral

A relação entre o Direito processual civil e o Direito eleitoral de há muito está solidamente estabelecida, em um nível de subsidiariedade consolidado na jurisprudência eleitoral.

De qualquer sorte, o novel Código de Processo Civil espancou, em definitivo, quaisquer dúvidas que pudesse assaltar os operadores do direito a esse respeito, ao prever expressamente, *litteris*:

Art. 15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

É como se houvesse, a partir daí, o reconhecimento formal de um sistema normativo geral, supletivo e de caráter subsidiário, representado pelo Código de Processo Civil para outros ramos do direito, dentre eles o eleitoral (TUCCI, 2017, p. 32).

A doutrina também já era pacífica a respeito da aplicabilidade das regras do direito processual civil no processamento e julgamento de ações eleitorais, consoante é possível colher da lição de Alvim (2016, p. 35).

A relação supletiva e subsidiária entre o Direito processual civil e o Direito eleitoral é objeto de reflexão também por Paulo Cézar Carneiro (*apud* KOZIKOSKI, 2016, p. 400), que afirma: “a primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo instituto”.

Neste aspecto também é elucidativo o julgamento do RESPE 23-25, pelo Tribunal Superior Eleitoral, do qual se extrai do voto do Ministro Marco Aurélio:

O Código Eleitoral não é exaustivo quanto às normas instrumentais. Por isso, ante o critério da especialidade, a prevalência do que nele se contém, abre-se margem à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, desde que as regras respectivas não se mostrem conflitantes com o sistema processual eleitoral.

A matéria restou pacificada no âmbito da Justiça Eleitoral com a edição da Resolução n. 23.478/2016, que cuidou de estabelecer as diretrizes gerais para a aplicação do novo Código de Processo Civil no âmbito da Justiça Eleitoral, ainda que a norma tenha se restringido a dispor de forma genérica e sem nível de detalhamento muito específico a respeito da matéria.

O art. 2º da aludida resolução é lapidar a respeito do que ora se discute:

Art. 2º Em razão da especialidade da matéria, as ações, os procedimentos e os recursos eleitorais permanecem regidos pelas normas específicas previstas na legislação eleitoral e nas instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

Parágrafo único. A aplicação das regras do Novo Código de Processo Civil tem caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, desde que haja compatibilidade sistêmica.

Nada dispôs a norma eleitoral especificamente a respeito da aplicação das regras processuais civis à execução de decisões no âmbito da Justiça Eleitoral.

3. O caráter judicial do processo de prestação de contas partidárias e a execução de suas decisões

À Justiça Eleitoral compete decidir sobre a regularidade das contas prestadas por partidos políticos, a teor do que prescreve o art. 34 da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995).

O julgamento de regularidade das contas de partidos políticos pela Justiça Eleitoral, já desde a reforma eleitoral de 2009, adquiriu a feição judicial. Até então, referidos processos, embora julgados por Juízes ou Tribunais Eleitorais, conforme a competência originária, eram reconhecidos pela Justiça Eleitoral como processos de natureza administrativa.

Das decisões proferidas nesses feitos, ressalte-se, era comum a apresentação de pedidos de reconsideração, dos quais derivavam novos julgamentos, esses também passíveis de reconsideração, em um círculo de decisões que tendia ao infinito ou, na prática, ao saneamento de todas as irregularidades detectadas em tais contas, quando enfim o partido político conformava-se com o julgamento proferido.

Do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, ressalta evidente a natureza judicial de tais processos, referida expressamente em dispositivos legais que tratam do trânsito em julgado da decisão. Dispõe a Lei 9.096/1995:

Art. 28. O Tribunal Superior Eleitoral, **após trânsito em julgado de decisão**, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado:

- I – ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira;
- II – estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros;
- III – não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral;
- IV – que mantém organização paramilitar.

§ 1º A decisão judicial a que se refere este artigo deve ser precedida de processo regular, que assegure ampla defesa. (Grifou-se)

E apenas para traçar um paralelo, examine-se a natureza das sanções previstas na Lei 9.096/1995, em seus arts. 36 e 37, para as prestações de contas anuais dos partidos políticos:

Art. 36. Constatada a violação de normas legais ou estatutárias, ficará o partido sujeito às seguintes sanções:

I - no caso de recursos de origem não mencionada ou esclarecida, fica suspenso o recebimento das quotas do fundo partidário até que o esclarecimento seja aceito pela Justiça Eleitoral;

II - no caso de recebimento de recursos mencionados no art. 31, fica suspensa a participação no fundo partidário por um ano;

III - no caso de recebimento de doações cujo valor ultrapasse os limites previstos no art. 39, § 4º, fica suspensa por dois anos a participação no fundo partidário e será aplicada ao partido multa correspondente ao valor que exceder aos limites fixados.

Art. 37. A desaprovação das contas do partido implicará exclusivamente a sanção de devolução da importância apontada como irregular, acrescida de multa de até 20% (vinte por cento).

[...]

§ 2º A sanção a que se refere o caput será aplicada exclusivamente à esfera partidária responsável pela irregularidade, não suspensando o registro ou a anotação de seus órgãos de direção partidária nem tornando devedores ou inadimplentes os respectivos responsáveis partidários.

§ 3º A sanção a que se refere o caput deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de um a doze meses, e o pagamento deverá ser feito por meio de desconto nos futuros repasses de cotas do Fundo Partidário, desde que a prestação de contas seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, em até cinco anos de sua apresentação.

§ 4º Da decisão que desaprovar total ou parcialmente a prestação de contas dos órgãos partidários caberá recurso para os Tribunais Regionais Eleitorais ou para o Tribunal Superior Eleitoral, conforme o caso, o qual deverá ser recebido com efeito suspensivo. [...]

Conforme é possível asserir dos dispositivos legais acima, em sua maciça maioria, as penalidades aplicáveis aos partidos políticos por desaprovação de contas referem-se à suspensão de quotas do Fundo Partidário, por período predefinido, o que até a última reforma eleitoral operada pela Lei n. 13.165/2015 verificava-se ser, em regra, de um ano. Depois da aludida reforma eleitoral, grande parte das sanções que não possuem causas específicas derivadas do art. 36 implicam exclusivamente na devolução de recursos.

Ora, a mesma Lei dispõe a respeito da distribuição das quotas do Fundo Partidário, de forma que, estando suspenso a determinado partido político o recebimento, com perda, das quotas do Fundo Partidário, o *quantum* que lhe caberia inicialmente passa a compor o montante global que será redistribuído aos demais.

A não se alcançar o trânsito em julgado da decisão que fixou a penalidade, não apenas a suspensão da quota do Fundo Partidário ao partido apenado poderia não se verificar (pela eventual apresentação de pedido de reconsideração, v.g.), como também as quotas dos demais partidos políticos podem ser revistas a qualquer tempo (pela eventual reforma da decisão que aplicou a sanção ao partido penalizado, a tempo incerto). De registrar-se que os recursos recebidos pelos demais partidos políticos podem ter sido – e provavelmente serão – utilizados; de sua utilização pode ter havido prestação de contas, aprovada, ou não, pela Justiça Eleitoral, de sua eventual não aprovação ter resultado aplicação de sanção, ou seja, um universo de possibilidades jurídicas pode ter se concretizado.

Outro aspecto de suma importância a observar é o de que o partido político, uma vez constituído, não interrompe suas atividades. Ou seja, ao partido político é preciso assegurar que sobre os valores relativos a dado exercício sobre os quais a Justiça Eleitoral já se manifestou não haverá novo pronunciamento, a tempo incerto, pois de tal providência poderá resultar a alteração contábil e financeira de exercícios seguintes, talvez também já encerrados e sobre os quais também haja recaído a aplicação de alguma sanção.

Assim, tratando-se as contas partidárias de procedimento contínuo, derivado do registro dos atos e fatos da vida partidária que se perpetuam no tempo, o julgamento das contas de um ano interfere sobremaneira sobre as contas do outro, posto que há continuidade contábil na escrituração, o que obriga à imutabilidade da decisão proferida, sob pena de comprometer-se a base, o fundamento das contas do ano seguinte, afetando-lhes gravemente a consistência e a confiabilidade.

É indispensável, pois, o trânsito em julgado em matéria de prestação de contas, amplamente demonstrado no que se refere às contas anuais dos partidos políticos. Foi a reforma eleitoral de 2009, contudo, operada pela Lei nº 12.034/2009, que pôs fim à celeuma de reconhecer-se a natureza judicial dessas decisões, ao afirmar, no mesmo art. 37, § 6º: “O exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional.”

Desnecessário dizer, também, a respeito da aplicabilidade às decisões que julgam as contas prestadas à Justiça Eleitoral das disposições do Código Eleitoral, em seus arts. 276 e 281, *verbis*:

Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

I – especial:

- a) quando forem proferidas contra expressa disposição de lei;
- b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

II – ordinário:

- a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais;
- b) quando denegarem habeas corpus ou mandado de segurança.

§ 1º É de 3 (três) dias o prazo para a interposição do recurso, contado da publicação da decisão nos casos dos números I, letras a e b e II, letra b e da sessão da diplomação no caso do número II, letra a.

§ 2º Sempre que o Tribunal Regional determinar a realização de novas eleições, o prazo para a interposição dos recursos, no caso do número II, a, contar-se-á da sessão em que, feita a apuração das sessões renovadas, for proclamado o resultado das eleições suplementares.

[...]

Art. 281. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias.

§ 1º Juntada a petição nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, os autos serão conclusos ao presidente do Tribunal, que, no mesmo prazo, proferirá despacho fundamentado, admitindo ou não o recurso.

§ 2º Admitido o recurso será aberta vista dos autos ao recorrido para que, dentro de 3 (três) dias, apresente as suas razões.

§ 3º Findo esse prazo os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Assentado, pois o caráter judicial das decisões que julgam a prestação de contas dos partidos políticos, por longos anos processadas como se administrativas fossem.

Ora, se judiciais as decisões proferidas, judicial também deve ser a sua execução, já que a decisão em processo que julga contas e condena o seu prestador a recolher recursos à União nada mais é do que verdadeiro título executivo judicial, aos moldes do que prevê o art. 515, I, do Código de Processo Civil, que prevê constituírem títulos executivos judiciais “as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;”.

Mutatis mutandis, considerando-se a aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais civis ao processamento dos feitos eleitorais, a decisão que condena o prestador de contas a recolher recursos à União amolda-se à hipótese fática que caracteriza o título executivo judicial.

No ensinamento de Tucci (2017, p. 841-842), o inciso I do art. 515 do Código de Processo Civil, antes referido, abarca pronunciamentos jurisdicionais distintos, de naturezas também diversas, ou seja, cível, penal, contenciosa, voluntária, decorrentes seja de atividade eminentemente judicial (e, portanto, pública) quanto privada, de que é exemplo a hipótese da arbitragem. Também contempla os pronunciamentos nacionais ou estrangeiros aos quais se atribua força executiva e que se submetem ao novo regime que se denominou cumprimento de sentença.

Não restando dúvidas, pois, acerca da natureza da decisão proferida em processos de prestação de contas de partidos políticos – judicial – e constituindo referida decisão, por força do que dispõe o art. 515, I, do Código de Processo Civil, em verdadeiro título executivo judicial, certo é que a forma de execução cabível prevista no mesmo diploma processual é o cumprimento de sentença nos próprios autos, previsto no art. 523 do mesmo diploma legal.

4. A execução nos processos de prestação de contas de partidos políticos na justiça eleitoral

No âmbito da Justiça Eleitoral, contudo, é a Resolução TSE n. 23.546/2017 que hodiernamente regulamenta a execução nos processos de prestação de contas de partidos políticos.

Prevê referida norma em capítulo específico (Capítulo X – Da execução das decisões) o rito que ora se examina, o qual, para maior clareza do estudo, será fracionado em fases específicas.

Inicialmente, a norma prevê uma fase de comunicação às instâncias partidárias da decisão que condena o partido à perda de quotas do Fundo Partidário, consoante dispõe o art. 60 da referida norma, *in litteris*:

Art. 60. Transitada em julgado a decisão que julgar as contas do órgão partidário ou regularizar a situação do órgão partidário:

I – a Secretaria Judiciária do Tribunal ou o Cartório Eleitoral, nos casos de prestação de contas dos órgãos de qualquer esfera, deve proceder de acordo com os termos da decisão transitada em julgado e, quando for o caso, deve:

a) notificar os órgãos nacional e estaduais do partido sobre o inteiro teor da decisão; e

Referida notificação, sempre regularmente procedida após o trânsito em julgado da decisão, tem por único e essencial objetivo evitar que as instâncias superiores acabem por descumprir a sanção aplicada ao partido político cujas contas foram julgadas, repassando quotas do Fundo Partidário em período atingido pela sanção. Cumpre a função, pois, de publicidade eficaz da decisão proferida, sob pena de configurar-se o seu absoluto descumprimento.

Ato contínuo, prevê o mesmo dispositivo, que deva a unidade cartorária da Justiça Eleitoral:

b) intimar o devedor e/ou devedores solidários na pessoa de seus advogados para que providenciem o recolhimento ao Tesouro Nacional, no prazo de quinze dias, dos valores determinados na decisão judicial, sob pena de ser inscrito no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (Cadin);

E aqui já é possível registrar que a execução judicial da decisão proferida passa a percorrer caminho diverso daquele fixado para essa espécie de título prevista no Código de Processo Civil, prevendo-se a inserção do rito de inscrição no CADIN, instituído pela Lei n. 10.522/2002, caso os devedores não recolham os valores determinados na decisão judicial, no prazo de quinze dias.

Ora, segundo dispõe a mesma Lei, o CADIN nada mais é do que um cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal, cuja principal função é impedir a realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos, a concessão de incentivos fiscais e financeiros e a celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos (art. 6º).

Ou seja, medida eminentemente administrativa, cujo interesse é a formação de banco de credores da União, passa a ser instrumento de coerção ao pagamento dos valores objeto da condenação judicial.

E prossegue o mesmo art. 60 da Resolução TSE n. 23.546/2017, determinando providências adicionais à unidade cartorária da Justiça Eleitoral:

II – na hipótese de prestação de contas dos órgãos nacionais, a Secretaria Judiciária do TSE, além das providências previstas no inciso I, e quando houver determinação expressa na decisão, deve:

- a) proceder à comunicação do teor da decisão à Secretaria de Administração do TSE, na hipótese de julgamento de contas do órgão nacional do partido que resultem na sanção de desconto aplicado a novas cotas do Fundo Partidário;
- b) encaminhar à Secretaria da RFB [Secretaria da Receita Federal do Brasil] cópia do inteiro teor do processo, para as providências tributárias que forem cabíveis; e
- c) disponibilizar o processo à Procuradoria-Geral Eleitoral nas hipóteses previstas nesta resolução.

Nesta hipótese, observa-se nitidamente, na alínea “a”, também a intenção de que as quotas do Fundo Partidário repassadas ao diretório nacional pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral sofram a restrição imposta na decisão judicial. A esse respeito, é importante ressaltar que a distribuição de recursos do Fundo Partidário ocorre diretamente pelo Tribunal Superior Eleitoral aos diretórios nacionais. Estes, por sua vez, distribuem (ou não) referidos recursos às instâncias inferiores observando regras próprias, definidas em seus próprios estatutos. Cuidar-se aqui de matéria *interna corporis*, em que a Justiça Eleitoral não interfere¹. Daí a importância de que nas contas dos diretórios nacionais, havendo sanção que restrinja o recebimento das quotas, a própria unidade administrativa do Tribunal Superior Eleitoral encarregada da distribuição seja científica da aplicação da sanção para que possa lhe dar operacionalidade.

Já os encaminhamentos de cópias dos autos à Secretaria da Receita Federal e à Procuradoria-Geral Eleitoral atendem a propósitos distintos. O encaminhamento à Secretaria da Receita Federal tem por objetivo averiguar infrações de natureza tributária, inclusive aquelas de maior gravidade, previstas no art. 14 do Código Tributário Nacional, especialmente na alínea III, que prevê que a imunidade tributária depende da manutenção da escrituração de receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão, circunstância que pode ter sido apurada no processo de contas julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

De recordar-se que a imunidade tributária concedida aos partidos políticos decorre do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, que dispõe:

¹ Mas que, sem dúvida, acaba por produzir uma distribuição desigual de recursos públicos e, no mais das vezes, concentrada nos órgãos nacionais dos partidos políticos.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre: [...]

c) **patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos**, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; [...] (Grifou-se)

Por sua vez, o encaminhamento dos autos à Procuradoria Geral Eleitoral decorre de providências específicas determinadas na Resolução TSE n. 23.546/2017, com destaque para o processamento tendente a cancelar o registro civil e do estatuto do partido político que infringir o disposto no art. 28 da Lei dos Partidos Políticos, *litteris*:

Art. 28. O Tribunal Superior Eleitoral, após trânsito em julgado de decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado:
 I - ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira;
 II - estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros;
 III - não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral;
 IV - que mantém organização paramilitar.

Realizadas as intimações e encaminhamentos descritos nos incisos anteriores, o mesmo art. 60 da Resolução TSE n. 23.546/2017 determina ainda a adoção dos seguintes procedimentos:

III – na hipótese de prestação de contas dos órgãos regionais ou municipais, a Secretaria Judiciária dos TREs [Tribunais Regionais Eleitorais] ou os cartórios eleitorais, conforme o caso, além das providências previstas no inciso I deste artigo, devem:

- a) intimar o órgão partidário hierarquicamente superior para:
 - 1. proceder, até o limite da sanção, ao desconto e retenção dos recursos provenientes do Fundo Partidário destinados ao órgão sancionado, de acordo com as regras e critérios de que trata o inciso II do art. 3º desta resolução;
 - 2. destinar a quantia retida à conta única do Tesouro Nacional;
 - 3. juntar ao processo da prestação de contas a respectiva Guia de Recolhimento da União (GRU), na forma prevista na decisão; ou
 - 4. informar, quanto ao processo da prestação de contas e no prazo máximo de 15 (quinze) dias, a inexistência ou insuficiência de repasses destinados ao órgão partidário sancionado.
- b) intimar, na pessoa do advogado, apenas na hipótese de ser recebida a informação de que trata o item 4 da alínea “a” deste inciso, o órgão partidário sancionado para que promova o pagamento do valor devido nos termos da decisão transitada em julgado.

Veja-se que o rito determinado pela norma eleitoral determina, uma vez mais, que haja intimação, agora ao órgão partidário hierarquicamente superior, para que promova o desconto dos valores do Fundo Partidário objeto de sanção, retendo-os e recolhendo-os ao Tesouro Nacional, fazendo prova desse recolhimento.

Não havendo recursos a repassar à instância partidária infratora, determina a norma que deva ser intimado diretamente o infrator para promover o pagamento dos valores devidos.

Ou seja, uma série de medidas de natureza administrativa e distintas daquelas previstas no Código de Processo Civil é determinada diretamente no rito processual eleitoral de execução, o que lhe dá feição mista e alongada, o que à natureza judicial da decisão não se amolda. Antes, se providências indispensáveis à própria decisão, poderiam e deveriam estar contidas diretamente na sentença ou acórdão, deixando à etapa da execução os procedimentos próprios à efetivação do direito objeto da decisão proferida.

A norma prevê ainda a respeito da incidência de atualização monetária e juros moratórios, estes calculados com base na taxa aplicável aos créditos da Fazenda Pública, sobre os valores a serem recolhidos ao Tesouro Nacional, desde a data da ocorrência do fato gerador até a do efetivo recolhimento, ressalvando hipótese de determinação de forma diversa na decisão judicial (§ 1º).

Disciplina, ainda, detalhadamente sobre os procedimentos a serem observados em hipótese de requerido o parcelamento dos valores a recolher, estes requeridos à Presidência do Tribunal:

§ 4º Na hipótese de parcelamento das sanções previstas nesta resolução, devem ser observados os seguintes procedimentos:

I - o parcelamento poderá ocorrer em até sessenta meses, salvo se o valor da parcela ultrapassar o limite de 2% (dois por cento) do repasse mensal do Fundo Partidário, hipótese em que poderá estender-se por prazo superior, de modo que as parcelas não ultrapassem o referido limite.

II – o valor de cada parcela mensal deve ser acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da publicação da decisão até o mês anterior ao do pagamento, acrescido de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado (Art. 406 da Lei nº 10.406/2002 e art. 13 da Lei nº 10.522/2002).

III – após a realização do pagamento de cada parcela, o órgão que proceder ao desconto ou o devedor que efetuar o seu pagamento deve encaminhar cópia do comprovante de pagamento mediante requerimento dirigido à autoridade judicial que será juntada no processo da prestação de contas.

IV – incumbe à Secretaria Judiciária nos tribunais eleitorais ou ao chefe de cartório nas zonas eleitorais, o acompanhamento quanto aos prazos para pagamento das parcelas e a certificação de seu pagamento.

V – a falta de pagamento de 3 (três) parcelas, consecutivas ou não, deve ser certificada no processo da prestação de contas e comunicada à autoridade judicial para decisão sobre a imediata rescisão do parcelamento e o prosseguimento da cobrança, nos termos do art. 61 desta resolução. [...]

Veja-se, pois, que é longo o caminho a percorrer até que a norma finalmente disponha, em seu art. 61, sobre o encaminhamento de cópia dos autos à Advocacia-Geral da União para que este órgão, competente para representar a União, aí então promova as medidas que visem à execução do título judicial, mediante a apresentação de petição de cumprimento de sentença, agora sim nos termos do Código de Processo Civil. É o que se observa da leitura do art. 61:

Art. 61. Transcorrido o prazo previsto na alínea b do inciso I do *caput* art. 60, sem que tenham sido recolhidos os valores devidos, a Secretaria Judiciária do Tribunal ou o Cartório Eleitoral deve encaminhar cópia digital do processo à Advocacia-Geral da União (AGU), para que promova as medidas cabíveis visando à execução do título judicial, mediante a apresentação de petição de cumprimento de sentença, nos termos do Código de Processo Civil (CPC).

§ 1º A AGU pode adotar medidas extrajudiciais para a cobrança do crédito previamente à instauração da fase de cumprimento de sentença, bem como propor a celebração de acordo com o devedor, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º Esgotadas as tentativas de cobrança extrajudicial do crédito, a AGU deve solicitar à Secretaria de Administração do Tribunal ou ao Cartório Eleitoral que proceda à inscrição do devedor e/ou devedores solidários no CADIN e apresentar petição de cumprimento de sentença ao juízo eleitoral, instruída com memória de cálculo atualizada.

Ainda assim, observa-se que o § 2º desse artigo determina que, esgotadas as tentativas extrajudiciais de cobrança e composição, seja solicitada a inscrição do devedor no CADIN.

E, por derradeiro, o art. 62 dispõe serem aplicáveis os procedimentos até aqui descritos nos incisos I e II do art. 60 e no art. 61 na hipótese de prestações de contas que tenham sido aprovadas com ressalvas, desde que aplicadas sanções que resultem na obrigação de recolher valores ao Tesouro Nacional.

Observa-se que o rito processual descrito no Código de Processo Civil para a execução de título judicial consistente em condenação em quantia certa, conforme a exata hipótese da execução das decisões que ora se examina, é objetivo, célere e simplificado, nos termos que dispõe o art. 523, *litteris*:

Art. 523 - No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º - Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º - Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º - Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

A respeito do art. 523 do Código de Processo Civil, ensina Marinoni *et al* (2016, p. 627)

O cumprimento de prestação pecuniária pode dar-se por expropriação patrimonial (art. 523 e ss., CPC) ou por emprego de técnicas de indução ou de sub-rogação (art. 139, IV, CPC). Compete ao juiz, avaliando as circunstâncias do caso concreto, estabelecer o regime a ser observado, tudo de forma minuciosamente justificada. Somente quando imposto o adimplemento da prestação sob regime de expropriação é que tem incidência o art. 513, § 1º, CPC e as técnicas do art. 523 e ss., CPC. Do contrário, incidirão os arts. 139, IV; 536 e 537; ou 538, CPC.

Parte-se, acertadamente, do pressuposto de que uma vez transitada em julgado a decisão que condenou a outra parte a, na hipótese em exame, pagar/recolher quantia certa, a obrigação de pagar o valor devido deve ocorrer sem demora.

Veja-se que o rito de execução imposto pela norma eleitoral é muito mais longo e demanda uma série de medidas de ordem administrativa que se entrelaçam àquelas de natureza judicial, de modo que a execução de decisão pacificada, que deveria ser célere, pode se alongar por prazo muito além daquele previsto no Código de Processo Civil.

O *modus operandi* da execução de natureza eleitoral nessa classe processual assemelha-se à execução judicial apenas no que se refere ao prazo fixado para que o devedor efetue o recolhimento dos valores devidos, que é de quinze dias e, muito depois da adoção de uma série de outras medidas, enfim, o cumprimento definitivo da sentença nos próprios autos.

É evidente que o novo Código de Processo Civil simplificou o processamento da execução, determinando que este se faça nos próprios autos da ação principal. Já os procedimentos de execução na Justiça Eleitoral demandam providências que ora são atribuídas ao dirigente máximo da instituição, ora à Advocacia Geral da União, entrelaçando procedimentos de comunicações as mais diversas e, ainda, o processamento de provável inclusão do devedor em cadastro de devedores da União, em uma simbiose de providências de cunho administrativo e de verdadeiros atos de execução judicial.

Uma vez existente o título executivo judicial, este é o bastante para a via executiva. Como ensina Liebman (1968, p.135), o título executório é, por si só, um ato jurídico dotado de eficácia constitutiva, isto porque ele próprio é fonte imediata e autônoma do ato de executar. Não há mais o que ser provado, uma vez obtido o título executivo, que, no caso em exame, a União obteve para si. Ele se basta para a execução.

Como ensina Donoso (2016), o que antes constituía um processo de execução de título executivo judicial passou a ser apenas e tão somente o cumprimento da própria decisão proferida. E a significativa alteração do novo Código de Processo Civil não se resumiu à terminologia, mas a um verdadeiro sistema em que as atividades satisfativas ocorrem sem intervalo, dentro da relação processual preexistente.

A simplificação da execução havida no processo civil não se verifica, contudo, no âmbito da Justiça Eleitoral que, habituada ao processamento administrativo de suas decisões na classe processual de prestação de contas, não lhe conferiu a necessária judicialização com a modernidade que o novo código de processo civil impôs.

5. Considerações finais

O Direito processual civil possui relação íntima com o Direito eleitoral, na medida em que se aplica aos processos de natureza eleitoral de forma supletiva e subsidiária. Dessa forma, ressalvando as especificidades advindas da própria natureza dos feitos eleitorais, a eles se aplicam as regras processuais civis.

As decisões proferidas em processos de prestação de contas de partidos políticos pela Justiça Eleitoral possuem natureza judicial, formando verdadeiros títulos executivos judiciais, os quais, contudo, são executados de forma mais complexa e distinta daqueles proferidos no âmbito processual civil.

O processamento da execução de decisões na Justiça Eleitoral, na classe processual de contas partidárias, revela ainda um misto de procedimentos administrativos e judiciais, que culmina por retirar parte das características de celeridade e objetividade buscadas pelo novel Código de Processo Civil.

É imperioso – para que se verifique a eficácia das decisões eleitorais proferidas e a eficiência da execução nessa classe de processos eleitorais – que o rito evolua para contemplar, exclusivamente, os procedimentos judiciais necessários à efetividade das decisões. A simbiose entre procedimentos administrativos e judiciais não contribui para que se alcance o fim almejado e demanda da Justiça Eleitoral o aperfeiçoamento de normas e de práticas que transportem também à execução das decisões proferidas em prestações de contas de partidos políticos a marca da celeridade que lhe é tão cara na função administrativa de organizar e realizar eleições.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Seção 1, p. 12.451

_____. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os artigos 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1995. Seção 1, p. 14.552.

_____. Lei 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jul. 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Lei 12.034, de 29 de setembro de 1997. Altera as Leis 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 2001. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.165, de 29.09.2015. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 2015. Seção 1, p. 1.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso especial eleitoral nº 23-25.2012.6.06.0106, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2012. **Publicado em Sessão**, 13 dez. 2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral. Resolução nº 23.478, de 10 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 15 jun. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Regulamenta o disposto no Título III – Das. Finanças e contabilidade dos partidos - da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Resolução nº 23.546, de 18 de dezembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 dez. 2017. p. 2-22.

DONOSO, Denis. Aglutinação das atividades cognitivas e executivas. Evolução da execução de Liebman ao Processo Civil do século XXI. Disponível em:
<<https://www.epd.edu.br/artigos/2010/08/aglutina-o-das-atividades-cognitivas-e-executivas-evolu-o-da-execu-o-de-liebman-ao-p>> Acesso em: 24 set. 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio, Embargos do executado – oposições de mérito no processo de execução. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

TAVARES, André Ramos *et al.* **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte : Fórum, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz (Org.). **Código de processo civil anotado**. Disponível em:
<http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/index.html> Acesso em: 18 set. 2017.

**A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NO ÂMBITO DA DECISÃO: O PÓS-
POSITIVISMO À BRASILEIRA E O PROBLEMA DA COMPREENSÃO DOS
PRINCÍPIOS (CONSTITUCIONAIS) COMO OS SUBSTITUTOS “NATURAIS” DOS
VELHOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO**

Leandro Corrêa de Oliveira

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Resumo

O Brasil ainda não recepcionou a viragem linguística filosófica, havendo uma equivocada compreensão dos princípios (constitucionais) que são tidos como os substitutos “naturais” dos velhos princípios gerais do direito. Assim, mais do que apostar na ideia de que uma adequada metodologia permite alcançar a certeza na aplicação do direito, os tornam-se recursos semântico-pragmáticos, construídos a partir de uma subjetividade assujeitadora. Com o presente artigo, busca-se demonstrar que a fundamentação das decisões deve ser algo mais do que um mecanismo formal de validação, ou seja, um elemento normativo de legitimação democrática, que vincula ao caso concreto a decisão constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Democracia, Pós-positivismo, Princípios, Estado de Direito, Teoria da Decisão.

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil still did not receive the philosophical linguistic turn allocating the (constitutional) principles as the “natural” substitutes of the old general principles of the law. It takes place a model that, more than betting in the idea that an appropriate methodology allows to reach the certainty in the application of the law, has the principles as semantic-pragmatic resources, starting from an anti-personifier subjectivity. With this paper, it is looked for demonstrating that the basis of the decisions should be something more than a formal mechanism of validation or a locus for adjudicator discourses. It is a normative element of democratic legitimation, which links to the concrete case the constitutionally appropriate decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy; Postpositivism; Rule of law; Decision theory.

1. Introdução

Em tempos de *neoconstitucionalismo*¹, percebe-se a emergência de textos constitucionais com lócus privilegiado na luta pela implementação de uma substancialidade condicionante, que tenciona conformar e orientar as ações e deliberações do Estado e da sociedade, com reflexos nos âmbitos individual e privado. Há uma direção à materialidade, não sendo raras as visões que têm no direito um instrumento de transformação social, sendo inegável que a Constituição brasileira não se apresenta como um texto formal ou neutro. Ao contrário, é conteudística, como se percebe em diversos de seus dispositivos².

Os objetivos socializantes³ da Constituição fazem com que discursos morais e políticos, que antes se situavam para fora do direito (pois não eram assunto para este), venham a se situar dentro dele (tornando-se direito), sendo a Constituição um documento de aplicação prática, aberto à sociedade e, pelas suas próprias características, dotado de forte carga principiológica. Não é por acaso que o novo constitucionalismo se transformou em um campo fértil para as mais diversas teorias que fossem capazes de responder a complexidades do fenômeno jurídico, como a decisão por princípios e a superação do modelo de regras e suas insuficiências ônticas, a solução dos casos difíceis e a busca pela efetividade dos textos constitucionais.

Fora de dúvidas que a Constituição não se resigna em ser um instrumento de governo; ao contrário, sua diretividade pressupõe uma vinculação do programa de governo ao programa da Constituição, não sendo, portanto, estranho, uma vez que o texto tem força normativa, conceber que a concretização de tal materialidade passe pelo Judiciário. Para tanto, basta notar o crescente número de demandas que objetivam a implementação de direitos sociais, com base nos

¹ Não se pretende, aqui, estabelecer as concepções possíveis (ou as críticas) para esse termo. Objetiva-se, de maneira mais simples, identificar o fenômeno como uma alternativa ao juspositivismo e ao jusnaturalismo, em busca de uma terceira posição.

² São exemplos: os direitos à moradia (art. 6º) e à saúde (arts. 6º e 196), as medidas protetivas do trabalho (art. 7º), a prescrição da aplicação de percentuais da receita corrente líquida da União, estados, Distrito Federal e municípios no desenvolvimento do ensino (art. 212), sem contar os grandes objetivos do art. 3º, de promover uma sociedade livre, justa, igual e solidária, bem como de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais e regionais (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

³ A utilização da expressão, aqui, deve ser vista de maneira um pouco diferente daquela representada pela ideia de Constituição dirigente, a que se referia Canotilho em sua tese de doutoramento defendida, em 1980, na Faculdade de Direito de Coimbra, que tinha como foco a Constituição portuguesa de 1976, a qual estabelecia um programa de transformação da sociedade numa sociedade sem classes (uma Constituição Revolucionária) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 1980. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1980). Bem diversa, neste aspecto, a diretividade adotada pela Constituição brasileira de 1988.

mecanismos de acesso à justiça, ou seja, não detém mais o Judiciário um papel neutralizado e limitado à arbitragem dos conflitos privados.

Todavia, o constitucionalismo contemporâneo não encerra uma doutrina que aposte nos juízes como os verdadeiros senhores do direito, pois se, de um lado, cabe ao Judiciário a função de intérprete privilegiado, não poderá, de outro, comprometer os alicerces da democracia representativa. De qualquer modo, o fenômeno exprime profundas transformações nos campos jurídico e político-institucional, na medida em que o Estado-juiz mais ativo (participativo) também pode representar um momento importante da legitimidade do discurso e da decisão, podendo tomar decisões contramajoritárias, que fujam ou se oponham ao consenso (ou ao senso comum), para implementar a *wille Zur verfassung*.

O cânones da separação dos poderes, tal como compreendido na cultura jurídico-política dos países da tradição do *Civil Law*, é revisto, haja vista que, aqui, a tensão surgida não pode ser desconsiderada. Numa palavra, pode-se dizer que os tribunais, a pretexto de concretizar a Constituição, não podem (e não devem) se tornar legisladores, do mesmo modo que omissões (ou incursões) injustificadas do plano majoritário não podem comprometer a materialidade constitucional, cuja concretização também passa pela decisão dos órgãos jurisdicionais. Todavia, o interpretar/aplicar ainda não se ajustou à Constituição, que incorpora, em seu texto, uma moral coletiva, produzida no âmbito de um agir comunicativo, conforme assinala Habermas (2003, p. 18).

Reside aí o cerne da crise paradigmática da interpretação e aplicação do direito nestes tempos; um problema jusfilosófico em que, a pretexto de se concretizar o novo, acaba-se por transportar de maneira equivocada um superado modo de interpretar, fundado na discretionary, com efeitos deletérios para a efetividade do ordenamento jurídico constitucionalizado.

O direito certamente não é somente aquilo que os tribunais dizem, mas, com certeza, aquilo que dizem os tribunais implica a sustentação de um ordenamento jurídico pautado pelos direitos fundamentais e pela democracia. Por sua vez, a prática jurídica brasileira relativa ao “como” se decide implica, num outro plano, a constatação de que o positivismo jurídico ainda não foi superado e as teorias que pretendem fazê-lo não foram bem compreendidas, bastando notar a dificuldade do entendimento do que vem a ser a norma jurídica, a problemática distinção entre princípios e regras, e a insistência na separação entre questões de fato e questões do direito.

No pós-positivismo à brasileira, os argumentos de moral e política (valores) pretendem corrigir o sistema a partir do sistema e os princípios, na contracorrente da viragem linguística,

acabam por se tornar verdadeiras categorias semântico-pragmáticas, cujas consequências mais perceptíveis são o agravamento do protagonismo judicial e a utilização de discursos adjudicadores para um certo constitucionalismo de eficácia, com a sobreposição do mundo vivido por um mundo criado abstratamente por uma racionalidade assujeitadora, que se desprende da faticidade (visto que fatos não mais existem, só interpretação, para alguns) e que, não raro, (so)nega ao direito fundamental as respostas corretas (e coerentes) em direito.

Nesse contexto, o presente trabalho busca demonstrar que a fundamentação do dever (e direito) acaba por se tornar um expediente formal de validação das decisões, subsistindo ainda a “vontade de poder”, quando, na verdade, deveria estabelecer normativamente um imperativo democrático que advém da soberania popular, também um elemento normativo de legitimação, que tem, na decisão constitucionalmente adequada, a necessária prestação de contas (*accountability*) dos tribunais ao povo.

2. Constituição, Gerações Passadas e Futuras: a Superação do Aparente Paradoxo entre Soberania Popular e Estado de Direito

A indagação habermasiana acerca de como estabelecer a relação entre o princípio democrático e o Estado de Direito (ou de como conciliar liberdades concebidas segundo uma ótica liberal com um poder legitimado sobre as bases da democracia popular) (HABERMAS, 2003) nos permite inferir que há, aí, uma amarração de elementos contraditórios: de um lado, a existência de um direito positivo, estruturado de forma individualista por um legislador que opera no seu âmbito legítimo de argumentação (o Parlamento, onde as leis são expressões da vontade geral), e, de outro, uma limitação à autodeterminação soberana do povo.

Desse modo, o direito, mediador da tensão entre faticidade e validade, como condição necessária para a sua realização prática, deve ser a expressão da vontade de todos os cidadãos, ao mesmo tempo que todos os cidadãos se sintam responsáveis pelo direito. Noutros termos: só há legitimidade se todos os cidadãos forem, ao mesmo tempo, autores e destinatários do seu direito (SIMIONI, 2007). Logo, a condição de possibilidade para uma regulação jurídica legítima é a atribuição de direitos entre os cidadãos, o que se dá por leis gerais e abstratas, que desoneram os indivíduos do peso das questões atinentes às normas morais (HABERMAS, 2003). Tem-se, a partir daí a impressão de que a conquista da legitimidade do direito só ocorre pelo processo legislativo, que, por sua vez, legitima-se na soberania popular. Mas, se a soberania se apresenta como a fonte de toda a legitimidade, haveria então algum outro elemento que fundamentasse a

soberania? A vontade da maioria seria uma resposta? Tomando essa tese, poder-se-ia conceber tal vontade (sempre correta, de matriz rousseauiana) como algo incompatível com a própria noção de Constituição e seu caráter contramajoritário.

O paradoxo é evidente: uma tensão entre o princípio democrático e o Estado de Direito sobre como conciliar liberdades (concebidas segundo uma ótica liberal) com um poder legitimado sobre as bases da democracia popular. De fato, cada um dos cidadãos tem a liberdade subjetiva da participação política, mas como uma liberdade subjetiva (autonomia política) fica obrigada a confrontar-se com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, coaguladas no Estado de Direito?

Se, na visão clássica da República, as leis são expressões da vontade ilimitada dos cidadãos, o exercício do poder no Estado de Direito parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo (HABERMAS, 2003). A superação do paradoxo dá-se, então, pela noção de que o Estado de Direito é o resultado de processos deliberativos numa associação autônoma de participantes do direito, livres e iguais, com a possibilidade da discussão do *regresso* como expressão compreensível de um caráter de Constituição dos Estados Democráticos de Direito.

Esse olhar retrospectivo permite ver que a noção de Constituição é também um processo de aprendizagem, ligado à interpretação da história constitucional, segundo a qual todas as gerações fazem parte de um projeto comum, que perdura através dos séculos por meio de uma compreensão racional dos textos da Constituição. Esse é o chamado “sentido performativo” (HABERMAS, 2003, p. 160)” intuitivo a cada cidadão de uma comunidade política, que pode: (1) referir-se criticamente aos textos e decisões das gerações fundadoras e dos sucessores; e (2) examiná-los criticamente, na perspectiva dos fundadores, para verificar se as práticas da atualidade produzem as condições necessárias para que se gere legitimidade.

O direito, assim como a moral, legitima-se na proteção simétrica de cada um, de modo que nenhum indivíduo é livre enquanto existir uma única pessoa que não esteja gozando da mesma liberdade. Assim, a obrigatoriedade das normas jurídicas não reside somente naquilo que é bom para todos, mas também nas decisões coletivamente obrigatórias daqueles que criam e aplicam o direito (divisão de papéis entre autores e destinatários). Os destinatários, desse modo, também se tornam autores – razão prática e exercício da autonomia privada e pública.

Dessa forma, a aparente relação paradoxal entre democracia e Estado de Direito resolve-se na história, quando se tem “a constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no processo evolutivo das gerações seguintes.” (HABERMAS, 2003). Se tal projeto une gerações passadas e futuras, é possível compreender (e aceitar, apesar das desconfianças de

Habermas quanto à jurisdição constitucional) o poder dos especialistas do direito, ainda que não legitimados pelas maioriais democráticas, para revogar decisões de um Legislativo eleito democraticamente, desde que, para tanto, as decisões dos tribunais sejam fundamentadas. Aliás, essa é a exigência do art. 93, IX, da Constituição da República.

3. A Construção dos Sentidos e Práticas Decisórias de um Modelo Ainda não Superado (ou de como interpretar não é um Ato de Vontade)

O direito não passou (e não passa) incólume pela ruptura paradigmática, que ultrapassa o arraigado domínio do esquema sujeito-objeto: o *positivismo jurídico*, que persiste nas concepções de mundo dos “operadores” do direito. As teorias positivistas veem o direito como um objeto a ser analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida, sendo esse “objeto” produto do próprio sujeito do conhecimento. A pretensão é oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguros para a produção do conhecimento científico para o direito, o que leva a uma apostila numa racionalidade teórica que afasta o contexto prático em prol de uma autônoma objetividade.

Justifica-se, assim, por que os fatos e conflitos sociais (a faticidade) não fazem parte das preocupações da teoria do direito. Não se vê, nessa perspectiva, a questão jurídica como provida de mundo⁴, ou seja, não há, na relação entre o direito (como ser no mundo) e os demais entes, um horizonte. O mundo não é algo dado, que se opõe ao *Dasein*, mas sim um fenômeno constitutivo do *ser* desse *ente*, junto aos entes que lhe vêm ao encontro.

Ele (*Dasein*) estrutura-se a partir do projetar-se, abrindo uma perspectiva na qual pode ser visualizado. Há, pode-se dizer, toda uma inserção histórica e cultural desse novo constitucionalismo, que pode ser observado em seu todo relacional, o que significa que os “ramos” do direito “descobrem”-se em seu todo relacional constitucional. Há, portanto, uma impossibilidade de discursos de autoridade sem uma vinculação com o dever ao qual está vinculado o intérprete/aplicador. O direito, desse modo, adquire sentido na possibilidade do discurso sobre sua situação, que se constitui linguisticamente (cuidado/temporalidade/autenticidade).

⁴ O mundo, consoante Heidegger, deve estar pressuposto a partir de nossas colocações e interpretações, de modo que não é dado ao intérprete acessar o mundo por meio do conhecimento, uma vez que o mundo e “ser aí” aparecem juntos, por meio da ocupação deste com os entes que vêm ao seu encontro, de forma prática e não a partir de uma relação teórica com o mundo. (HEIDEGGER, 2009).

Reside em Kelsen (KELSEN, 1998) a armadilha da reificação do mundo da vida, pelo positivismo jurídico, colonizado por um discurso jurídico inautêntico, ainda preso a ontologias tradicionais, em que a consciência e a representação sempre chegam tarde. Mas é bom entender as razões do autor: ao desvincular o direito da moral, fê-lo por não acreditar na existência de uma moral absoluta, válida em todos os lugares e em todos os tempos, como parâmetro para a determinação dos conteúdos das normas jurídicas. Estava ele, pois, convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma crítica razão prática. Nesse sentido, a radical separação entre o direito e a moral tinha em conta a impossibilidade da existência de uma moral unicamente válida, absoluta, e o fato de que somente as normas jurídicas que coincidissem com essa moral única seriam consideradas direito.

Desse ponto de vista (do conhecimento científico), afasta-se a aceitação de que a construção do direito se dá sobre valores absolutos. Além disso, o relativismo moral desemboca na independência da validade da ordem jurídica positiva da validade das normas morais, cujos campos de aplicação são muito diferentes. Para Kelsen,

la exigencia, formulada, presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con ‘la moral’, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral.(KELSEN, 1995, p. 79-80)

Se havia uma razão epistemológica para tanto, decorre dessa concepção o problema da aplicação científica do direito. O jurista científico não deve identificar-se com nenhum valor jurídico, visto que a função da ciência jurídica consiste na descrição axiologicamente neutra de seu objeto e não em valorações ou considerações pretensamente legitimadoras. Deve, portanto, o jurista conhecer e descrever a ordem normativa, que não teria, por conta dessa pureza metodológica, de aprovar ou desaprovar seu objeto. Aliás, essa defesa kelseniana da separação entre o direito e a moral deve-se a duas importantes razões: uma de caráter metodológico científico (a pureza metodológica) e outra relativa a uma dada postura filosófico moral (o relativismo moral).

Ao final, essa opção epistemológica leva a uma diferenciação das interpretações realizadas pelos órgãos jurídicos e pelos cientistas. A interpretação dos órgãos jurídicos gira em torno da moldura da norma (que poderia ser até ultrapassada), sendo a interpretação um *ato de vontade*, enquanto a interpretação dos cientistas é um *ato de conhecimento*, que pergunta –

logicamente – pela validade dos enunciados jurídicos. É nesse segundo nível – o da interpretação dos cientistas do direito – que reside o cerne do paradigma da filosofia da consciência e, também, da discricionariedade positivista.

Conforme Kelsen,

tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, tendo um caráter de moldura a ser preenchida, de modo a deixar para aquele que aplica uma pluralidade de determinações a fazer, uma vez que as decisões dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, sequer podia prever. (KELSEN, 1998)

Ocorre que, afastando a razão prática e apostando na razão teórica, os positivistas do direito acabam por permitir um acentuado grau de discricionariedade, uma vez que a questão da razão prática tem domínio no campo da moral, sendo impossível cindi-la do mundo epistêmico (STRECK, 2009). Conforme assinala Muller,

a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido lingüisticamente não-unívoco (o problema da indeterminação do direito). (MULLER, 2007, p. 51-52)

Fica, assim, em segundo plano, o problema da interpretação (concretizadora) do direito (OLIVEIRA, 2008). Esse problema, em Hart (HART, 2009), apesar de suas preocupações em superar o positivismo normativista, não é resolvido. Com efeito, é esperado que os tribunais se comportem de forma regular, tanto que as regras, compreensíveis antes das atuações dos tribunais, moldam padrões jurídicos de conduta, pois, como resultante da conduta “x”, o indivíduo espera uma resposta “y”, baseada na forma como os tribunais normalmente decidem. Essa previsibilidade dos comportamentos e decisões dos juízes está calcada no fato de que eles próprios estão sujeitos (ou vinculados) a regras, o que resulta na previsibilidade de suas decisões. A própria passionalidade do juiz, natural a qualquer ser humano, é previsível, fazendo parte das regras gerais do “jogo”.

Todavia, as regras são incapazes de dar conta de todas as situações, de matizes incontáveis em sua concretude, o que faz da *textura aberta* uma necessidade para que o sistema funcione (as regras não são tudo o que deveriam ser em um paraíso de um formalista). O texto, diante das limitações da linguagem, não pretenderia nem poderia ter um caráter absoluto, deixando, assim, uma válvula de escape para os casos inusitados, uma *zona cinzenta* que surge da vagueza dos termos do texto. A discricionariedade do aplicador faz, destarte, prevalecer a

fundamentação do juiz sobre a aplicabilidade ou não da regra segundo o *espírito do jogo*, observados os usos já estabelecidos da linguagem. De fato, essa interpretação (discricionária) cabe aos tribunais, em razão da confiança (credibilidade) que decorre da atuação em casos em que não se têm dúvidas sobre a aplicação da regra (HART, 2009).

As regras, assim, seriam aplicadas por subsunção, ao passo que, nas lacunas, o aplicador estaria autorizado a aplicar os “princípios gerais do direito”, fenômeno denominado *vitória de Pirro da epistemologia*:

afastando a razão prática e apostando na razão teórica, os positivistas do direito acabaram ‘obrigados’ a permitir – como uma espécie de ‘compensação’ – esse ‘acentuado grau de discricionariedade para dar conta dessa, para eles incontornável questão: a razão prática tem guarida no domínio da moral e é impossível cindi-la do ‘mundo epistêmico’ da pureza das intenções [...]. (STRECK, 2009)

Numa palavra, o ato jurisdicional constitui um ato de vontade (uma manifestação da razão prática), que fica fora das possibilidades do conhecimento teórico. O modelo assenta-se na ideia de que uma adequada metodologia permite alcançar a certeza na aplicação do direito, mediante um processo/procedimento interpretativo que possibilita que o sujeito consiga alcançar o exato sentido da norma, o exclusivo conteúdo/sentido da lei, o verdadeiro significado (semântico) do vocabulário, o real sentido da regra jurídica etc.

Percebe-se, destarte, que esse método para controlar/alcançar o sentido decorre do próprio sujeito, como se fosse possível “isolar” o conteúdo a ser buscado do método controlador desse mesmo resultado. Esse pensar está arraigado no imaginário dos juristas, mediante a ideia recorrente de que o juiz não se subordina a nada a não ser ao “tribunal de sua razão”. Tal ideia, se levada ao extremo, implica a relativização da lei – aprovada no Parlamento segundo um critério democrático – para aquilo que os juízes pensam acerca da lei e, ao cabo, da própria democracia. (STRECK, 2010).

Com Dworkin, percebe-se que tal modelo implica um alto grau de incertezas e injustiças, apontando lacunas em que deveriam existir deveres legais que imprimiriam ao juiz uma determinada decisão. Por sua vez, Heidegger mostra que é equivocado pensar nas palavras como “fontes de essência de significados” (HEIDEGGER, 2009). Isso porque, com a viragem linguística ontológica, tem-se uma ruptura com o método, com o esquema que privilegiava a discricionariedade na interpretação do direito e que pressupunha uma separação entre o mundo fático e o mundo (metalinguístico) do direito. O sentido não é, pois, construído a partir de uma

racionalidade assujeitadora, mas se situa antes do problema do conhecimento, não podendo, assim, o processo lógico argumentativo acontecer sem a pré-compreensão⁵.

Desse modo, a dedução sempre chega tarde e depende de um sujeito e de um objeto, em que a linguagem é apenas um instrumento e o método passa a ser o momento máximo da subjetividade (STRECK, 2009). Por sua vez, é a incindibilidade entre o interpretar e o aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional metodológico, justificando-se a opção pela hermenêutica filosófica, uma vez que não há interpretação por etapas e a compreensão e a aplicação são incindíveis. O círculo hermenêutico, portanto, introduz o mundo prático (a faticidade) e serve para acabar com o intervalo provocado pela epistemologia, uma vez que não há como isolar a pré-compreensão que se antecipa a qualquer interpretação, em razão da indissociabilidade entre interpretar/aplicar/compreender (STRECK, 2009).

Nesse contexto, se a viragem linguística implica a morte do método em razão da morte do sujeito que “acessa” o mundo, pelo conhecimento é que se exige um maior controle da interpretação. Método não é sinônimo de racionalidade, assim como interpretar não é sinônimo de discricionariedade. Ao contrário, se interpretar é dar sentido, a concretização dos textos (sua transformação em normas) não depende da subjetividade assujeitadora do esquema sujeito-objeto, como se fosse um ato de vontade. Os sentidos, assim, não estão à disposição do intérprete, uma vez que as coisas existem, são e estão ao nosso redor, independentemente de nós.

As coisas encontram-se no mundo concreto, temporal e histórico, e se relacionam entre si e conosco de maneira igual, o que torna o conhecer um ato complexo, em que conhecemos as coisas e nós próprios, em um processo que não se dá de forma regrada, previsível e cercada de métodos que garantam seus resultados. Mais ainda, as verdades propostas pela razão moderna, perenes e imutáveis, não existem por si só nem nascem de um processo exclusivamente racional (STEIN, 2006).

Nesse sentido, a proposta da hermenêutica filosófica não é a construção de verdades por meio de assujeitamentos, mas a inserção do homem como ser no mundo, um mundo que existe em um tempo e um tempo que faz parte de uma história. No âmbito da validade, pois, não se

⁵ Elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano, mesmo na linguagem. A explicitação dessa dimensão ontológico-linguística irá tratar da linguagem não simplesmente como elemento lógico argumentativo, mas como um modo de explicitação que é sempre pressuposto aí onde lidamos com enunciados lógicos. Isso porque sempre operamos com uma estrutura de sentidos que antecipa o discurso e representa sua própria condição de possibilidade. Conclui-se, pois, e isso é inegável, que o elemento lógico analítico pressupõe sempre o elemento ontológico linguístico. Somos, assim, desde sempre, *seres no mundo*, o que implica dizer que já estamos “fora” de nós mesmos, relacionando-nos com as coisas e o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância, um espaço no interior do qual o sentido não está à nossa disposição.

cindem fato e direito (palavra e coisa), afinal, como algo pode “acontecer” sem a pré-compreensão? Fato e direito “acontecem” numa síntese, que somente ocorre concretamente na *applicatio* (uma vez que não se cinde conhecimento/interpretação/aplicação). Não se pode, todavia, confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico, de cunho ideal, que posteriormente passa a ser aplicada à realidade).

A síntese hermenêutica (entre o círculo hermenêutico e a diferença ontológica) dá-se, pois, na pré-compreensão do intérprete, que busca a integridade dos sentidos por meio da elaboração de juízos autênticos, que surgem somente a partir de nossa inserção em determinado (novo) paradigma. Direito, portanto, é integridade; une horizontes em um processo de (em) desenvolvimento, de ordem mais interpretativa que a do convencionalismo ou do pragmatismo, em que as antecipações de concepção não podem ser dominadas e apenas a ausência de integridade leva-nos ao estranhamento (ao choque hermenêutico).

Assim, a integridade, não prevalecendo *prima facie*, deixa que aconteça o que se antecipa, permitindo uma resposta correta que vai além da justiça e da equidade. Em Dworkin, tem-se a integridade entre o acontecer e o acontecido, mas, na verdade, nada há entre um e outro; de fato, a virtude está no estar aberto à integridade (DWORKIN, 2001). Ainda segundo o autor, tem-se a ideia de que o direito é uma prática legal, sendo ela a integridade (respeito à tradição autêntica), assumindo, assim, uma posição antirrelativista e superando tanto subjetivismos quanto objetivismos, pois sua prática é ditada por fatos preexistentes.

Não se pode, portanto, dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa; além disso, a interpretação não é um ato de vontade. A correção da decisão (ou a verdade) encontra-se, desse modo, na possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos, com a tradição como vetor de sentido para auferir a autenticidade. Sendo a tradição autêntica condição de possibilidade do exercício do círculo hermenêutico, o antirrelativismo hermenêutico funciona como uma barreira contra interpretações arbitrárias e decisionismos por parte dos tribunais. Esse modo de tratar a relação entre a teoria e a prática, aliás, passa a privilegiar a dimensão das vivências fáticas, (re)aparecendo o “mundo prático” num contexto intersubjetivo de fundamentação (STRECK, 2009).

O direito é, também, um fenômeno inserido na intersubjetividade racional (a razão hermenêutica), que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão; por isso, compreender o sentido (a compreensão do ser) não é mais uma consequência, mas o fundamento da própria razão. Não há, destarte, graus zeros de sentido, uma vez que este se situa antes do problema do conhecimento. Importante, nessa análise, verificar que,

já em Heidegger, a hermenêutica é deslocada em direção a uma nova ontologia, na qual o ser é pensado não na perspectiva de um ente absoluto e eterno, mas sim nas estruturas finitas e precárias da própria condição humana: a faticidade do *Dasein*, o modo de ser no mundo.

O problema do sentido, pois, situa-se antes do problema do conhecimento, de modo que os sentidos não estão à disposição de quem quer que seja. Nesse sentido, o objeto não pode ser pensado independentemente do modo como nos aparece. Numa palavra, ao intérprete não é dado “fabricar” seu objeto de conhecimento, da mesma forma que o “interpretar” é explicitar o compreendido (STRECK, 2009; 2010).

Esses dilemas permanecem na teoria do direito contemporânea, como se o positivismo fosse revitalizado por meio da chamada “positivação dos valores”, em que os princípios constitucionais seriam compreendidos como a continuidade dos velhos princípios gerais do direito, permitindo uma desmesurada criatividade do intérprete/aplicador, com sérios prejuízos para a democracia e para a própria autonomia do direito.

Nestes tempos de “densa principiologia” e de “textura aberta”, teríamos os limites dos sentidos para além da Constituição, visto que os sentidos, para o aplicador, seriam construídos a partir da subjetividade assujeitadora, uma vez que um desses enunciados sempre seria aplicável ao “caso concreto” ou, na sua ausência, construído a partir de um grau zero de significado, o que se dá em razão da errônea compreensão de que os princípios representariam uma abertura interpretativa, o que levaria ao extremo o antigo dogma da discricionariedade.

4. Da Ausência de uma Distinção Estrutural entre Regras e Princípios e de como os Princípios não Existem sem as Regras e Vice-Versa

Muller já falava da distinção entre o texto e a norma, o que não serve, obviamente, para dificultar a discussão acerca das regras e princípios (MULLER, 2007; 2009), mesmo porque a aplicação principiológica sempre ocorre, uma vez que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra. Norma é, pois, um conceito interpretativo, donde se conclui que a normatividade emerge de uma relação factual entre regras e princípios. Desse modo, não há uma distinção estrutural entre regras e princípios, pois, nesse caso, a opção semântica da compreensão da norma, que gera uma distinção entre regras e princípios, não resolve a questão da concretização do direito, segundo a ética da coerência e da integridade.

Um princípio é um princípio em razão daquilo que enuncia. Não é, portanto, um mero recurso epistemológico, haja vista seu caráter transcendente fundado em longa tradição.

Exatamente por esse caráter, não pode ter pretensões de suficiência ôntica, bem como não pode ser confundido com a regra. A regra guarda especificidades, porque institucionaliza a forma imediata de aplicação do direito; por isso, o princípio sempre está na regra, sendo impossível interpretá-la sem levar em conta o princípio instituidor. Em suma, não existem princípios sem regras. Se assim fosse, ter-se-ia uma norma sem texto, o “como hermenêutico” sem o “como apofântico” ou o ontológico sem o ôntico (STRECK, 2009).

As teorias da argumentação sustentam essa distinção lógica estrutural, a partir da ideia de que as regras são mandados de definição e os princípios, mandados de otimização. Nesse plano, os casos simples são resolvidos com análises sintático-semânticas (caso da subsunção), ao passo que, para os casos difíceis, há uma apelação para a pragmática, o que acaba por retirar do princípio sua função integrativa e de fechamento hermenêutico.

Esse problema pode ser notado na “solução racional do problema de colisão de direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p.12), em que o princípio da proporcionalidade desempenha um papel decisivo, na medida em que tais colisões são resolvidas por ponderação, no âmbito de uma estrutura racional de argumentação jurídica constitucional, na qual os argumentos formam um sistema. Nesse ponto, reside o problema da interpretação por etapas e da não superação da filosofia da consciência, uma vez que o princípio da proporcionalidade, por mais que se pretenda um critério de correção na regra da ponderação, não escapa das escolhas discricionárias (ALEXY, 2008).

Outro ponto que merece destaque é a aparente desconfiança de Alexy em relação ao Parlamento, tendo-o como decisionista, visto que uma argumentação ideal só se daria quando as condições de representação argumentativa estivessem dadas, o que acaba por ser difícil. Diferentemente, a representação (argumentativa) do tribunal constitucional teria um caráter mais ideal, uma vez que pessoas racionais podem se valer, de modo mais adequado, de argumentos corretos e válidos⁶. Há, ao que parece, uma confiança ainda extremada no sujeito que constrói o significado das coisas sem mundo.

⁶ Para Alexy (2008, p. 16), “a representação do povo por um tribunal constitucional distingue-se daquela pelo parlamento pelo fato de a representação por um tribunal constitucional ser puramente argumentativa ou discursiva, enquanto naquela pelo parlamento ter um caráter tanto argumentativo ou discursivo como volitivo ou decisionista. Sob este aspecto, a representação pelo tribunal constitucional tem um caráter mais ideal que aquela pelo parlamento e, isso, é o fundamento para a primazia da sentença do tribunal constitucional diante daquela do parlamento. O caráter mais ideal da representação pelo tribunal constitucional deve-se, certamente, confirmar na realidade. Isso somente pode dar bom resultado quando as condições de representação argumentativa autêntica estão dadas. Pertencem a elas, ao lado da existência de argumentos válidos e corretos, a existência de pessoas racionais, que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos.”

A recepção dessas teorias, como se deu no Brasil, implica uma falsa noção de que ao aplicador é dado decidir, com base no seu entendimento (racional) pessoal, sobre o sentido da lei e de que a implementação do texto constitucional também se dá na possibilidade de relativização de suas normas, com a criação dos mais variados “princípios”; afinal de contas, não é difícil encontrar quem diga que os juízes não são a boca inanimada da lei (como se Kelsen já não tivesse superado o velho positivismo exegético) e que devem ir “além da letra fria da lei”. Os princípios, dessa forma, são alçados à condição de metarregras, que só ingressam no sistema para resolver as insuficiências ônticas das regras.

De fato, o pós-positivismo à brasileira, mal centrado nas teorias argumentativas de Alexy e que tem os princípios (constitucionais) como os substitutos “naturais” dos velhos princípios gerais do direito, ainda não se deu conta da viragem linguística: privilegia-se o método, para que algo possa ser chamado racional, admitindo-se, no entanto, impasses nos sopesamentos e deduções. Há, ainda, um arraigado sentimento de que os juízes, seres racionais, podem, diferentemente de outras instâncias, interpretar o fenômeno jurídico de maneira mais apropriada; ressurgem, então, como panos de fundo a “decisão conforme a consciência” e o problema de legitimidade das decisões. Exemplo disso pode ser verificado na recente decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao Recurso Especial nº 1308830-RS, que rejeitou pedido de desistência de recurso especial que, muito embora já na pauta, tinha sido acordado e protocolado pelas partes na véspera⁷.

A relatora, ministra Nancy Andrighi, reconhece que o pedido tem amparo no art. 501 do Código de Processo Civil (CPC), afirmando que “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.” Todavia, quando se evidenciasse relevante interesse público, o relator poderia, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento. Argumenta-se, na decisão, que “em razão de uma realidade surgida após a criação do STJ”, quando o julgamento dos recursos ultrapassar o interesse individual das partes envolvidas, haveria uma irradiação de efeitos, o que autorizaria o julgamento. O ministro Sidnei Beneti, por seu turno, afirma que o art. 501 do CPC foi concebido em um período em que não havia número tão elevado de processos, sendo necessário atualizar sua interpretação. Já para o ministro Massami Uyeda, essa interpretação privilegia os princípios da razoabilidade e da

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1308830-RS. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Eduardo Bresolin. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Porto Alegre, 19 out. 2011. **Superior Tribunal de Justiça**, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201102574345&pv=000000000000>>. Acesso em: jul. 2012.

proporcionalidade, pois a sociedade aguarda posicionamento da mais alta corte infraconstitucional⁸.

Percebe-se, portanto, que o que se põe é a questão de saber se as autoridades responsáveis pela aplicação do direito devem respeitar o pedido, pelo fato de ter sido emitido pelo legislador competente, ou se podem (devem?) se mover por “valores” (princípios?) que seriam mais fortes que todo o estatuto jurídico, faltando, na regra, um critério transcendente, que poderia ser corrigido pela razão adjudicatória/valorativa do decisor (no caso, o interesse público). Inegável a prevalência dessa segunda posição, segundo a qual os princípios foram invocados para “otimizar” a aplicação da regra.

No entanto, a decisão evidencia um ranço autoritário e desconsidera que, na atual quadra de desenvolvimento da teoria da decisão, já foram ultrapassados: (1) o positivismo normativista e as razões expressas na separação entre o direito e a moral; e (2) a inserção histórica da jurisprudência dos valores e a reprimirização do direito natural, como ocorrido na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. Observe-se que, no modelo positivista, tanto em Kelsen quanto em Hart, o poder discricionário é admitido quando as normas jurídicas provocam problemas de interpretação, porque, mesmo para estes, o juiz não pode jamais visar a uma reforma global do próprio ordenamento jurídico (ainda que isso se dê para sustentar o edifício epistemológico – quase matemático – de aplicação do direito).

O problema da jurisprudência dos valores, consoante se pode notar na crítica habermasiana, reside no fato de que a redução dos princípios a valores conduz a uma argumentação jurídica inconsistente, haja vista o caráter teleológico destes. Assim, a partir do momento em que os tribunais passam a adotar uma “ordem objetiva de valores” e fundamentar sua decisão em uma forma de realismo ou convencionalismo moral, cresce o problema das decisões arbitrárias para aquilo que os juízes acham que deve ser o direito.

A construção desse modelo deu-se num ambiente que ainda sofria com as profundas feridas ocasionadas pela Segunda Guerra Mundial, sendo necessária, ainda que a cargo dos tribunais, uma profunda revisão do sentido do direito e de seus vínculos com o comportamento humano concreto. Por sua vez, a realidade jurídica brasileira pós-1988 pressupõe uma tradição institucional democrática, na qual resta superada a distinção entre o direito e a moral, podendo-se afirmar, com Habermas, uma cooriginariedade entre a moral e o direito (HABERMAS, 2007)

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1308830-RS. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Eduardo Bresolin. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Porto Alegre, 19 out. 2011. **Superior Tribunal de Justiça**, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201102574345&pv=000000000000>>. Acesso em: jul. 2012..

consubstanciada na Constituição. Pode-se, portanto, afirmar que o não cumprimento da regra do art. 501 do CPC, da forma como ocorreu, evidencia um déficit de legitimidade entre aquilo que foi produzido democraticamente e aquilo que os juízes pensam, em termos axiológicos, que deveria ser a norma. Em outras palavras, um rompimento da tradição institucional constitucional.

O julgamento por (e a partir de) princípios, na tradição neoconstitucionalista, implica perceber uma alteração substancial em seu significado, eis que, longe de serem recursos epistemológicos para o preenchimento de lacunas ou recursos axiológicos para uma abertura interpretativa, são os princípios deontológicos e instituem o mundo prático no direito; além disso, não autorizam ou vinculam o intérprete de fora para dentro, mas justificam a decisão no interior da prática que define e constrói o direito em bases constitucionais. Não há, todavia, esperanças de que o quadro teórico sofra significativas alterações; isso porque mesmo as recentes alterações legislativas permitem inferir que o direito (e sua interpretação) ainda fica preso ao paradigma do sujeito, já superado, dando azo a subjetivismos, como se percebe no texto do novo CPC (Projeto de Lei nº 8.046/10) e em sua busca por uma completude sistêmica, científica e racional.

Do art. 119 do referido projeto, retira-se que

o juiz não se exime de julgar alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes.

Já o parágrafo único do art. 477 estabelece que “fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.” E onde reside o problema? Na ausência de critérios para a utilização dos princípios, que não são, na afirmação de Oliveira, “objetos puramente subsistentes à disposição do conhecimento jurídico e à espera de serem descobertos” (OLIVEIRA, 2008, p. 48), bem como na ausência da percepção de que os princípios se ligam mais à problemática do caso concreto envolvido do que numa preocupação lógica sistemática⁹.

Ao apostar no método, num “constitucionalismo de eficácia”, com recursos do sistema para o sistema, ao gosto dos “valores” (princípios?) do decisor que construirá os sentidos, não é difícil perceber que há perigos na esquina. O caminho a ser percorrido sempre nos traz ao ponto de partida: a imperatividade da democracia, a garantia da liberdade e da igualdade, e a necessidade

⁹ A adequação de sentido dos princípios e a problemática envolta em sua aplicação no Brasil decorrem, talvez, da ausência da percepção da mixagem de sistemas jurídicos (*Civil Law* e *Common Law*).

da limitação do poder. Nesse ponto, a contribuição de Habermas para a democracia reside, entre outros aspectos, na desoneração do juiz em relação aos discursos de fundamentação, uma vez que a questão da validade das normas independe da referência a todas as situações concretas possíveis de aplicação.

De fato, nos discursos de fundamentação, as normas são submetidas a pretensões de validade universais e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação que irão englobar questões morais, éticas e pragmáticas, por intermédio de um processo legislativo estruturado constitucionalmente ao passo que, nos discursos de aplicação, são selecionadas normas adequadas às circunstâncias da situação concreta (GÜNTHER, 2004). Assim, ainda que se possa criticar, no âmbito da aplicação, o “senso de adequabilidade”, em que várias interpretações são possíveis, não se dá ao juiz a possibilidade de substituir, no âmbito da aplicação, os discursos morais, éticos e pragmáticos produzidos no espaço público pelos seus próprios.

5. Os Princípios, a Fusão de Horizontes e a Aplicação Radical do Art. 93, IX, da Constituição da República

No pós-positivismo à brasileira, não se tem uma análise adequada acerca dos princípios, da mesma forma que a distinção entre regras e princípios ainda não foi bem compreendida, não havendo, entre eles, uma distinção estrutural, mas sim uma diferença, na esteira da teoria integrativa de Dworkin (2001). Desse modo, os princípios são os marcos da institucionalização da autonomia do direito, de modo que as regras não acontecem sem os princípios. Ainda, as regras vão guardar especificidades, porque institucionalizam a forma imediata de aplicação do direito, não possuindo os princípios essas coagulações de sentido, como pretendem as teorias que pressupõem uma distinção estrutural.

O princípio, desde sempre, está na regra; é seu elemento instituidor, sendo, portanto, impossível interpretar uma regra sem levar em conta seu princípio instituidor. Além disso, os princípios transcendem as regras para além de sua onticidade, uma vez que estas são porosas (afinal de contas, são gerais e abstratas), sendo os princípios os responsáveis pelo fechamento hermenêutico, não deixando que uma regra (e seus sentidos) fique à disposição do intérprete (e, sobretudo, do aplicador), para que não escape de seu viés constitucional.

Reside nesse ponto (da porosidade das regras, ao que parece) a divergência de Streck para com Dworkin, na medida em que afirma que não se cria uma exceção no direito que não

tenha consequências no plano da aplicação futura. Desse modo, deve ser relativizada a questão de que a regra se aplica no tudo ou nada, o que só ocorreria se a regra fosse nulificada, ou por derrogação ou por inconstitucionalidade, o que fica mais claro num sistema jurídico como o brasileiro, que, como se sabe, difere daquele estudado por Dworkin.

Daí Streck afirmar que “nenhum princípio atua por si só como criador de normas”, haja vista que possibilita uma “reconstrução institucional” (STRECK, 2009), de modo que a institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição. Em outras palavras, os princípios não podem existir autonomamente como uma solução para o sistema, mas possuem força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido. São eles, portanto, o cerne do constitucionalismo contemporâneo.

Há, então, a superação do paradigma positivista com a fusão de horizontes, ou seja, uma fusão de sentidos da coisa com o intérprete, ultrapassando as capas de sentido do nível ôntico. Vale aqui lembrar que, no positivismo jurídico, sempre se apostou na suficiência ôntica do mundo das regras, com uma redução de sentido nos casos denominados “fáceis”, a partir da subsunção, sendo essa suficiência logo abandonada nos casos tidos como “difíceis”, a partir de uma transcendência epistemológica, ao delegar ao sujeito solipsista da modernidade o “ir além” dessa suficiência, num âmbito eminentemente pragmático.

Nesse contexto, os princípios (e não argumentos pretensamente corretivos de moral e de política) apresentam um manancial de possibilidades para a elaboração de respostas corretas (coerentes) em direito e funcionam como uma blindagem contra discursos adjudicadores, que pretendem corrigir o sistema a partir do sistema e que, não raro, pretendem funcionar, ilegitimamente, como um terceiro turno da constituinte, tornando paradoxal a relação entre o constitucionalismo e a democracia.

No âmbito da decisão, há que se fundar o fundamentado, aplicando radicalmente o disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988, o que implica um exercício de constituir a ação a partir da Constituição e de seus princípios (STRECK, 2009, p. 530), de modo que não se pode, a pretexto de fundamentação, dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Esse imperativo decorre da noção de que, no Estado de Direito, os poderes executantes não estão apenas instituídos e controlados, mas estão também comprometidos com a democracia.

Esse comprometimento, no âmbito do Poder Judiciário, é sobremaneira especial, dado que a estrutura de legitimação operada pelo povo, enquanto povo ativo, não o atinge – não de maneira imediata, uma vez que seus membros não são eleitos. Todavia, a vinculação à estrutura legitimante não é interrompida, bastando notar que as decisões são tomadas em nome do povo.

Dizer, pois, que o poder emana do povo não pressupõe, conforme aponta Muller, um entendimento supostamente metafísico, mas sim normativo, razão pela qual não pode ele permanecer uma ficção.

O povo, enquanto instância de atribuição de legitimidade, tem uma ligação direta com o povo ativo, que só existirá, enfaticamente, quando vigerem e forem praticados e respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual, também os direitos fundamentais políticos, que não são “valores”, privilégios, “exceções” do poder do Estado ou lacunas nesse mesmo poder. No que lhes diz respeito, estruturam juridicamente uma comunidade e um Estado Democrático, o que é uma condição de possibilidade para as três dimensões de legitimidade identificadas por Habermas: faticidade, vigência e validade (HABERMAS, 1997).

A fundamentação, portanto, não se refere a um mero expediente de legitimação formal, significando, de outro lado, a própria justificação do ordenamento jurídico num sentido mais amplo, democrático, sendo absolutamente inaceitável que, havendo dispositivo constitucional que torne a fundamentação do direito (e dever) fundamental, ainda se tenha uma baixa densidade constitucional, ante a presença constante de decisionismos e arbitrariedades. Mais do que discursos de autoridade, necessita-se de um discurso democrático que não resida na racionalidade assujeitadora da filosofia da consciência.

6. Conclusão

A consciência de si do sujeito da modernidade ainda faz com que os sentidos estejam à disposição do intérprete, dando-se a decisão quase que exclusivamente no âmbito da consciência, o que, em última análise, não coíbe (e até mesmo incentiva) decisionismos. O protagonismo judicial, nessa esteira, ganha corpo, na medida em que esse sujeito (atrelado ao esquema sujeito-objeto) é o construtor dos sentidos, que estão à sua disposição, detendo os princípios constitucionais, em razão do senso comum teórico jurídico, um *status* (epistemológico) semelhante ao dos velhos princípios gerais do direito.

Nesse contexto, a teoria da argumentação, da forma como foi recepcionada pelos juristas brasileiros, não proporciona uma solução para o problema, uma vez que ainda aposta nas suficiências ônticas das regras para os casos fáceis e nos princípios como soluções (do sistema a partir do sistema) para os casos tidos como difíceis. A interpretação, nesse passo, dá-se por etapas, com a construção de uma norma sem texto ou de um objeto sem coisa.

A noção de que os princípios são os instituidores do mundo prático no direito e de que são elementos que institucionalizam a regra, segundo uma tradição autêntica, justificam o papel da Constituição como o lócus que coagula questões éticas, morais e políticas que não estão à disposição dos intérpretes, que pretendem, ao cabo, construir, a partir de discursos de aplicação, uma nova norma (constitucional).

A legitimidade das decisões reside, portanto, na fundamentação da fundamentação, que permite, a um só tempo, que se tenham: (1) decisões legítimas; (2) respostas corretas em direito; (3) a garantia à autonomia do direito, segundo critérios de coerência e integridade; e (4) o asseguramento do papel contramajoritário da Constituição pelos tribunais, numa relação circular e complementar entre a soberania popular, a Constituição e a decisão.

Além disso, a atual problemática da decisão expõe, de maneira indelével, o paradoxo entre a democracia e o Estado de Direito, que não se resolve em virtude da permanência de um modo de se decidir calcado na filosofia da consciência, expondo um grave problema de legitimação. Os tribunais, desse modo, ainda não têm conseguido dar a devida concretude ao art. 93, IX, da Constituição da República, uma vez que a fundamentação ainda é compreendida como um mecanismo formal de legitimação das decisões e como um ato de vontade.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Projeto de Lei nº 8.046, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Civil.

Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>.

Acesso em: jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1308830-RS. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Eduardo Bresolin. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Porto Alegre, 19 out. 2011. **Superior Tribunal de Justiça**, 2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201102574345&pv=00000000000000>>. Acesso em: jul. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 1980. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1980.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica e aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 47-48.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.b.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. **Era das transições.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert. **O conceito de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Petrópolis: vozes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** México: UNAM, 1995.

_____. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Quem é o povo?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. 3 v.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AUDIÊNCIA PÚBLICA E A TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE HABERMAS

Fabiana Coêlho Simões

Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC

Lorraine Rodrigues Campos Silva

Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC

Resumo

O artigo analisa o instituto da audiência pública sob a perspectiva da Democracia deliberativa de Habermas. Inicia-se o trabalho com breves considerações sobre a Audiência Pública no Direito Brasileiro a partir da Constituição de 1988, seguidas da apresentação do modelo de democracia deliberativa de Habermas, com ênfase na necessidade de participação popular para sua efetivação. Posteriormente, são apresentadas reflexões sobre os aspectos controvertidos da efetivação da audiência pública, que é um mecanismo não só de participação, mas de controle social que se insere como indutor da democracia. Utiliza-se a pesquisa teórica e se adota a vertente dogmática-jurídica.

Palavras-chave: Audiência Pública, Democracia Deliberativa, Participação.

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the institute of the public hearing from the perspective of Habermas deliberative Democracy. The work initiates by brief considerations about the Public Hearing in Brazilian Law from the Constitution of 1988, followed by the presentation of Habermas model of deliberative democracy, emphasizing the need of popular participation for its effectiveness. Considerations are presented on the controversial aspects of the effectiveness of the public hearing and ends by concluding that the public hearing is a mechanism for participation and for social control, acting as an inducer of democracy. The article was developed through theoretical research, adopting dogmatic-juridical side.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public Hearing, Deliberative Democracy, Participation.

1. Introdução

No Estado Democrático de Direito, em que há constantes transformações no cenário político e social, decorrentes da diversidade cultural e da globalização, bem como dos movimentos da sociedade civil organizada, há uma impositiva necessidade de adequação da democracia representativa a um modelo no qual haja maior participação popular na tomada da decisão administrativa.

Aliada a tais transformações, tem-se que, hodiernamente, no Brasil, faz parte da discursividade político-administrativa-social, a afirmação de desrespeito aos direitos de cidadania e a deslegitimização do Estado como mediador dos interesses de classes, com forte tendência a reconhecer que as instituições democráticas estão fragilizadas pela relação com a corrupção e falta de representatividade dos anseios dos representados.

Diante deste cenário, torna-se preciso adotar medidas que sejam capazes de reduzir problemas da democracia representativa e ainda que diminuam as diferenças entre o público e privado, entre a administração e o cidadão, garantindo uma administração consensual.

A necessidade de se transformar a relação entre o público e o privado faz com que seja crescente a cautela com a ação administrativa, que vem calcada de maior transparência e que busca a participação popular na tomada da decisão nos assuntos de interesse público, ampliando o debate acerca das atividades governamentais.

Torna-se cada vez mais imprescindível a efetivação de mecanismos de participação popular que sejam capazes de aproximar o cidadão da administração pública, garantindo seu espaço de debate democrático.

O presente artigo investiga se o instituto da audiência pública é um instrumento de controle social e um mecanismo de efetivação da democracia deliberativa que garante a participação popular nas decisões administrativas, o que se alcança a partir da teoria do agir comunicativo e teoria da discursividade de Habermas.

Preliminarmente, no capítulo 2 foi apresentado um histórico sobre o instituto da Audiência Pública no Direito Brasileiro, a partir da Constituição de 1988 e sua positivação no processo administrativo.

Enfatizada a historicidade e conceituação, passou-se a realizar, no capítulo 3, considerações sobre o modelo de democracia deliberativa de Habermas, abordando sobre a necessidade de participação popular para sua efetivação, seguida da demonstração de ser a audiência pública um mecanismo de interação entre o público e privado, além de forte

instrumento de controle social.

No ponto seguinte, discutiu-se sobre os aspectos controvertidos da efetividade da audiência pública e buscou-se fazer uma reflexão crítica sobre os desafios e tendências da participação do cidadão na tomada de decisões administrativas.

Trata-se de pesquisa teórica. Portanto, o procedimento adotado para definição das especificidades é a análise de normas e textos doutrinários. Assim, para elaboração do estudo, foram utilizados dados primários e secundários, quais sejam: legislação, documentos oficiais, doutrina e artigos.

O artigo aponta, em rápidas pinceladas, as grandes tendências no tratamento da matéria, e apresenta conclusões provisórias no quadro de amplas mudanças ocorridas. Buscou-se averiguar como a audiência pública pode ser um instrumento indutor da democracia. Nesse sentido, tentou-se demonstrar, apesar de seus aspectos problemáticos, que o referido instituto é meio legítimo de participação popular na tomada da decisão administrativa e mecanismo de controle social.

2. A Participação Popular e o Instituto da Audiência Pública no Direito Brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir de princípios explícita ou implicitamente nela contidos, possibilitou uma releitura do Direito Administrativo no que tange à participação popular, que, apesar de não positivado no texto constitucional, encontra amparo na doutrina e jurisprudência.

A partir de então, aliado a um contexto de crise de representatividade, a participação dos cidadãos na gestão administrativa passa a se impor como um instrumento de legitimação do Direito Administrativo Moderno, que está atrelado à democratização da atuação administrativa.

Nesse sentido, a Administração Pública, à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, deve pautar sua atividade na legalidade e, ainda, na legitimidade reforçada. Disso decorre a necessidade de se ter novos mecanismos de participação popular na gestão Administrativa e ainda no processo legislativo, o que passa a ser efetivado por meio de, dentre outros mecanismos, consultas e audiências públicas.

Apesar dos diversos mecanismos então disponíveis para efetivar a participação popular na administração pública, interessa aqui analisar sobre o instituto da audiência pública, sua positivação constitucional e no processo administrativo e seus desdobramentos, o que se

dará nos próximos tópicos.

2.1 *O que é Audiência Pública?*

Audiência pública é um instrumento de participação popular na tomada de decisão administrativa ou legislativa que se efetiva quando a autoridade competente garante a manifestação dos cidadãos que serão afetados com os reflexos da ação. Cria-se um espaço de diálogo entre a Administração e os atores sociais, em geral em reunião aberta, com data e tema predefinidos, garantindo o debate democrático com a pluralidade de opiniões dos populares interessados sobre a matéria debatida, prestadas em condições de igualdade (SOARES, 2002).

Segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto, a audiência pública pode ser definida como um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais, visando maior legitimação administrativa, devidamente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor opiniões, ponderar sobre os interesses que lhes afeta, manifestar preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão que melhor atenda aos interesses dos administrados (MOREIRA NETO, 1992, p. 129).

Vale registrar, ainda, que a audiência pública, além de servir ao exercício da função administrativa, também é mecanismo utilizado para subsidiar o desempenho da função legislativa, conforme art. 58, §2º, II, da Constituição da República de 1988, da função judiciária (art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999) e da missão institucional do Ministério Público (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/1993).

2.2 *A Audiência Pública na Constituição de 1988*

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu mecanismos de participação popular na Administração Pública¹ para concretizar o novo modelo democrático

¹ O art. 5º (dos direitos e garantias fundamentais), no inciso XIV assegura a todos o acesso à informação; nos incisos XXXIII e XXXIV, garantem o direito de receber informações dos órgãos públicos e o direito de petição, materializando princípio da publicidade; garante também nos incisos LV e LXIX, o devido processo legal administrativo e o mandado de segurança contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública; no inciso LXXIII, garante ainda o controle da conduta dos agentes públicos pelo cidadão através da Ação Popular, e para completar, no § 2º do mesmo artigo, afirma que além destas garantias, não se exclui nenhuma outra decorrente dos princípios adotados pela carta, ou dos tratados internacionais em que o país seja parte, abrindo-se portanto uma infinidade de oportunidades de participação na administração pública. No art. 10, assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão. No art. 14, assegura a ideia da soberania popular e o voto direto e secreto de igual valor para todos, prevendo ainda o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, instrumentos importantes da democracia participativa. No âmbito municipal, o art. 29, XII, garante participação no planejamento

que se instaurava.

Dentre os mecanismos de participação previstos, ganha espaço a audiência pública, prevista no artigo 58, § 2º, II, da CR/88, que garante o debate entre a Administração Pública e a sociedade quando se tem processo decisório de matéria de relevância para a sociedade. Vale expor:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

[...]

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (BRASIL, 1988).

A audiência pública funciona como mecanismo de consulta da Administração aos particulares em relação aos temas de interesse público, sendo legítimo instrumento que possibilita aos interessados a intervir na construção de alternativas para solução de conflitos, garantindo a efetiva participação popular.

Cabe ressaltar que o resultado da audiência pública não vincula a decisão administrativa, possuindo caráter consultivo, que deve, entretanto, ser considerado, pois é com a participação dos cidadãos que a Administração passa a ter informações acerca dos interesses comuns dos particulares.

A Constituição de 1988 não elencou regras para se conduzir uma audiência pública, somente ressaltou que deve ser realizada apenas quando houver grande relevância da matéria a ser debatida, deixando a cargo da autoridade que a convocar o procedimento a ser adotado.

e o art. 31, § 3º, garante a ampla fiscalização das contas. Ao disciplinar os princípios que regem a administração pública o Art. 37, § 3º, possibilita ainda a criação de outras formas de participação do usuário na administração pública. Há também a possibilidade da participação popular no processo legislativo, através de audiências públicas e reclamações contra atos das autoridades, nas comissões das casas legislativas, previstas no Art. 58, II e IV, bem como a participação diretamente na produção de leis, através da iniciativa popular prevista no Art. 61, § 2º. Possibilitando a atuação do cidadão enquanto fiscalizador da conduta do administrador, prevê o Art. 74, § 2º, a possibilidade de denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União. Prevê ainda a participação de cidadãos no Conselho da República, conforme disposto no Art. 89, VII, e a participação de entidades de representação de classe na escolha do quinto constitucional para integrantes dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Estaduais e do Distrito Federal, conforme disciplinado no Art. 94. Disciplina também a participação popular na gestão da atividade de administrar, tais como: dos produtores e trabalhadores rurais no planejamento da política agrícola (Art. 187); dos trabalhadores, empregadores e aposentados nas iniciativas relacionadas à segurança social (Art. 194, VII); da comunidade em relação às ações e serviços de saúde (198, III); da população através de organizações representativas nas questões relacionadas à Assistência Social (Art. 204, II); a gestão democrática do ensino público (206, VI); da colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (Art. 216, § 1º); da coletividade na defesa e preservação do meio ambiente (Art. 225); de entidades não governamentais na proteção à assistencial integral à saúde da criança e adolescente (Art. 227, § 1º) e das comunidades indígenas, inclusive nos lucros, das atividades que aproveitem os recursos hídricos e minerais das suas terras (231, § 3º).

Conclui-se, portanto, que como instrumento colocado à disposição da Administração para efetivo diálogo com os administrados, a audiência pública deve ser utilizada em toda questão de relevância, quando estiver presente o interesse coletivo e houver reflexos para os atores sociais.

Em sendo identificada a relevância da matéria, a critério da administração, é convocada, então, a audiência pública para debate prévio da decisão com a população. Trata-se de requisito meramente formal, sem caráter vinculativo ou compulsório, mas que deve garantir a discussão ampla.

Para que seja garantido o debate democrático é importante que se preste todas as informações sobre a matéria colocada em pauta e ainda seja disciplinada a forma da realização da audiência pública, proporcionando divulgação no início e término de sua realização, bem como os procedimentos adotados para oitiva das partes interessadas e mecanismos de divulgação dos resultados, primando, assim, por um processo transparente.

A audiência pública não pode ser realizada para outra finalidade que não a de debater relevante matéria do processo, não devendo servir de instrumento de consulta do administrador para colher opiniões especializadas ou prestar informações aos seus representados, sendo que, para tanto, deverá servir-se de outra modalidade que não a audiência pública.

Podem participar da audiência pública, para discutir previamente sobre as decisões que serão tomadas pela Administração, todos aqueles que sofrerão reflexos da decisão administrativa, demonstrando seu legítimo interesse e direito, admitindo-se, inclusive, pessoas públicas nacionais ou estrangeiras, bem como as privadas, conforme o caso.

A Administração, após a realização da audiência pública, deve divulgar os resultados auferidos, podendo fazê-lo por meio de relatórios contendo as opiniões e debates que levaram àquela conclusão, ressaltando a escolha administrativa, de forma fundamentada, e o procedimento de participação popular levado a efeito.

Embora careça de caráter vinculativo, o conteúdo da audiência pública deve ser considerado pela Administração, sob pena de invalidade da participação popular na construção da decisão administrativa.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho, explica que, decorrentes do regime democrático, as decisões estatais devem ser fruto da participação popular de todos os interessados, que são tratados como titulares de direitos equivalentes de participação na formação da vontade estatal. Assim, é necessária a existência de mecanismos pelos quais os gestores públicos sejam compelidos a prestar informações e esclarecimentos aos administrados, que possam responder

por seus atos e, ainda, como consequência, sejam respeitados os interesses dos grupos sociais, inclusive de minorias (JUSTEN FILHO, 2014, p. 207).

Assim, a Administração Pública não irá poder mais se afastar da vontade popular, sendo cada vez mais impositiva a viabilização participação dos cidadãos interessados na tomada da decisão administrativa, o que resultará em uma decisão administrativa imbuída de maior legitimidade, pois a primeira vontade legitimadora é a do cidadão.

Nota-se, pois, que desde a promulgação da Constituição da República de 1988 o instituto da audiência pública ganhou maior destaque ao longo dos anos e a sua positivação no processo administrativo se tornou fundamental para que se garantisse ou ao menos viabilizasse a sua efetivação.

2.3 Audiência Pública no Processo Administrativo

A Administração Pública, seguindo as diretrizes impostas pela modernização do Direito Administrativo, modernização esta que está atrelada aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, concede maior espaço para a participação popular, visando sobretudo, uma ampliação da legitimação da decisão administrativa.

Dessa forma, para garantia de efetivação de tal participação, consignou-se a necessidade de convocação de audiência pública nos casos específicos que versam sobre meio ambiente, licitações e contratos administrativos, concessão e permissão de serviços públicos, serviços de telecomunicações e agências reguladoras, pelos Órgãos e Poderes da União competentes para o ato.

Especificamente no processo administrativo, a audiência pública, positivada por meio da Lei nº 9.784/99, no capítulo “da instrução”, igualmente tem por objetivo garantir a participação popular na tomada de decisão administrativa sobre matérias de grande relevância e de interesse público.

O art. 32 da referida lei estabelece que: "antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo" (BRASIL, 1999).

Corroborando com o adstrito na Constituição de 1988, o processo administrativo reforça que a audiência pública é instrumento que possibilita a redução da dicotomia público e privado, garantindo a participação popular na construção da motivação da decisão administrativa e norteando a Administração para melhor ponderação dos interesses em conflito.

Sua finalidade no processo administrativo é reforçar a realização de amplo debate acerca da matéria relevante ao interesse comum da coletividade, de forma a não refletir sobre direitos da população sem sua prévia oitiva.

Antes mesmo da positivação por meio da Lei 9784/99, assim como disposto em outros diplomas legais, tinha-se a previsão da audiência pública na Lei 8.666/93, que trata do processo licitatório, que já trazia a sua obrigatoriedade, desta vez vinculando a necessidade de sua realização ao valor estimado para uma licitação ou conjunto de licitações simultâneas, não sendo considerada apenas a relevância da matéria:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriedade, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados (BRASIL, 1993).

Importante esclarecer que a previsão de obrigatoriedade da audiência pública no processo licitatório, conforme transcrito supra, tem por objetivo conferir oportunidade aos administrados de serem informados sobre as questões de seu interesse, inclusive sobre o custo pelo serviço prestado, além de proporcionar apresentação de propostas e requerimentos, o que vem a concretizar a participação popular, ideia que orienta a Administração Pública moderna. Nota-se, ainda, que a intenção não é só de proteção do erário, mas de transparência na gestão pública.

Entretanto, ainda que se tenha positivado a obrigatoriedade da participação popular, ressaltando a sua importância para tomada de decisão administrativa, Marçal Justen Filho salienta que a ausência da audiência pública, apesar da dicção legal, não leva, por si só, à nulidade do procedimento (JUSTEN FILHO, 2016, p. 394).

Tal posicionamento parece confrontar com o princípio do devido processo legal, vez que não se cumprindo o ritual previsto em lei, neste caso, a realização de audiência pública, haveria sim uma nulidade.

Por outro lado, ainda que não se tenha a realização da audiência pública, tem-se que qualquer cidadão pode manifestar-se quanto à legalidade da decisão administrativa, bem como sobre sua conveniência e oportunidade (AMARAL, 2018), concretizando não só a participação popular na formação da decisão administrativa, mas viabilizando a efetivação do controle

social.

Não obstante a previsão legal da realização da audiência pública, a decisão administrativa não está vinculada ao resultado obtido na audiência. Entretanto, isso não importa dizer que a Administração Pública possa decidir indiscriminadamente e agir a seu bel prazer. Ao contrário, a audiência pública, supera o objetivo de vincular a decisão administrativa para servir de instrumento que impõe à Administração um dever ainda maior de fundamentação da sua decisão e motivação do ato administrativo, além do dever de publicizá-lo, o que, consequentemente, se traduz ainda em controle social.

À medida que a audiência pública impõe à Administração o debate das matérias de relevante interesse público e lhe incumbe o dever de publicidade de seus atos, que deverão ser devidamente fundamentados e motivados, se consolida como forte instrumento de controle social, visto que através da transparência das decisões administrativas é que se tem a possibilidade de verificar sobre a sua legalidade e, se for o caso, tomar providências correlatas.

3. Democracia e Participação Popular

Conforme mencionado alhures, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratou de introduzir em seu texto diversos dispositivos que asseguram a participação popular.

O artigo 14 da CR/88 elenca algumas formas desta participação, a saber:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
 I - plebiscito;
 II - referendo;
 III - iniciativa popular (BRASIL, 1988).

Além da previsão específica contida no artigo relacionado acima, a CR/88 traz em seu texto inúmeras menções da possibilidade de participação popular, em cumprimento aos fundamentos do Estado Democrático de Direito especificados no art. 1º da CR/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
 I - a soberania;
 II - a cidadania;
 III - a dignidade da pessoa humana;
 IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

A participação popular, portanto, é fundamento do Estado Democrático de Direito, visto que, nos termos da Constituição vigente, todo poder emana do povo. Assim, torna-se crescente a necessidade de participação popular para efetivação da Democracia, dando aos particulares a oportunidade de manifestação, de forma equilibrada e responsável, na construção das decisões. Esta atuação garante a diminuição de diferenças sociais e disponibiliza ao cidadão importante mecanismo de controle das ações da Administração (PIETRO, 1993, p.26-39).

3.1 *Reflexões sobre a teoria de Democracia Deliberativa de Habermas*

Ao tratar sobre a participação popular na Administração Pública como instrumento para efetivação da democracia não se pode fugir dos fundamentos da teoria da democracia deliberativa desenvolvida por Habermas.

Inicialmente, cabe dizer que Habermas não se situa nem entre os teóricos liberais, nem republicanos e nem entre os comunitaristas. Ao revés disso, busca as contribuições de cada corrente e tenta reorganizá-las, de forma a operar a ideia de Soberania Popular, ressaltando que esta não se concentra exclusivamente no povo e nem no difuso poder constitucional.

Os fundamentos de democracia deliberativa desenvolvidos por Habermas, especificamente no que tange à teoria da ação comunicativa e teoria do discurso, servem de base para debate sobre os desafios de uma democracia e auxiliam na busca por contribuições de procedimentos que possam viabilizar a efetivação da participação popular na gestão administrativa.

Ao analisar tais teorias, bem como textos que facilitam a compreensão das obras do filósofo, percebe-se que são inúmeras as dificuldades encontradas ao longo do desenvolvimento dos estudos sobre democracia. Destaca-se como um dos principais problemas da democracia a baixa participação popular na administração pública. A falta de informação aos cidadãos pode ser uma das causas de tal circunstância que, muitas vezes, se dá pela forma de agir dos partidos políticos que, muito mais que representar a vontade popular, estão preocupados com a manutenção do poder (MELO, 2012, p. 144).

Segundo o filósofo, a participação popular nas democracias atuais somente é institucionalizada pelo Direito, que não se faz legítimo porque é justo, mas pelo processo de produção que torna o Direito justo, legítimo, democrático. Segue explicando que o direito é facticidade ao realizar os objetivos através da coerção, mas só se legitima na medida em que se

funda em argumentos racionais aprovados pelos seus destinatários (HABERMAS, 1997, p. 215).

Fomenta que deve haver sempre participação dos envolvidos nas discussões e decisões públicas, sendo que tal participação deve ser baseada em argumentos racionais, num verdadeiro agir comunicativo (DIAS, 2003, p. 101).

Habermas explica que a ação comunicativa representa um processo de comunicação e interação social, superando o paradigma de processo apenas de interpretação; o conhecimento cultural fica exposto ao teste do mundo.

A ação comunicativa assim, abre possibilidade das pessoas confirmarem suas identidades e pertencimento a determinados grupos sociais, por meio do processo de socialização, sendo, pois, abrangente e não restritivo.

A proposta de Habermas é a transição da ação estratégica, que segundo ele aliena para a ação comunicativa, por meio da qual os cidadãos possam dirimir seus conflitos de interesses através da discussão, buscando um consenso. O fruto do debate, provindo do agir comunicativo, servirá de base para impulsionar a defesa da democracia, garantindo maior participação popular e diminuição da dicotomia público e privado. É, pois, por meio do agir comunicativo, do debate, do entendimento, que haverá maior aproximação dos atores sociais com a Administração Pública. A teoria de Habermas, portanto, propõe que os participantes abandonem o egocentrismo e adotem critérios públicos de racionalidade do entendimento.

Dessa forma, pode-se perceber que o fundamento da teoria da democracia deliberativa de Habermas é a participação, por meio da comunicação, do diálogo, de todos os atores sociais envolvidos, sustentando que privilégios comunicativos devem ser removidos, de forma a garantir participação igualitária aos participantes.

O modelo ideal de democracia deliberativa de Habermas se funda em uma sociedade descentrada e se apoia na teoria do discurso, estabelecendo que, para êxito do processo de participação, todas as pessoas envolvidas devem ser incluídas e ouvidas, de forma a garantir a participação equitativa, bem como devem ter informações suficientes e claras para que tenham condições de participação relevante e efetiva no debate.

A democracia deliberativa concretiza-se por meio do discurso, do debate e da negociação entre os atores sociais, que solucionam os conflitos de maneira racional e justificando racionalmente as suas pretensões.

Por vezes, a participação para resolução dos conflitos sociais pode ser diminuída por inúmeros fatores, tais como: falta de informação, desinteresse, enfoques equivocados acerca da

matéria debatida, e demais empecilhos que interferem na formação da vontade. Entretanto, este conceito procedural de democracia culmina no entendimento de uma comunidade jurídica auto organizada e em um modo discursivo implantado por meio do direito.

3.2 *Audiência Pública como um instrumento de efetivação da Democracia Deliberativa*

Conforme já conceituado em capítulo anterior, a audiência pública consiste em uma reunião aberta em que se pretende a participação popular para debate de matéria de grande relevância e interesse público e contribuição para futura formação da motivação de tomadas de decisão.

Cabe, neste tópico, analisar como a audiência pública, à luz das teorias de Habermas, pode representar um mecanismo indutor da democracia deliberativa, vez que representa efetiva participação popular e, ainda, instrumento de controle social.

Basicamente, Habermas define que a democracia deliberativa deve ser efetivada por meio da participação popular na formação da decisão administrativa. Para o autor, a participação deve se dar por meio da ação comunicativa e pelo discurso, sendo garantida aos interessados a igualdade de condições de debate para que se comuniquem livremente e acordem racionalmente para obter a solução do conflito (DIAS, 2003, p.101-103).

Observa-se que na audiência pública os atores sociais tem oportunidade de se manifestarem previamente sobre matérias relevantes e de interesse comum. É garantida a pluralidade de opiniões e igualdade de participação dos cidadãos, que expressam racionalmente e fundamentadamente, em forma de discurso, sobre a matéria objeto de decisão futura pela Administração.

A racionalidade e fundamentação da manifestação são de suma importância, vez que dificulta que a autoridade consultora se desvincule da discussão e tome decisão diversa.

Com efeito, o resultado da audiência pública não vincula o administrador, mas quanto mais racional e fundamentado for o discurso dos participantes, menor a chance de ser dispensado pela Administração.

Nesse sentido, segundo a teoria de Habermas, “a opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode dominar por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo” (GUGLIANO, 2004).

Pode-se concluir que a audiência pública constitui instrumento adequado de comunicação e discurso, que abre espaço para que a sociedade solucione racionalmente suas

questões pragmáticas, racionais, morais e éticas. Assim, apesar de não ter sido tratada por Habermas, a audiência pública representa uma forma efetiva de participação popular e controle social, cumprindo os objetivos propostos pelas teorias da democracia deliberativa.

3.3 *Desafios da efetividade da Audiência Pública*

Não obstante os avanços trazidos pela Constituição de 1988 no que se refere à participação popular, conforme afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro, são grandes as dificuldades de efetivação, quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do poder público em implantar esses mecanismos (PIETRO, 1993, p. 38).

A forma democrática de governo ainda é imatura no cenário brasileiro, o que torna desafiadora a concretização da participação popular na administração pública, sendo o voto o referencial de participação, ainda que não expresse o verdadeiro sentido de autogoverno dos cidadãos.

A participação popular, de forma geral, é precária, apesar de serem crescentes os movimentos da sociedade civil organizada. A audiência pública tem ganhado expansão, entretanto, o desinteresse ou descrédito da população, a distância entre a consulta e a tomada de decisão, a manipulação e direcionamento dos resultados da audiência pública, bem como a limitação das informações sobre a matéria relevante a ser debatida, ainda se mostram desafios a serem superados para efetividade dos objetivos da audiência pública.

Cristina Andrade Melo descreve que a análise das deficiências inerentes à participação democrática na função administrativa pode ser feita em torno de quatro eixos principais: (i) ausência de cultura participativa da sociedade brasileira; (ii) captura dos movimentos sociais pelo Estado; (iii) manipulação por minorias articuladas e (iv) complexidade da vida moderna (MELO, 2012, p. 144).

Torna-se preocupante a inércia dos atores sociais, pois se abre espaço para a aceitação de tudo aquilo que lhes é ofertado, sem oportunidade de manifestação e argumentação, corrompendo o verdadeiro modelo de democracia por meio de extremismo, demagogia e aventureirismo político (MOREIRA NETO, 1992, p.23).

Nesse sentido, não se pode desconsiderar o risco de manipulação das minorias articuladas que podem tentar dar aparência de interesse público a questões que não são de interesse da coletividade. Nesse ponto, a falta de informação correta pode fazer com que os

participantes sofram influências negativas e manipuladoras acerca da matéria tratada (MELO, 2012, p. 145).

Especificamente em relação à audiência pública, alguns pontos podem se mostrar ainda mais negativos. O primeiro está relacionado ao caráter subjetivo da definição do que vem a ser matéria de relevância pública. Deixa-se adstrito ao administrador, de forma discricionária, à exceção da lei de licitações, sobre quando deve realizar a audiência pública, podendo ser comprometido o objetivo de tal instrumento de participação popular.

Por outro lado, há que se ter cuidado para que o instituto não seja banalizado, de forma a servir de consulta pública para assuntos de interesse do administrador ou de grupos minoritários como meio de justificar suas ações.

Ainda, há que ser considerado que a não vinculação do resultado da audiência pública à decisão do administrador, pode tornar o instrumento meramente formal, quando de sua realização obrigatória, ignorando as opiniões coletadas no curso da audiência.

A participação popular deve ser exercida ativamente pelos cidadãos, que devem deliberar desde o início, sobre temas que podem afetar direitos e interesses de todos, elaborar conjuntamente, argumentar, produzir provas e chegar a um consenso acerca da vontade geral. Assim, para se garantir um processo participativo democrático, não se deve aceitar algo previamente preparado, simplesmente fornecendo seu consentimento, exigindo, de toda forma, que as decisões emanadas pelas autoridades públicas sejam sempre motivadas e fundamentadas.

Apesar de tais considerações, atualmente, verifica-se um crescente interesse de participação da população na administração pública, motivada, talvez, pelo descrédito das instituições democráticas ou vontade geral de superação da corrupção sistêmica que se instaurou no cenário político-administrativo.

A audiência pública ainda caminha no sentido de efetivar seus objetivos, seja de real participação popular, em que os cidadãos podem intervir na tomada da decisão administrativa, orientando a Administração para que adote medidas que realmente atendam ao interesse público, seja o de controle social, pois podem os administrados acompanhar a atuação da Administração Pública, exigindo que o gestor público preste contas de sua atuação.

O controle social, segundo Streck e Adams (apud PEDRINI; ADAMS; SILVA, 2007) pressupõe corresponsabilidade com a “coisa pública” onde haja formulação conjunta de objetivos e metas com justiça social. Numa perspectiva mais republicana, a participação social deve acontecer de forma permanente, onde o indivíduo está inserido numa comunidade.

Conforme menciona Diogo Figueiredo Moreira Neto, a democracia tem dimensão

pedagógica, sendo o aprendizado um processo cultural que exige tempo e paciência para se vencerem as etapas necessárias à plena conquista da participação popular (MOREIRA NETO, 1992, p. 190).

Para se efetivar uma democracia participativa, nessa acepção, é necessário que as autoridades competentes incentivem as manifestações populares, no intuito de viabilizar que todos os cidadãos debatam acerca dos reflexos de determinada decisão e, assim, possam argumentar diretamente ou por meio de entidades representativas.

4. Considerações Finais

O presente artigo analisou se o instituto da audiência pública consiste em um mecanismo eficiente de participação popular e controle social, inserindo-se como indutor da democracia sob a perspectiva habermasiana.

A partir de uma abordagem descritiva, demonstrou-se como o instituto da audiência pública se introduziu no modelo de democracia brasileiro, a partir da Constituição de 1988 e no processo administrativo, por meio da Lei 9.784/99.

Superado o contexto descritivo e histórico, foi analisada a participação popular na democracia atual e identificadas as problemáticas relacionadas ao tema, tendo sido realizadas reflexões sobre a teoria da democracia deliberativa de Habermas, enfatizando sobre a inserção da audiência pública na rede de mecanismo discursivo e propulsor da democracia, além de garantidor da participação popular e controle social.

Por fim, foram feitas considerações acerca das deficiências apresentadas para efetivação dos objetivos da audiência pública como mecanismo de participação popular, controle social e impulsionador da democracia deliberativa. Isso porque, o cidadão, munido de maiores informações das ações públicas e aliado à crise de representatividade, tem maior interesse em participar da vida pública, da tomada de decisão e a audiência pública é um espaço de debate de ideias, de informação e de expressão da vontade popular.

Deste trabalho, pode ser extraída a conclusão de que o instituto da audiência pública preenche os requisitos habermasianos contidos na teoria do agir comunicativo e teoria do discurso, pois é ambiente que proporciona, em igualdade de condições, a participação popular através do debate democrático prévio da decisão administrativa.

Embora não tenha caráter vinculativo, a audiência pública oportuniza aos participantes o discurso fundamentado e racional, diminuindo a possibilidade do administrador desconsiderar

por completo o resultado oriundo da pluralidade de opiniões dos interessados, direcionando, de certa forma, a decisão administrativa.

Apesar de poder se afastar das conclusões alcançadas após os debates, a autoridade tem o dever de levar em consideração todos os argumentos expostos na audiência pública e apresentar os motivos do afastamento das referidas conclusões, explicando de forma fundamentada a decisão tomada.

Sabe-se que a efetivação das finalidades da audiência pública depende da prestação de informações objetivas e claras acerca da matéria de relevância pública aos interessados, cuidando o administrador de científicos sobre os procedimentos de realização a fim de que compareçam e participem, tendo condições de ofertar sua contribuição racional e argumentativa sobre a matéria debatida.

A precisa informação sobre o tema proposto para debate é de suma importância para que não se tenha desvio dos objetivos da audiência pública, evitando-se também as manipulações de grupos minoritários que tendem a querer imputar aparência de interesse público a interesses de minorias dominantes.

Por fim, conclui-se que a audiência pública é instrumento que garante a participação popular, é um poderoso mecanismo de controle social e preenche os requisitos elencados nas teorias de modelos ideais de democracia de Habermas, que pressupõe a participação popular de forma igualitária e argumentativa.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Sobre a realização de Audiência Pública para Licitações de Grande Vulto.** Comentário CELC nº 40, de 15/06/2001, divulgado no site www.celc.com.br, 2001. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2001/c40.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL, **Lei 8.625/93**. Diário Oficial da União, Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>, Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL, **Lei 8.666/93**. Diário Oficial da União, Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>, Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL, **Lei nº 9.868/99**. Diário Oficial da União, Brasília, 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaactualizada-pl.html>>, Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL, **Lei nº 9.784/99**. Diário Oficial da União, Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 08 dez. 2017.

CABRAL, Antônio. **Os efeitos processuais da audiência pública**. Revista Eletrônica de Direito Econômico nº 13, Salvador, fev., mar., abr./2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhman e Habermas**. - 2 ed. rev. e amp. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 19. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte, Editora Mandamentos, 2003.

GUGLIANO, Civitas – **Revista de Ciências Sociais**, v. 4. n. 2, jul.-dez. 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, 2^a edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MELO, Cristina Andrade. **A audiência pública na função administrativa**. Belo Horizonte, UFMG, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Editora dos Tribunais, 17^a Ed. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 4^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A tese central de Jürgen Habermas em facticidade e validade**. Revista Estudos Jurídicos Unisinos. Vol. 38. n. 3. setembro-dezembro 2005. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/uploads/30.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. rev. atual. e amp., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____ **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de Normalização**: normas da ABNT para

apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://WWW.pucminas.br/biblioteca/>>, Acesso em: 08 mai. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 209: p. 160, jul./set. 1997.

PEDRINI D.; ADAMS T.; SILVA, V.R. (org). **Controle Social de políticas públicas: caminhos, descobertas e desafios.** São Paulo: Paulus, 2007

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Participação Popular na Administração Pública.** R. Dir. Adm, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan/mar. 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático.** In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. 3^a edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SCHÄFER, Walter Reese. **Compreender Habermas.** Trad. Vilmar Schneider. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo.** Agosto/2002. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3145/a-audiencia-publica-no-processo-administrativo>>. Acesso em: 08 dez. 17.

CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA, RELAÇÕES CIVIL-MILITARES E CONTROLE CIVIL

Armando Albuquerque de Oliveira

Unipê/UFPB

Maria Aurea Baroni Cecato

Unipê/UFPB

Resumo

Um das questões centrais da consolidação das democracias é a relação entre civis e militares e o controle civil das instituições políticas sobre as instituições coercitivas, particularmente sobre as Forças Armadas. O problema deste artigo pode ser expresso da seguinte forma: É possível consolidar uma democracia sem o controle civil democrático sobre os militares? A hipótese aqui colocada aponta para a necessidade da instauração deste controle. Assim, o objetivo deste artigo é argumentar e corroborar a sua hipótese central. O método aqui utilizado é o bibliográfico.

Palavras-chave: Consolidação democrática, relações civil-militares, controle civil democrático.

Abstract/Resumen/Résumé

Of the central issues in consolidating democracies is the relationship between civilians and the military and civilian control of political institutions over coercive institutions, particularly the Armed Forces. The problem in this article can be expressed as follows: Is it possible to consolidate a democracy without democratic civilian control over the military? The hypothesis put forward here points to the need to establish this control. Thus, the purpose of this article is to argue and corroborate its central hypothesis. The method used here is the bibliographic one.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:

Democratic consolidation, Civil-military relations, Democratic civilian control

1. Introdução

Uma das questões centrais da consolidação das democracias é a relação entre civis e militares e o controle civil democrático das instituições políticas sobre as instituições coercitivas, particularmente sobre as Forças Armadas. A ideologia da tutela militar e das Forças Armadas como guardiães da “democracia” grassam a cultura política principalmente naqueles países que não conseguiram consolidar este regime político, como ocorre, por exemplo, na América Latina. Assim, as investigações acerca de alguns temas políticos passam, necessariamente, pela análise das relações civil-militares.

Contudo, esta matéria não tem recebido por parte dos estudiosos a devida atenção e a escassa literatura nacional dedicada ao tema pode ser tomada como um dos indicadores desta realidade. Assim, grande parte das obras concernente à teoria democrática no Brasil se situa no campo da democracia eleitoral ou política. Na contramão desta perspectiva, esta investigação privilegia o âmbito das instituições coercitivas, das relações civil-militares e, dentro destas, do problema concernente ao controle civil (David Pion-Berlin, 2001:33)¹ democrático sobre as Forças Armadas. Portanto, este é o problema central deste artigo: é possível consolidar uma democracia sem o controle civil democrático sobre os militares? A hipótese aqui colocada aponta para a necessidade da instauração deste controle.

Assim, o objetivo deste artigo é argumentar e corroborar a sua hipótese central, qual seja, uma democracia requer o controle civil democrático dos eleitos sobre os militares. O método aqui utilizado é o bibliográfico.

Para realizar a sua pretensão, o desenvolvimento deste artigo está dividido em duas seções: A primeira trata da definição mínima de uma democracia e a segunda analisará as relações civil-militares e o controle civil democrático sobre as Forças Armadas.

2. Por uma definição mínima de democracia

¹Definições de controle civil abundam, mas a maioria converge em alguns temas inter-relacionados relacionados a poder, funções, organizações, regras e valores. Deve haver uma distribuição de poder que permita às autoridades constitucionais fazerem políticas com as expectativas de que as forças armadas as levarão a cabo. Há uma divisão funcional do trabalho com civis definindo o curso geral e preenchendo os detalhes técnicos. Devem existir instituições de defesa para canalizar, regular e rotinizar o fluxo de influência e informação da esfera política para a militar e vice-versa. E as forças armadas não devem agir apenas profissionalmente e não-deliberadamente, mas também acreditar no direito dos civis de governá-las.

Esta seção tem por objetivo apresentar a concepção procedural mínima de democracia nos termos de Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán (2001). Apresenta, ainda, a crítica levada a efeito contra as concepções subminimalistas. E, por fim, por se tratar de uma definição empírica de democracia, passa a exibir as regras de codificação e agregação utilizadas para classificá-la e diferenciá-la dos demais regimes políticos.

Inicialmente, é preciso que se diga que Mainwaring *et alii* (2001) rejeitam tanto as definições não-procedurais² de democracia quanto às definições procedurais (sub)mínimas. Diversamente daquelas concepções, propõem uma definição procedural mínima da democracia e, em consonância com Sartori (1976:61), compreendem que uma definição é mínima quando:

“[...] todas as propriedades ou características de um ser que não são indispensáveis para sua identificação são apresentadas como propriedades variáveis, hipotéticas – não são como propriedades definidoras. Isso equivale a dizer que tudo o que ultrapassa uma caracterização mínima é deixado à verificação – não é declarado verdadeiramente por definição”.

Assim, tomam como ponto de partida uma definição mínima de democracia³ que comprehende quatro propriedades: a primeira delas é a existência de eleições “competitivas livres e justas para o Legislativo e o Executivo”; a segunda comprehende uma cidadania adulta e abrangente; a terceira se refere à proteção das liberdades civis e dos direitos políticos; finalmente, a quarta, consiste em que os governantes eleitos de fato governem (o que implica no controle civil democrático sobre os militares).

Em seguida os autores fundamentam as suas análises em regras claras de codificação e agregação para que possam classificar os regimes. Eles procedem, a partir daquelas propriedades, a uma desagregação do conceito de democracia a partir da qual estabelecem uma “medida global do regime”.

Finalmente, rejeitando uma classificação dicotômica dos regimes políticos (democracia-autoritarismo), eles propõem uma classificação tricotômica que insere um termo intermediário que se configura como uma forma híbrida de regime: a semidemocracia. Esta contempla uma ou mais daquelas propriedades apenas parcialmente.

²Os autores se referem particular à definição de Bollen.

³Outras propriedades que são igualmente importantes para uma definição de democracia, e que Mainwaring *et alii* (2001) reconhecem, contudo, excluem do conceito mínimo, são aquelas relativas à igualdade social e a accountability.

2.1 A crítica de Mainwaring et alii à definição (sub)mínima de democracia

No que concerne às definições (sub)mínimas de Schumpeter (1961), Dahl (1971) e Przeworski *et alii* (2000) entre tantas outras, Mainwaring *et alii* (2001) estão de acordo com a sua primeira dimensão, qual seja, a de uma democracia procedural que escolhe em eleições livres e justas o chefe do poder executivo e o corpo legislativo. Essa é uma dimensão necessária da democracia, mas não se pode tomá-la como suficiente. As outras três propriedades devem também ser levadas em consideração, pois sem elas alguns regimes não-democráticos são incluídos na categoria de democracia.

Uma crítica à Przeworski *et alii* (2000) e as suas posições de que a classificação dos regimes políticos deve confiar exclusivamente em julgamentos observáveis e não em julgamentos subjetivos. Aqui os autores criticam a distinção pouco nítida de Przeworski *et alii* (2000) entre o “observável” e o “subjetivo”, e os acusa de não dar relevância à própria subjetividade contida “em seus próprios julgamentos sobre a liberdade e a isenção das eleições” (Mainwaring *et alii* 2001:652). Afirmam, por um lado, que as quatro dimensões constitutivas de uma definição mínima de democracia são observáveis. Por outro lado, asseveram que reduzir a definição de democracia a eleições competitivas conduz à desconsideração de dimensões importantes da democracia tais como a extensão do direito de voto à grande maioria da população adulta, a proteção dos direitos políticos e das liberdades civis e, por fim, verificar se as autoridades eleitas efetivamente governam. Portanto, não é possível considerar o caráter meramente eleitoral da democracia, deixando de lado aspectos igualmente importantes e correlatos a essa primeira dimensão.

Em primeiro lugar, é preciso que se reafirme que um dos traços que distingue fundamentalmente as democracias dos séculos XVIII e XIX e as democracias contemporâneas é o fato de que naquelas o sufrágio era restrito, e nestas, o sufrágio é universal. Assim, a cidadania inclusiva é, sem dúvida alguma, um dos atributos de uma definição procedural mínima de democracia.

Em segundo lugar, não se pode falar em eleições livres e justas se não existe respeito às liberdades civis fundamentais tradicionalmente associadas à democracia. Sem a proteção de liberdades civis o processo eleitoral em si é ilegítimo.

Portanto, as liberdades de expressão, de organização e de participação da oposição são necessárias para que se tenha um processo eleitoral competitivo, livre e justo. Mesmo Dahl (1971 e 2001), reconhece que a mesma requer tais garantias institucionais.

Em terceiro lugar, a democracia eleitoral não garante que os governos eleitos não violem os direitos fundamentais do homem. Diversos governos eleitos em processos que atendem razoavelmente a primeira dimensão democrática violaram aqueles direitos. São regimes ditos democráticos, mas que não contemplam a dimensão liberal da democracia. Como afirma Zakaria (2004), são democracias iliberais⁴, isto é, regimes políticos que não obstante contemplem uma dimensão eleitoral da democracia, não observam os limites constitucionais e violam frequentemente as liberdades civis.

Em quarto lugar, pode-se ainda encontrar regimes políticos que mesmo após realizarem eleições competitivas e livres, observa-se que a ausência do controle civil sobre os militares, os eleitos na verdade não passam de meros títeres das forças armadas. Honduras e Tailândia⁵ são tomadas por Mainwaring et alii como protótipos dessas democracias. Porém, não são poucos os países latino-americanos que durante o século XX elegeram os seus chefes do executivo e o seu parlamento em eleições competitivas e livres, mas, no entanto, mantiveram-se nesses governos sob tutela militar.

Portanto, uma definição de democracia que não contemple as quatro dimensões propostas por Mainwaring et alii (2000) e que se restrinja apenas ao caráter eleitoral da democracia, poderá encontrar-se em sérias dificuldades para classificar os regimes políticos tendo em vista a insuficiência de elementos constitutivos da mesma.

2.2 Regras de codificação e agregação para classificar regimes políticos

Uma vez estabelecida a definição procedural mínima de democracia e realizada a crítica de suas concepções (sub)mínimas, os autores passam de imediato a uma regra de

⁴ Definindo uma democracia iliberal afirma Zakaria (2004:17) “Através do globo, regimes elegeram democraticamente aqueles que, com freqüência foram reeleitos ou confirmados por referendo, estão ignorando rotineiramente os limites constitucionais dos seus poderes e privando os cidadãos de direitos básicos. Estes fenômenos perturbadores - visível do Peru aos territórios palestinos, de Gana à Venezuela - poderia ser chamado 'democracia' iliberal'”.

⁵ No dia 19 de setembro de 2006 ocorreu um golpe de Estado na Tailândia. Aproveitando a ausência do primeiro-ministro tailandês Thaksin Shinawatra, que se encontrava em Nova York para participar da Assembléia Geral das Nações Unidas, o general SonthiBoonyaratglin declarou o golpe e passou a controlar o governo provisório que deverá governar o país observando a sua lealdade ao rei e chefe de Estado BhumibolAdulyadej. Dois dias depois, o general Boonyaratglin convocou os responsáveis pelos veículos de comunicação do país e proibiu a divulgação de “matéria de opinião”.

codificação e de agregação de cada uma das dimensões da democracia, quais sejam, em primeiro lugar as eleições para o legislativo e o executivo; em segundo lugar o caráter inclusivo do direito de voto; em terceiro lugar, o respeito aos direitos políticos e as liberdades civis; e finalmente, o efetivo exercício do poder pelos eleitos. Tal codificação contempla dois níveis de violação das quatro propriedades da democracia: violações parciais e violações graves.

A condição necessária para considerar-se a primeira dimensão como plenamente contemplada é a de que “Em uma *democracia*, o chefe de governo e os membros do Legislativo são escolhidos em eleições livre e limpas” (grifo do autor, Mainwaring *et alii* 2001:658). Portanto, é necessário que as eleições decorram em um clima de igualdade entre governistas e oposicionistas e que o pleito ocorra dentro de condições livre e justas, o que denota a inexistência de violações. Ao contrário, eleições em que ocorrem fraudes, perseguição à oposição, os militares vetam determinadas candidaturas presidenciais e inexistem condições de igualdade no pleito, configuram-se em violações parciais do processo eleitoral. Por fim, ocorrem violações graves quando os membros dos poderes executivo e legislativo não são eleitos, quando a vitória eleitoral é garantida por meios escusos (patronagem, repressão, etc.), quando os partidos de oposição são inviabilizados quando os vitoriosos não são empossados.

No que concerne à segunda propriedade, o direito de voto deve ser inclusivo, assim como Dahl (1971), Mainwaring *et alii* (2000) considera que uma democracia deva contemplar uma cidadania inclusiva, isto é, o sufrágio adulto universal. Nesse sentido, quando alguns grupos sociais (Mainwaring *et alii*, 2001:659)⁶ são privados do direito de voto, tem-se aí uma violação parcial dessa propriedade. Observa-se ainda que uma parcela considerável da população adulta seja destituída do direito de voto por razões de ordem étnicas, de classe, de gênero, etc. Nesse caso se considera que tal cerceamento se configura em violação grave.

Quanto à observância das liberdades civis, afirmam Mainwaring *et alii* (2001:659): “Em uma *democracia*, violações aos direitos humanos não são comuns, os partidos são livres para se organizar e o governo respeita as garantias constitucionais” (grifo do autor). Assim, quando ocorrem violações dos direitos humanos, ainda que não seja de forma tão sistemática, que interferem na capacidade de organização da oposição; quando há censura dos meios de comunicação de massa e a interdição de partidos ou candidatos no processo eleitoral, têm-se aí uma violação parcial desse princípio da democracia. Ocorre violação grave quando os direitos fundamentais são clara e sistematicamente desrespeitados e a mídia de oposição se encontra

⁶ Vários países considerados democráticos excluem os doentes mentais, os presos, os estrangeiros com visto permanente de residência, os não-residentes e os integrantes das Forças Armadas.

sob censura; quando os partidos políticos de oposição são impedidos de se organizar e são apenas permitidos partidos de uma oposição consentida e controlada pelo governo.

Finalmente, no que diz respeito à última dimensão da democracia, isto é, se as autoridades eleitas efetivamente exercem o governo, verifica-se uma violação parcial dessa dimensão “[...] quando os líderes militares ou as Forças Armadas como instituição têm o poder de veto sobre políticas importantes em algumas áreas não relacionadas com questões propriamente militares” (Mainwaring *et alii*, 2001:660). Há uma violação grave quando as políticas públicas não relacionadas estritamente com as Forças Armadas são claramente dominadas pelas mesmas. Assim, numa democracia o poder civil deve possuir um pleno controle sobre os militares.

Com base, portanto, numa definição procedural mínima de democracia e das regras de agregação acima explicitadas, os autores elaboram uma classificação de regimes políticos que contempla no período compreendido entre 1945 e 1999 em dezenove países latino-americanos “Trata-se de uma classificação tricotômica ordinal, que varia de mais democrático a menos democrático. Ela não faz distinção entre diferentes tipos de regimes manifestamente não democráticos” (Mainwaring *et alii*, 2001: 662).

Assim, são considerados democráticos aqueles regimes nos quais os governos não cometem nenhuma violação de nenhum dos quatro critérios. São considerados como autoritários aqueles que apresentam uma ou mais violações graves. Finalmente, são considerados semidemocráticos aqueles regimes cujos governos apresentarem apenas violações parciais.

3. Relações civil-militares e controle civil democrático

A literatura acerca da terceira onda de democratização lida com diversas variáveis independentes, entre elas as relações civil-militares e o controle civil (Zaverucha 1994, 2000 e 2005; Stepan 1988; Desch 1996 e 1999; Hunter 1997; Santos 1998; Ficht 1998; Pion-Berlin 2001; Bruneau e Goetze 2006). O controle civil democrático sobre as Forças Armadas como parte constitutiva essencial relações civil-militares, configura-se como uma condição necessária para a consolidação da democracia. Esta investigação possui como variável dependente o controle civil, enquanto as prerrogativas e as contestações militares se colocam como suas variáveis independentes.

Enfatizando que este artigo assume uma definição procedural mínima de democracia nos termos de Mainwaring *et alii* (2001). Compreende-se, portanto, que um regime democrático contempla quatro propriedades: a) eleições periódicas, livres e justas; b) cidadania inclusiva; c) proteção dos direitos civis e políticos; e, d) que as autoridades eleitas governem de direito e de fato. Esta última propriedade implica, entre outras coisas, que haja um controle civil democrático sobre os militares.

Para que autoridades civis eleitas exerçam o poder político na sua plenitude, sem interferência de nenhum outro grupo, a exemplo dos militares, é necessário que estes estejam sob o controle daquelas autoridades. Como assevera Fitch (1998) uma democracia também requer relações civil-militares democráticas. Assim, no que diz respeito às relações entre civis e militares, uma democracia requer o controle civil democrático sobre as Forças Armadas. Portanto, a análise das relações civil-militares e do controle civil democrático constitui o objeto desta seção.

O fim da guerra fria e a transição de regimes não-democráticos para a democracia, ocorrida em escala mundial no final do século passado, trouxeram consigo um novo desafio para os novos regimes no âmbito das relações civil-militares. Países com controle civil não-democrático (em particular, os pós-comunistas do leste europeu) e países onde esse controle era inexistente (a exemplo das ditaduras militares latino-americanas), passaram a enfrentar a árdua tarefa de estabelecer um controle civil democrático sobre as suas Forças Armadas. Tilly (1992) denomina de “*military control*” a presença dos seguintes elementos em uma sociedade: a) o exercício da liderança política por atores militares; b) a existência de uma lei marcial; c) a autoridade extrajudicial exercida pelas forças de segurança; d) ausência de controle político central sobre as Forças Armadas; e) ocupação por forças militares estrangeiras. Ao contrário, ocorre o controle civil em uma sociedade quando: a) declina a liderança política dos militares; b) inexistente uma lei marcial; c) restringe-se a autoridade extrajudicial das forças de segurança; d) aumenta o controle centralizado sobre as Forças Armadas; e) inexistência de ocupação por forças militares estrangeiras.

Neste novo contexto mundial, ocorrem profundas mudanças nos papéis enas missões dos militares (Arceneaux 2001; Shemella 2006), no ambiente de segurança (Desch 1999), nos papéis desempenhados pelas Forças Armadas no passado e no presente (Goodman 1996), na concepção de segurança nacional (Giraldo 2006; Porch 2006), na relação entre Ministério da Defesa e controle civil democrático (Bruneau e Goetze JR 2006), entre outras. Assim, para novos tempos, novas relações civil-militares.

No entanto, uma questão fulcral a ser resolvida nas relações entre as autoridades civis eleitas e os militares é exatamente o modo pelo qual estes serão submetidos àqueles. Nos Estados tradicionalmente democráticos as Forças Armadas são rigorosamente submetidas ao controle das autoridades civis. Nas novas democracias da *terceira onda* ainda há muito a ser feito sobre esta questão. Assim, o estabelecimento de um controle civil democrático sobre os militares permanece sendo um dos grandes desafios das novas democracias eleitorais.

3.1 Definindo e problematizando as relações civil-militares e o controle civil

A primeira definição a ser aqui tratada é a de *relações civil-militares*. Para Huntington (1996:19) “A relação entre civis e militares constitui um dos aspectos da política de segurança nacional. O objetivo da política de segurança nacional é fortalecer a segurança das instituições sociais, econômicas e políticas contra ameaças que surjam de outros países independentes”. Desta forma, a questão central das relações civil-militares nos países democráticos é manter a sua defesa contra inimigos externos utilizando Forças Armadas que agem sob o comando de lideranças políticas legitimamente eleitas.

A segunda definição é a de controle civil. Segundo Zaverucha (2000:11) “Trata-se da capacidade das autoridades constituídas (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a sociedade civil organizada (sindicatos, associações, imprensa, etc.) limitar o comportamento autônomo das Forças Armadas, eliminando, por conseguinte, enclaves autoritários dentro do aparelho de Estado”. Em outras palavras, o controle civil concerne ao modo pelo qual os atores civis de uma sociedade limitam o comportamento autônomo das Forças Armadas, eliminando aqueles enclaves que propiciam tal comportamento.

Uma vez dadas tais definições, passa-se agora a tratar de três questões: a) Quais as fontes de tensões nas relações civil-militares? b) Quais os padrões contemporâneos de relações civil-militares? c) Quais os mecanismos utilizados com a finalidade de exercer o controle civil democrático sobre os militares?

A primeira questão procura saber quais as principais fontes de tensões entre civis e militares. De acordo com Bruneau e Tollefson (2006:23) “As normas e condições culturais fundamentalmente diferentes que existem entre líderes políticos e oficiais militares sempre serão uma fonte de tensão em uma democracia”. Em seguida passam a citar algumas das principais tensões:

1) Enquanto os políticos florescem em situações de ambigüidade e incertezas, os militares procuram claridade nas missões e certeza de condições na realização da mesma;

2) os militares focam as suas atividades sobre equipamento e treinamento para vencer guerras e precisam de políticas estatais que forneçam os recursos necessários para a manutenção destas atividades;

3) as tensões entre militares e políticos surgem também de desapontamentos e insatisfações anteriores em relação às lideranças políticas;

4) ocorrem essenciais diferenças entre as culturas estratégicas dos militares e dos políticos em uma democracia, fazendo com que os primeiros vejam as elites governantes como antimilitarista e portadora de uma ideologia estranha ao *éthos* de neutralidade política dos militares.

5) por fim, a responsabilidade política também se configura como uma fonte de tensão entre militares e civis. Situações políticas que caracterizam corrupção e decadência moral das lideranças políticas é um convite às lideranças militares a se colocarem como uma das poucas instituições morais na sociedade e, em nome do seu resgate da incompetência e da corrupção das autoridades civis toma o poder através de um golpe de Estado.

A segunda questão quer saber quais os modos possíveis de relacionamento entre civis e militares? Quais são os padrões contemporâneos destas relações? Evidentemente não há uma idéia homogênea entre os estudiosos desta questão. Segundo Desch (1996), Um critério utilizado por diversos autores é o da dicotomia “*good*” e “*poor*” entre tais relações. Consideram-se “*good*” as relações civil-militares quando as Forças Armadas permanecem estritamente dentro das suas atribuições profissionais, e “*poor*” aquelas relações em que os militares extrapolam esses limites e interferem em áreas claramente não-militares. Consideram-se ainda “*poorest*” as relações civil-militares dadas em situações resultantes de golpes militares. Diversamente, Desch (1996) mede as relações civil-militares a partir do exame do modo pelos quais os líderes civis e militares negociam as diferenças políticas entre eles. Assim, a relações civil-militares são melhores nos países onde as autoridades civis são capazes de prevalecer nas disputas políticas com os militares. Uma outra concepção das relações civil-militares é de que a mesma constitui uma “trindade” (*trinity*) composta pelo controle civil democrático, pela efetividade e pela eficiência (Bruneau 2005). As instituições necessárias para realizar esta trindade são quatro: um ministério da defesa, uma legislatura, um processo interagência e um sistema de inteligência.

Outra perspectiva de análise das relações civil-militares diz respeito à missão dos militares e ao ambientes de ameaça (*threat environments*). A melhor forma de identificar a missão das Forças Armadas e o seu ambiente de ameaça é examinando a sua doutrina Desch,

(1999). Se este ambiente tem como foco ameaças externas, produz-se um ótimo padrão de relações civil-militares. Este é o padrão encontrado nas democracias consolidadas. Se o foco das ameaças é interno isso produz uma maior dificuldade do estabelecimento de um controle democrático civil sobre as Forças Armadas. Este padrão se apresenta na maioria dos países cujas democracias ainda não estabeleceram o pleno controle civil democrático sobre os militares.

Para Stepan (1971) existem quatro modelos ou tipos ideais de relações civil-militares: o aristocrático, o liberal, o comunista e o profissional. O modelo aristocrático se configura pela congruência natural dos interesses entre civis e militares tendo em vista que a oficialidade se autodefine como parte constitutiva da aristocracia. No modelo liberal de relações civil-militares, as elites civis procuram manter os militares fora da esfera das deliberações políticas. No modelo comunista há uma clara integração entre as Forças Armadas e a sociedade. Boa parte dos altos oficiais do Exército são membros do Partido Comunista. Nesse aspecto o padrão comunista se assemelha ao padrão aristocrático. No entanto, os militares nas suas ações políticas agem como membros do Partido Comunista e não como militares. Há, ainda, o controle das atividades militares através dos membros do partido presentes nas unidades militares, nos serviços de inteligência e através dos processos de expurgos ideológicos. Finalmente, no modelo profissional de relações civil-militares, ocorre o reconhecimento da autonomia da profissionalização militar. Assim, não é porque os militares compartilham com os valores sociais e políticos, com as ideologias ou com as políticas dos governos civis, que obedecem as autoridades eleitas, mas porque são indiferentes a elas e obedecem aquelas autoridades por um dever de obediência.

É possível, ainda, verificar as relações civil-militares a partir do tipo de controle civil. Huntington (1996) fez uma clássica distinção entre controle civil subjetivo e controle civil objetivo⁷. O fato é que os políticos frequentemente não resistem à tentação de colocar os militares na arena política trazendo-os para a sua facção e colocando-os contra a facção política adversária. Esse esforço para controlar os militares politizando-os e fazendo com que os mesmos se assemelhem ao setor civil, é o que se denomina de controle civil subjetivo. Para Huntington (1996:102) “*O controle civil subjetivo atinge o seu fim ao tornar civis os militares, fazendo deles o espelho do Estado. [...] a essência do controle civil subjetivo é a negação de*

⁷Desch (1996:14) resume o controle civil objetivo como sendo os mecanismos *que envolvem concessão significativa à autonomia das Forças Armadas na esfera estritamente militar em troca de completa lealdade política.*

uma esfera militar independente”. Ao contrário, o controle civil objetivo implica na vigorosa profissionalização dos militares e da sua atuação na área que lhe é específica. Afirma Huntington (1996), “*O controle civil objetivo atinge o seu fim ao militarizar os militares, tornando-os o instrumento do Estado*” e continua “*A essência do controle civil objetivo é o reconhecimento do profissionalismo militar autônomo*”.

Assim, o controle civil objetivo envolve:

- “1) um alto nível de profissionalismo militar e o reconhecimento dos militares dos limites da sua competência profissional;
- 2) a efetiva subordinação dos militares aos líderes políticos civis que tomam as decisões básicas sobre política externa e militar;
- 3) o reconhecimento e a aceitação pelas lideranças de uma competência e autonomia na área profissional militar;
- 4) como resultado, tem-se a minimização da intervenção militar na política e da intervenção política na esfera militar”. (Huntington, 1996b:3-4)

Finalmente, Huntington (1996) vislumbra cinco padrões de relação entre civis e militares com base no relacionamento entre o poder, o profissionalismo e a ideologia. Três deles são denominados de “ideologia antimilitar”. O primeiro caracteriza-se pelo alto poder político e baixo profissionalismo militar. Dois tipos de países desenvolvem este padrão: os atrasados, onde ocorre um baixo profissionalismo das Forças Armadas; e os mais adiantados, quando sob ameaça de sua segurança os seus militares ganham mais poder político. Países do Oriente Próximo, da Ásia e da América Latina, possuem este tipo de padrão.

O segundo padrão de “ideologia antimilitar” se caracteriza pelo baixo poder político e pelo baixo profissionalismo militar. Neste padrão a ideologia cumpre um papel central, pois a sua intensidade termina por incidir sobre os militares. Os totalitarismos do século XX tiveram propensão por este padrão e a Alemanha durante a Segunda Grande Guerra é uma boa ilustração.

O terceiro e último padrão de “ideologia antimilitar” se configura pelo baixo poder político e pelo alto profissionalismo militar. Este padrão é característico das sociedades que sofrem poucas agressões externas. É o caso dos Estados Unidos no interregno entre a Guerra Civil e a Segunda Grande Guerra.

Passa-se agora para os dois padrões de “ideologia pró-militar”. O primeiro deles se configura pelo alto poder político e alto profissionalismo militar. Este padrão se caracteriza por uma ideologia simpática aos valores militares que lhes atribui um alto grau de poder político e

profissionalismo. Não obstante este padrão, Huntington afirma a possibilidade da manutenção do profissionalismo e do controle civil objetivo sobre os militares.

Por fim, o segundo padrão de “ideologia pró-militar” contempla baixo poder militar e alto profissionalismo militar. Este padrão se caracteriza pelo baixo nível de ameaça externa e por uma ideologia simpática as concepções militares. Contemporaneamente, a Grã-Bretanha, em certa medida, ilustra este padrão.

Para Zaverucha (2000: 22) a distinção estabelecida por Huntington (1996) acerca dos controles subjetivo e objetivo, já não é esclarecedora nos dias atuais, pois o “*Controle objetivo civil não anda, necessariamente, junto com profissionalização militar*” e cita o caso brasileiro no período iniciado em 1964 como sendo aquele em que os militares alcançaram o auge do seu profissionalismo. Assim, a profissionalização e a autonomia militar na esfera específica são necessárias para a consecução do controle civil democrático, não obstante, ela não é a sua garantia. Ao contrário, ela pode perfeitamente ensejar o desejo de uma autonomia política que em última instância resulta em tentativas de golpe.

Ele segue o modelo de análise proposto por Stepan que investiga as relações civil-militares a partir de prerrogativas destes últimos frente aos civis. Tais prerrogativas:

“[...] referem-se àquelas áreas em que, desafiados ou não, os militares, como instituição, assumem que possuem um direito ou privilégio adquirido, formal ou informal, de exercer controle efetivo sobre sua governança interna, para desempenhar um papel dentro dos limites extramilitares. áreas do aparato estatal, ou mesmo para estruturar as relações entre o Estado e a sociedade política ou civil”. (Stepan 1988:93).

Analizando as prerrogativas militares no Brasil e no Cone Sul Stepan (1988) utiliza as seguintes prerrogativas: 1. Papel independente constitucionalmente sancionado ou militar no sistema político; Relacionamento 2. Military ao chefe executivo; 3. Coordenação do setor de defesa; 4. Participação militar em serviço ativo no gabinete; 5. Papel da legislatura; 6. Papel dos funcionários civis de carreira ou nomeados políticos civis; 7. Papel na inteligência; 8. Papel na polícia; 9. Papel nas promoções militares; 10. Papel nas empresas estatais; 11 Papel no sistema legal

Para analisar os governos de Collor, Itamar e o primeiro mandato de FHC, Zaverucha (2000) utiliza as seguintes prerrogativas: Pr 1 – Forças Armadas garantem os poderes constitucionais a lei e a ordem; Pr 2 – Potencial para os militares se tornarem uma força independente de execução durante intervenção interna; Pr 3 – Militares controlam principais agências de inteligência; parca fiscalização parlamentar; Pr 4 – Polícia militar e Bombeiros sob parcial controle das Forças Armadas; Pr 5 – Alta possibilidade de civis serem julgados por

tribunais militares mesmo que cometam crimes comuns ou políticos; Pr 6 – Baixa possibilidade de militares federais da ativa serem julgados por tribunais comuns; Pr 7 – Falta de rotina legislativa e de sessões detalhadas sobre assuntos militares domésticos e de defesa nacional; Pr 8- Ausência do Congresso na promoção de oficiais-generais; Pr 9 – Forças Armadas são as principais responsáveis pela segurança do presidente e vice-presidente da República; Pr 10 – Presença militar em área de atividade econômica civil (indústria espacial, navegação, aviação, etc.); Pr 11 – Militares da ativa ou da reserva participam do gabinete governamental; Pr 12 – Inexistência do Ministério da Defesa; Pr 13 – Forças Armadas podem vender propriedade militar sem prestar contas totalmente ao Tesouro; Pr 14 – A política salarial do militar é similar à existente durante o regime autoritário; Pr 15 – Militar tem o poder de prender civil ou militar sem mandato judicial e sem flagrante delito nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

Stepan (1998) e Zaverucha (2000) utilizam o mesmo modelo de análise que consiste, fundamentalmente, numa função de duas variáveis: a) o grau de abrangência das prerrogativas militares; e b) o nível e contestação militar ao controle civil.

Considerando, assim, a matriz 2 x 2, abaixo, as variáveis terão as seguintes combinações possíveis:

		Prerrogativas	
		Alta	Baixa
Contestação	Alta	y	z
	Baixa	x	w

1º) y, onde o grau de contestações ao controle civil é alto e as prerrogativas militares também são altas, o que seria insustentável para as lideranças civis; 2º) z, onde o grau de contestação é alto e as prerrogativas são baixas, o que não é factível para os militares; 3º) w, onde o baixo grau de contestação e as baixas prerrogativas conduzem ao controle civil democrático sobre os militares; e, finalmente, 4º) x, onde o baixo grau de contestação e as altas prerrogativas levam a acomodação civil desigual.

Uma outra análise das relações civil-militares é apresentado por Ficht (1998), para quem é possível observar diferentes padrões de relações civil-militares nos países latino-americanos após as transições para democracia. São elas: a) controle democrático; b) condicional subordinação; c) tutela militar; e, d) controle militar.

Nas democracias consolidadas as relações civil-militares se caracterizam pelo padrão *controle democrático*. Neste caso, as Forças Armadas estão vigorosamente subordinadas ao controle político das autoridades civis.

Nas democracias ainda não consolidadas as relações civil-militares se caracterizam pelo padrão *subordinação condicional* dos militares. Neste caso, em circunstâncias normais os militares não interferem nas questões de ordem políticas. No entanto, observa-se que o elevado grau de prerrogativas e de reserva de domínio em áreas não-militares, propiciam um alto grau de autonomia as Forças Armadas. Estas, em tempo de crise, exercem uma influência política indireta sobre as autoridades civis. Portanto, há um controle político limitado pelas autoridades civis sobre as Forças Armadas e uma influência indireta destas com objetivos também limitados.

Nos regimes em que as relações civil-militares se caracterizam pelo padrão da *tutela militar*, as autoridades civis possuem um baixo controle político sobre as Forças Armadas e, estas, influenciam direta e indiretamente a política.

Por fim, nos regimes onde as relações civil-militares se caracterizam pelo padrão do *controle militar*, a despeito da presença de civis em posição de poder, são os militares que governam. Neste caso, há um total controle militar sobre as autoridades civis e inexiste qualquer tipo de controle político sobre as Forças Armadas.

Finalmente, a terceira questão quer saber quais são os mecanismos que podem ser utilizados com a finalidade de exercer o controle civil democrático sobre os militares. Young (2006:24) afirma que “Na democracia, as atividades e missões dos militares são estabelecidas, controladas e limitadas pelas autoridades políticas por meio de mecanismos como uma constituição, leis, políticas e regulamentações”. Em seguida ele enumera uma série de mecanismos tais como o limite das missões militares, a limitação do seu contingente, a limitação do orçamento militar, as limitações constitucionais e as infraconstitucionais, a instauração de uma cultura profissional, a adoção de normas sociais e, finalmente, uma imprensa livre.

Assim, as autoridades civis devem estabelecer os limites das missões militares como um meio de assegurar a inexistência de conflitos entre elas e as Forças Armadas. De um modo geral estes limites se referem às atividades de defesa contra inimigos externos, evitando, assim, que os militares interfiram nas ações relativas à manutenção da lei e da ordem internamente (função precípua do aparato policial).

Devem, ainda, limitar o seu tamanho, pois isso representa um menor perigo interno para a sociedade.

Limitar o orçamento das Forças Armadas também propicia as autoridades civis um maior controle sobre os gastos militares, inclusive em relação à alocação do orçamento.

As limitações constitucionais e infraconstitucionais também propiciam um forte controle civil tendo em vista que elas estabelecem, dentro de uma burocracia de cunho racional-legal, as devidas prerrogativas e a legitimidade de cada um dos atores sociais.

A cultura de profissionalismo contribui para constranger os militares no sentido de observar as normas democráticas (Huntington 1996a). Em uma democracia os constrangimentos sociais e políticos ajudam a manter o controle civil sobre os militares.

Finalmente, a liberdade de imprensa permite que em uma sociedade democrática o controle sobre os militares seja mais efetivo, pois a exemplo de outros casos, ocorre a publicização e consequente controle do papel institucional das Forças Armadas por parte da sociedade civil.

Embora o fim da guerra fria tenha conduzido boa parte dos Estados não-democráticos a processos diversificados de redemocratização, para Huntington (1996b), as novas democracias precisam reestruturar as suas relações civil-militares e, nessa arena, vários fatores jogam um importante papel. Em primeiro lugar, faz-se necessário uma larga difusão e aceitação das normas de profissionalização militar e controle civil sobre os mesmos em escala mundial. Em segundo lugar é preciso que o controle civil sobre os militares seja desejável por ambas as lideranças. Por fim, a reforma das relações civil-militares impõe poucos custos e dissemina benefícios, ao contrário de outras reformas.

No caso específico da América Latina, afirma Rial (1996), as coincidências do fim dos regimes autoritários, da guerra fria e do combate interno ao movimento comunista internacional, requerem também novas missões militares que sejam congruentes com a atual realidade. Apesar dos militares perderem gradativamente o seu tradicional papel de “poder moderador”, diz ele, as Constituições dos diversos Estados latino-americanos ainda permanecem estabelecendo a segurança nacional, a defesa da Constituição e das suas leis como principal missão. Em alguns outros países se verifica a responsabilidade dos militares pela manutenção da ordem pública.

É possível ainda enumerar algumas dessas missões: 1) em algumas operações os militares têm cumprido missões pertinentes à polícia tais como o combate ao narcotráfico e ao contrabando de armas; 2) em algumas situações têm ajudado também o governo em programas

de desenvolvimento social e econômico; 3) participam ainda de missões de paz internacional entre outras missões.

Portanto, ao lado da democratização das instituições políticas, observa-se também a necessidade da democratização das instituições coercitivas e, com ela, a instauração de relações civil-militares democráticas. Tal mudança implica, entre outras coisas, atribuir às Forças Armadas aquelas missões que lhes são próprias.

4. Considerações finais

Este artigo procurou investigar o tema das relações civil-militares e do controle civil sobre as Forças Armadas como condição necessária no âmbito da consolidação democrática.

Ao tentar responder o problema central do mesmo, isto é, se é possível consolidar uma democracia sem o controle civil democrático sobre os militares, o desenvolvimento da sua análise aponta para esta impossibilidade, corroborando, portanto, a sua hipótese que afirma a necessidade da instauração deste controle como uma das variáveis que configura uma democracia consolidada.

Assim, por um lado, ele refuta aquelas concepções de democracia que não levam em consideração tal dimensão, propugnando, portanto, a instauração do controle civil e de relações civil-militares compatíveis com uma democracia constitucional ou liberal, ou seja, por relações civil-militares que contemplem a instituição castrense um baixo grau de contestação e baixas prerrogativas. Por outro lado, ele reforça as posições de diversos autores no sentido de afirmar que o baixo grau de contestação e as altas prerrogativas levam a implicar em relações civil-militares caracterizadas pela acomodação civil desigual que, em última instância, produzem um padrão de relações não condizentes com os de uma democracia consolidada.

5. Referências bibliográficas

ARCENEAUX, Craig L. *Bounded Missions: Military Regimes and Democratization in the Southern Cone and Brazil*. Pennsylvania. The Pennsylvania State University Press, 2001.

BOLLEN, K. A. & PAXTON, p. *Subjectives Measures of Liberal Democracy. Comparative Political Studies*, February 2000. pp. 59-86.

BRUNEAU, Thomas C. Civil-Militar Relations in Latin-America: *The hedgehog and The Fox Revisited*. **Revista Fuerzas Armadas y Sociedad**. 2005 19, pp. 111-131.

BRUNEAU, Thomas C. & TOLLEFSON, Scout D. **Who Guards the Guardians and How: Democratic Civil-Military Relations**. Austin: University of Texas Press, 2006a.

BRUNEAU, Thomas C. e GOETZE JR. Richard B. *Ministries of Defense and Democratic Control*, in: Thomas C. Bruneau and Scout D Tollefson. **Who Guards the Guardians and How: Democratic Civil-Military Relations**. Austin: University of Texas Press, 2006b.

DAHL, Robert A. **Polyarchy: Participation and Opposition**. New Haven: Yale University Press, 1971.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DESCH, Michail C. Civilian Control of the Military: The Changing Security Environment. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999.

FITCH, J. Samuel. **The Armed Forces and Democracy in Latin América**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1998.

GIRALDO, Jeanne Kinney. *Legislatures and National Defense: Global Caparisons*, in: Thomas C. Bruneau and Scout D Tollefson (Org.), **Who Guards the Guardians and How: Democratic Civil-Military Relations**. Austin: University of Texas Press, 2006.

GOODMAN, Louis W. *Military Roles Past and Present*, in: DIAMOND, Larry & PLATTNER, Marc F. **Civil-Military Relations and Democracy**. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996. BRUNEAU, Thomas C. e GOETZE JR. Richard B. (1996).

HUNTINGTON, Samuel. **O soldado e o Estado: teoria e política das relações entre civis e militares**. Tradução de José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1996.

MAINWARING, Scott. BRINKS, Daniel & PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Classificando regimes políticos na América Latina. Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 4, 2001, pp. 645 a 687.

PION-BERLIN, David and TRINKUNAS, Harold. Attention Deficits: *Why Politicians Ignore Defense Policy in Latin America. Latin American Research Review*, Vol. 42, No. 3, October 2007.

PRZEWORSKI, Adam, ALVAREZ, Michael, CHEIBUB, José Antonio e LIMONGI, Fernando(2000). **Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

RIAL, Juan. *Armies and Civil Society in Latin America* in DIAMOND, Larry & PLATTNER, MARC F (1996). **Civil-Military Relations and Democracy**. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996.

STEPAN, Alfred. **The Military in Politics: Change Patterns in Brazil**. New Jersey: Princeton University Press, 1971.

STEPAN, Alfred. **Rethinking Military Politics: Brazil and the Southern Cone**. New Jersey: Princeton University Press, 1998.

SHEMELLA, Paul. *The Spectrum of Role and Missions of The Armed Forces*, in: Thomas C. Bruneau and Scout D Tollefson (Org.), **Who Guards the Guardians and How: Democratic Civil-Military Relations**. Austin: University of Texas Press, 2006, pp. 122-142.

YOUNG, Thomas-Durell. *Military Professionalism in a Democracy*. In Thomas C. Bruneau and Scout D Tollefson (Org.), **Who Guards the Guardians and How: Democratic Civil-Military Relations**. Austin: University of Texas Press, 2006.

TILLY, Charles. **Coercion, Capital, and the European States**. Cambridge: Blackwell, 1992.
ZAKARIA, Fareed. **The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad**. New York e London: W. W. Norton & Company, 2003.

ZAVERUCHA, Jorge. **Rumores de sabres: tutela militar ou controle civil?** São Paulo: Ática, 1994.

ZAVERUCHA, Jorge. **Frágil democracia: Collor, Itamar, FHC e os Militares (1990-1998).** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

ZAVERUCHA, Jorge. **FHC forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia 1999-2002.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

DEMOCRACIA OU ESTABILIDADE? UMA ENCRUZILHADA HISTÓRICA PARA A SOCIEDADE DE MERCADO

Matheus Felipe de Castro

Universidade Federal de Santa Catarina

Resumo

O presente artigo tem por tema o direito fundamental à democracia e suas relações com a economia, em tempos de crise financeira mundializada. O problema gira em torno de saber se é possível a efetivação dos direitos fundamentais de quaisquer gerações num ambiente de ausência de democracia, entendida como uma espécie de “direito fundamental condição” ou “direito fundamental pressuposto”. A hipótese é que a crise econômica vem mostrando os limites do Capitalismo para promover a efetividade dos direitos fundamentais, embora eles sejam discursos deste sistema, eis que a crise tem abalado os pressupostos de uma democracia política e econômica possível.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Democracia, Crise Econômica, Sociedade de Mercado.

Abstract/Resumen/Résumé

The theme is the fundamental right to democracy and its relations with the private sphere, in times of economic crisis. The issue revolves around whether it is possible the realization of fundamental rights of all generations in an environment of lack of democracy, is located as a kind of "fundamental right condition" or "fundamental right assumption." The hypothesis is that the economic crisis has shown the limits of the capitalism to promote the effectiveness of fundamental rights, although they are discourses of this system, because the crisis has shaken the assumptions of a political and economically democracy as possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Democracy, Economic crisis, Market society.

1. Introdução

O presente artigo tem por tema o direito fundamental à democracia e suas relações com economia mundializada, principalmente diante da grave crise econômico-financeira que abateu o mundo capitalista desenvolvido a partir do biênio 2007/2008, nos EUA, crise esta iniciada de uma bolha especulativa surgida no setor imobiliário norte-americano, que concedia créditos fáceis, sem quaisquer garantias reais (“sub prime”) e que se espalhou posteriormente por toda a Europa, atingindo profundamente a Zona do Euro e debilitando economias antes consideradas sólidas e sem risco.

O problema do artigo questiona se seria possível a efetivação dos Direitos Fundamentais de quaisquer gerações (direitos fundamentais políticos, sociais, econômicos e ambientais) num ambiente de ausência de democracia efetiva, entendida esta como uma espécie de “direito fundamental condição” ou “direito fundamental pressuposto” e que, na perspectiva do presente trabalho, foi profundamente abalada com a crise financeira mundial.

A hipótese central é que a crise econômica vem mostrando os limites do sistema capitalista para promover a efetividade dos direitos fundamentais, embora eles sejam metas traçadas dentro dos marcos políticos e ideológicos deste sistema, exatamente porque a crise tem abalado os pressupostos de uma democracia política e econômica possível.

O tema se justifica na medida em que se vive a maior crise econômica depois de 1929, numa quadra histórica onde o Brasil iniciou uma sólida recuperação de seu potencial produtivo, com valorização de seus mercados internos, em busca da superação do subdesenvolvimento e da dependência, objetivando-se, com isso, prever situações e blindar a democracia contra desacumulações derivadas de fatores econômicos internos ou externos.

Para tanto, partindo do referencial teórico da *filosofia da práxis* e de um método indutivo, buscar-se-á colher elementos concretos que possam colaborar na construção de um pensamento sobre a temática, contribuindo para a construção das instituições democráticas brasileiras e a efetivação dos direitos fundamentais, num ambiente de participação democrática nas esferas de poder político, social e principalmente econômico.

2. A democracia e o sistema econômico dos modernos

A democracia é em si mesma um direito fundamental: não parece haver dúvida desse fato embora ela seja muitas vezes citada simplesmente como um pressuposto de realização dos

direitos fundamentais. Ora, a participação efetiva do povo no poder, de forma direta ou indireta, abstraindo-se situações onde este mesmo povo não passa de um “pedestal puramente passivo” por sobre o qual se levantam as estruturas de poder pertencentes a poucos elementos sociais (MARX, 1997, p. 15) é um direito essencial buscado desde a Antiguidade Clássica pelos povos ocidentais, porque ela parece ser o melhor cenário para o desenvolvimento das capacidades humanas em sociedade.

Desde a Constituição da Primeira República Francesa, a maioria dos Estados modernos declaram a soberania popular um fundamento pressuposto em suas Constituições (CERQUEIRA, 2006, p. 145). Todo Estado é a concentração e organização de um poder social de fato, nem sempre declarado ou oficial, e desde a Revolução Francesa e as revoluções burguesas que lhe seguiram os passos, o povo foi guindado, ao menos retoricamente, como o detentor ou a fonte desse mesmo poder.

Ocorre que, para além dos textos legais e das retóricas políticas, em grande parte desses mesmos Estados “modernos” e ocidentais, não é raro observar formas autocráticas de exercício do poder (FERNANDES, 2006, p. 337), sendo verdadeiramente raros aqueles casos onde vigore uma autêntica *res publica*, dotada de instrumentos eficientes de representatividade e participação popular que garantam ao povo a *determinação de última instância* do sistema, como concebido pela filosofia política mais tradicional da modernidade que conceituou o governo representativo como aquele em que:

O povo inteiro, ou pelo menos parte dele, exerce, por intermédio de deputados periodicamente eleitos por ele, o poder do controle supremo, que deve existir em algum lugar em todas as constituições. Este poder supremo deve ser mantido em toda sua perfeição. O povo deve ser amo e senhor, sempre que quiser, de todas as atividades do governo (MILL, 1981, p. 47).

Ao contrário, nas democracias atuais, proliferam teorias e práticas que substituem a democracia pelo constitucionalismo (que deveria ser apenas uma derivação subordinada a ela) onde o poder de definição de última instância tem sido transferido para instâncias governamentais pretensamente legitimadas pelo voto popular (Legislativo e Executivo) ou nem mesmo legitimadas (Judiciário), perfazendo um fenômeno de esvaziamento da democracia onde uma “multidão criança” demandaria sempre um novo tutor de plantão para administrar os seus interesses (LOSURDO, 2004, p. 61).

Esse fato é facilmente percebido quando a maioria das populações localizadas nos Estados modernos e ocidentais tem manifestado profundo descontentamento com a política liberal e os políticos, o que indica uma profunda crise de representatividade que os Estados de modelo burguês e as suas formas de organização política tem sofrido nos últimos tempos, ou mesmo o esgotamento dessa forma de organização social fundada na democracia representativa, sem a correlata construção de instrumentos de participação política que pudessem oferecer alternativas reais a esse descontentamento (MEZZAROBA, 2003, p. 83).

Evidentemente, a democracia não nasceu pronta e acabada nem foi concebida em sua integralidade na Antiguidade Clássica. Ela é um processo em construção e o que se concebeu como “democrático” no passado provavelmente perdeu o seu sentido, surgindo novas formas de organização que se adaptaram ao momento político-econômico hodierno (ELEY, 2005, p. 42), sendo justo afirmar que a democracia, como ideal de ampla participação do povo no poder ainda esteja sendo construída pelas lutas dos povos e pelas suas conquistas sociais.

O grave problema é que essa crise de representatividade dos instrumentos de exercício da democracia moderna e a transferência cada vez maior da definição dos rumos da coletividade para poucos órgãos de poder aparenta ser apenas a parte mais superficial de um problema mais profundo que quase sempre parece ficar ocultado sob a aparência das coisas: o poder econômico, quase nunca citado, parece cada vez mais se consolidar como o definidor das diretrizes políticas e da direção efetiva da vida moderna, onde a política e os políticos seriam apenas a “longa manus” mais visível desse poder.

O embate teórico da “liberdade dos modernos” em contraposição à “liberdade dos antigos”, maturado por Benjamin Constant em sua polêmica com os modelos democráticos diretos defendidos por J.J. Rousseau, expressa muito bem o elemento econômico subjacente ao debate político travado, fornecendo elementos conceituais importantes para a compreensão dessa tensão. O contratualista francês concebia um tipo de democracia direta que em muito se aproximava da forma antiga dos gregos clássicos que propriamente dos tempos modernos, com ampla participação popular direta nos negócios do Estado.

Constant, em contraposição à Rousseau, apontaria que a democracia que o homem moderno conhece e quer seria muito diferente daquela conhecida pelos antigos gregos. E que essa democracia antiga, seria absolutamente incompossível com a modernidade, onde a liberdade haveria deixado seu conteúdo político para abraçar um conteúdo econômico. Segundo ele, a liberdade dos antigos consistiria em:

Exercer de forma coletiva, porém direta, distintos aspectos do conjunto da soberania, em deliberar, em praça pública, sobre as guerras e a paz, em concluir alianças com os estrangeiros, em votar as leis, em pronunciar sentenças, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer diante do povo, acusar-lhes, condenar-lhes ou absolver-lhes [...] Todas as atividades privadas estavam submetidas a uma severa vigilância, nada se deixava à independência individual, em relação com as opiniões, nem com a indústria, nem, sobretudo, com a religião [...] Assim, entre os antigos, o indivíduo soberano em quase tudo que se refira ao público, era um escravo em todas as questões privadas (CONSTANT, 1989, p. 260).

Ou seja, para Constant, a liberdade dos antigos consistia exatamente na dedicação absoluta aos atos de Estado ou de governo, talvez porque sua retaguarda econômica ficasse garantida pelo trabalho dos escravos. Já a liberdade dos modernos seria essencialmente diversa da dos antigos: o cidadão grego, senhor de escravos, que podia dedicar sua vida à política teria cedido espaço ao burguês moderno, ao “*homo economicus*”, que inversamente ao homem grego, dedicaria sua vida às relações privadas, econômicas, precisando delegar a administração da coisa pública a uma casta de burocratas especializados na administração pública para que ele, liberto desse “incômodo” pudesse se dedicar aos seus interesses egoístas da acumulação da riqueza abstrata. Daí a afirmação de Constant de que a liberdade dos modernos consistiria numa liberdade comercial, individual e privada:

Nossa liberdade deve consistir no gozo pacífico da independência privada [...] O objetivo dos antigos era a repartição do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; a isso chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança do gozo privado e chamam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a esse gozo [...] Na classe de liberdade que nos corresponde, ela nos resulta mais preciosa quanto mais tempo livre o exercício de nossa liberdade política nos deixe para o exercício de nossos assuntos privados (CONSTANT, 1989, pp. 268 e 281).

O discurso de Constant interessa na medida em que ele não dissimula o tipo de liberdade que a modernidade (*rectius*: o Capitalismo), demandaria para a consolidação de suas instituições sociais. Ele se preocupa com um tipo de poder político que seria garantidor das liberdades da vida privada, porque esse seria o melhor sistema para uma sociedade fundada na indústria e no comércio. Isso colocaria o Estado, em última instância, como gestor dos interesses privados do homem burguês, o que pressupõe, inclusive, que ele se estruture não como instrumento da burguesia, mas como aparelho equidistante dos interesses individuais imediatos da sociedade civil.

Ora, a democracia grega era muito restrita, pois era a democracia dos homens, não das mulheres, dos proprietários, não dos escravos e isso era inclusive reconhecido por Constant quando ironizava: “se não fosse pela população escrava de Atenas, os vinte mil cidadãos atenienses não teriam podido deliberar diariamente na praça pública” (CONSTANT, 1989, p. 265).

Na Idade Média, não se podia falar em democracia como regime político. Divididos os territórios europeus em feudos, com uma forma de organização social hermética, hierarquizada e fundada no imobilismo social derivado do imobilismo da propriedade privada, cada feudo se constituía num poder político total unitário.

Já a democracia que ressurge no Ocidente, desde as grandes revoluções burguesas, tenta se legitimar como a democracia da *universalidade* dos cidadãos (homens e mulheres, brancos e negros, jovens e idosos, todos iguais e livres entre si) transmudados na forma política do *povo* integrante de uma *nação*. Mas vamos encontrar um enorme fosso entre o discurso político mais geral e as instituições que se consolidam para efetivar essa nova forma de democracia da modernidade. Um discurso *trágico*, de estilo grego, para uma *pragmática* moderna, de estilo burguês.

Nesse sentido e somente nesse sentido, a democracia liberal burguesa vai se consolidando com um discurso universalista, de ampla participação do povo, mas com uma prática restritiva onde, nesse contexto “democracia só pode significar o regime que não interfere nos contratos firmados por pessoas livres” (SAFATLE, 2013, p. A2), ou seja, um regime por meio do qual o livre mercado garantiria, como sua decorrência necessária, a liberdade individual, como resultado do entrecruzamento dos interesses individuais num regime de livre concorrência.

Mas se por um lado a democracia pragmática concebida pela burguesia seria essa democracia representativa, liberal, enxuta, garantidora do mínimo existencial à livre reprodução do capital, muitas pressões foram exercidas nas lutas dos povos pela sua ampliação. O ideal grego de democracia sobreviveu e se ressignificou na modernidade na luta dos trabalhadores por direitos sociais, na luta das minorias por inclusão político-social e em tantas outras batalhas pontuais ou gerais que pressionaram a democracia liberal a uma constante expansão que a tornou uma democracia com relativa participação do povo não burguês nas decisões de Estado.

O advento do Estado de bem-estar social pressionou a filosofia política a ampliar seus conceitos e a ocultar o discurso indissimulado dos autores liberais que, a modelo de Constant,

sempre conceberam a democracia moderna como um regime meramente garantidor dos negócios privados. O próprio Estado, sempre em busca de novos discursos legitimadores, se apropriou ele mesmo do discurso democrático das lutas dos trabalhadores, arrogando-se o grande defensor dos direitos mais amplos das massas trabalhadoras e excluídas da sociedade.

Essas lutas recuperaram a mística da democracia grega e o horizonte da ampla participação da maioria dos cidadãos no poder de Estado. Concebeu-se a democracia não somente como um direito de votar e ser votado, mas como um processo de ampla participação popular na política. A democracia que se forjou no pós-guerra, foi uma democracia política, econômica, social e também ambiental, onde se acreditou, sinceramente, numa ampla participação do povo na administração do Estado.

Essa ampla participação do povo na administração do Estado na verdade não foi uma participação propriamente dita, mas uma *pressão*. Uma pressão popular contra-hegemônica que se exerceu através das reivindicações sociais e minoritárias e que acabou por levar a uma maior participação na riqueza social (*redistribuição*), com constituição de um Estado de bem-estar social. Direitos fundamentais econômicos e sociais (Estado previdência) e a garantia de um meio ambiente equilibrado e saudável tornaram-se o ambiente necessário para uma ampla participação de todos e não somente de alguns poucos elementos sociais.

3. A democracia e a crise econômica nos EUA e na Zona do Euro

Esse tipo de democracia ampla e participativa, que não é uma “coisa” pronta e acabada, mas um *processo* em construção permanente, onde um povo territorializado teria a definição de última instância nas questões mais fundamentais de seu destino, tem sofrido todo tipo de ataques com a crise econômica mundial que se iniciou nos EUA em 2007/2008 e que agora se alastra pela Zona do Euro, revelando o fato de que a crise nunca é somente um evento de ordem econômica, mas também política e social.

Trata-se de uma crise econômica porque é uma crise financeira, que abalou os mercados financeiros mundiais e as finanças estatais. Desde o final dos anos 1970, profundas transformações institucionais provocadas nos mercados financeiros dos EUA e do Reino Unido, nos governos de Ronald Reagan e Margareth Thatcher somados ao fim da divisão mundial bipolarizada representada pela Guerra Fria, forçaram o Capitalismo a uma transição gradual em suas formas de atuação que resultaram numa forma de reprodução econômica sobre determinada

pela livre circulação de ativos financeiros baseados nos capitais portadores de juros e nos capitais fictícios.

Traduzindo, embora o velho esquema produtivo do Capitalismo, baseado na produção de mercadorias por intermédio do encontro de capital e trabalho ainda seja mantido como base do sistema, as necessidades da acumulação levaram a um deslocamento da produção para o setor financeiro, proporcionando maior velocidade nas trocas e nas transações sobre títulos jurídicos representativos do valor (ou seja, não sobre mercadorias dotadas de valor de uso + valor de troca), mas papéis dotados somente de valor de troca, portanto com caráter meramente jurídico-abstrato.

Foi esse esquema de troca fundado na circulação pura e simples de papéis “podres” que levou à formação da bolha especulativa que, sem sustentação na economia real, produtiva, ao explodir arrastou consigo as economias norte-americana e europeia, gerando desemprego e grandes desacumulações de direitos sociais secularmente conquistados pelas lutas dos povos daquelas nações por ampliações democráticas.

Crise política porque as medidas que vem sendo tomadas para conter a crise vêm afetando profundamente a relação participativa do povo no poder de decisão dos Estados. As medidas que vem sendo adotadas principalmente na Europa para conter a crise, vem sendo ditadas pelo mantra neoliberal, ou seja: desregulamentação, desoneração de custos sociais (ou seja, desoneração de *direitos* sociais), austeridade fiscal, reformulação estrutural do Estado, enfim, o exato oposto das medidas anticíclicas apregoadas pelo keynesianismo do Estado de bem-estar social.

Crise social porque vem gerando desemprego em massa nos EUA e na Europa, fazendo com que os mais pobres arquem com os maiores prejuízos da crise, que vem sendo socializada com os povos daquelas nações. O aumento das cargas tributárias indiretas, que afetam os consumidores e os mais fragilizados nas relações de poder social e econômico encontra correlação com a transferência massiva de grandes somas de dinheiro, via bancos centrais, para a iniciativa privada, com os Estados atuando pesadamente como “lenders of last resort”, ou seja, emprestadores de última instância, o que não significa outra coisa que o Estado recolher tributariamente ativos ao seu povo para transferi-los aos principais agentes causadores da crise, *socializando* as perdas da crise (LORDON, 2008, p. 12).

A relação entre crise econômica e crise política é direta, como se pode observar. E na medida em que a crise econômica leva à conclusão de que não há dinheiro suficiente para arcar com os custos da democracia, os direitos sociais precisam ser desregulamentados, entregues

para a iniciativa privada (transmudaçāo de *direitos* em *mercadorias*, fornecidas e consumidas em regime de mercado pela iniciativa privada), eis que o Estado já não conseguiria arcar com seus custos, embora continue transferindo elevadas somas para a iniciativa privada, sob o esquema acima mencionado.

Trata-se de um realismo político nu e cru. O Estado, nos momentos de crise, é chamado a atuar como instrumento redistribuidor às avessas. Um Robin Hood que retira dos pobres para entregar aos ricos, com a finalidade de salvar o sistema capitalista e não as pessoas, que podem até mesmo ser sacrificadas em prol dessa finalidade maior, de longo prazo.

É evidente que esse esquema não funciona em momentos de calmaria política, social e econômica, ou seja, enquanto a ordem econômica nacional ou internacional esteja em funcionamento equilibrado. Nesses momentos, em geral, os Estados nacionais assumem uma posição também mais equilibrada e equidistante das classes sociais e dos diversos grupos de interesses realmente existentes, para poder manter o princípio da nacionalidade coeso. Desde o final da Segunda Grande Guerra, o capitalismo havia conseguido, inclusive, nos EUA, atingir um estágio que se denominou “Era de Ouro” ou *anos dourados do capitalismo norte-americano* (HOBSBAWM, 2010, p. 253), onde a conciliação dos diversos interesses de classes haviam encontrado correspondência, o que gerou um período de prosperidade e bem-estar para “todos”.

No entanto, o equilíbrio do Capitalismo Democrático que vinha sendo mantido desde o pós-guerra, que vinha sendo abalado por sucessivos ataques do neoliberalismo agora, com a crise, foi colocado em cheque, o que não é bom porque ocasiona profundo desacumulamento de direitos sociais conquistados historicamente pelos povos. Ou seja, sairemos da crise piores do que entramos, com as democracias ocidentais fragilizadas.

A crise econômico-financeira que se iniciou em 2007/2008 revelou que soberano não é o Estado nem o seu povo, mas o mercado financeiro, que vem impondo a sua vontade incontestável aos povos e aos Estados, uma espécie de Estado de Exceção Econômico Permanente (BERCOVICI, 2008, p. 307), que vem a atuar para salvar o sistema econômico e o poder das finanças, sepultando direitos humanos e fundamentais de povos e nações inteiras.

Os povos europeus e estadunidenses cada vez mais vāo tendo a sensação de que seus governantes não administraram para eles, mas para os interesses dos organismos financeiros internacionais, o que diminui evidentemente os laços de coesão sociais, ainda mais diante de índices preocupantes de desemprego em massa.

As exigências impostas pela salvaguarda dos mercados têm sido intrinsecamente diferentes das exigências do jogo democrático e das necessidades do povo. Basta ver os casos

da Grécia, Itália e Espanha (SEPÚLVEDA, 2012, p. 06), que tiveram governos trocados rapidamente para satisfazer os interesses do mercado, com assunção de governos tecnocráticos com a finalidade de implementar políticas de “saneamento” das contas públicas, o que não deixa de ser um eufemismo para manifestar a desregulamentação de direitos sociais.

Como se pode observar, a questão da tensão constante entre Democracia e Capitalismo precisa ser recuperada porque essa tensão jamais foi resolvida e provavelmente jamais o será. Na teoria política contemporânea, existe uma tendência sempre renovada a identificar o liberalismo com a democracia, o que não encontra correspondência histórica com os fatos nem sequer com a teoria liberal dos séculos XVIII. Foi nos séculos XIX e XX que, por pressão das lutas sociais, os Estados modernos passaram a adotar cada vez mais formas democráticas como forma inclusive de realizar concessões mantenedoras do próprio sistema.

Essa visão precisa ser recuperada eis que o Estado sempre busca construir e reconstruir sua autolegitimação (ANDRADE, 2003, p. 181), apropriando-se de discursos contra-hegemônicos, ressignificando-os e transformando-os em formas de autolegitimação, ou seja, formas de legitimação do exercício do seu próprio poder. Os direitos humanos podem ser classificados como um rol de lutas contra-hegemônicas das minorias sociais que arrancaram ao Estado concessões, reconhecimentos sociais, que jamais haveriam sido concedidos sem luta, eis que eles sempre possuem um elevado custo para o Estado.

Os Direitos Humanos por isso mesmo não se confundem com os assim chamados “Direitos Fundamentais”, ou seja, aquele rol de direitos que são reconhecidos pelos Estados em suas constituições como válidos. Então os Direitos Humanos estão no rol das conquistas sociais impostas *ao* Estado mediante luta, reivindicação, ocupação de posições políticas importantes, enquanto os Direitos Fundamentais podem ser considerados uma apropriação discursiva dos Direitos Humanos e sua transformação em teorias de legitimação do poder estatal, ao mesmo tempo em que fundam os marcos básicos de um sistema social, político e econômico.

É por isso mesmo que, desde o fim dos anos 1960, três soluções (ou engenharias) sucessivas pretenderam superar a contradição entre Democracia Política e Capitalismo de Mercado, legitimando o Estado capitalista como essencialmente democrático, mediante a criação de instrumentos de capitalização estatal para a realização de direitos sociais: a primeira foi a inflação; a segunda o endividamento público; e a terceira o endividamento privado.

Quando nos anos 1960, o Capitalismo Democrático dos anos dourados da economia estadunidense entrou em crise e evidenciou a contradição básica existente entre democracia e mercado, várias nações lançaram mão do então chamado “imposto inflacionário” como forma

de garantir que o próprio povo nacional financiasse os direitos sociais que haviam conquistado perante o Estado. A inflação galopante, principalmente no Brasil, permitia ao Estado capitalizações indiretas de divisas que a pretexto de garantir direitos financiavam, na verdade, as políticas governamentais de crescimento econômico conservador e sem redistribuição de renda. A velha teoria do “bolo” que deveria crescer para ser ao final dividido, divisão essa que nunca se efetivou na realidade.

Ora, diante de uma crise orçamentária sem precedentes, como manter o aparato do “Welfare State” ou da sombra dele, mantendo o emprego e o bem-estar social conquistados? A solução era o recurso à impressão de moeda indiscriminadamente, o que levou inclusive ao fim do padrão dólar-ouro e adoção do padrão dólar-flutuante. Com isso, se conseguiu manter por um tempo razoável o aparato de um Estado de bem-estar (entendido como uma democracia política, social e econômica) possível. Nesse momento, o pacto social se fundamentava no seguinte pressuposto: a classe trabalhadora aceitaria os pressupostos da economia de mercado e o Estado manteria os salários elevados e o sistema social-previdenciário.

No início dos anos 1970, com a queda relativa da taxa de lucros mundial e o decréscimo no ritmo do crescimento, o recurso à impressão de moeda e a inflação foi colocada em cheque. O desemprego em massa levou a inflação a se transformar numa espécie de “demônio” incontrolável. O advento do neoliberalismo, com seus ataques sem precedentes ao setor produtivo, ao emprego, aos sindicatos e a todas as conquistas sociais do pós-guerra surgiu nesse momento se colocando como fórmula mágica para solucionar o problema inflacionário e todas as demais “mazelas” do gigantismo keynesiano do Estado. Novas políticas econômicas são implementadas a partir desse modelo, provocando processos deflacionários, com contenção do ritmo do crescimento e consequente desemprego em massa.

O recurso ao endividamento público surgiu como alternativa para a manutenção de algum Estado de bem-estar social, como aconteceu na era Reagan, nos EUA, embora Margareth Thatcher, no Reino Unido, tenha preferido uma queda de braço mais violenta com os fortes sindicatos ingleses, provocando processos acelerados de desregulamentação de direitos sociais.

O neoliberalismo inaugurou o recurso ao endividamento público junto ao mercado financeiro, como o “canto da sereia” de que, pagando eternos juros aos especuladores financeiros internacionais, os Estados conseguiriam manter os aparatos da democracia política, econômica e social até então montados. Os Estados conseguiriam, com isso, manter parte desses aparatos, privatizando outra boa parte e se afundando em dívidas internas e externas que

abalariam as suas capacidades financeiras, tornando-os cada vez mais fracos diante dos mercados.

A partir do governo Clinton, nos EUA, inicia-se uma nova fase, a fase do endividamento privado, coroamento do neoliberalismo. Com o Estado enfraquecido financeiramente, o governo não tomaria mais capital emprestado para financiar a igualdade de acesso à moradia decente ou para investir na formação de trabalhadores: os próprios indivíduos, os cidadãos, eram convidados a contrair empréstimos por sua própria conta e risco, seja para pagar os estudos ou se instalar em bairros menos pobres.

A transferência da responsabilidade coletiva e estatal pela implementação dos direitos sociais se completaria com a definitiva transferência para a responsabilidade pessoal, individual, com os outrora direitos retornando à situação do liberalismo clássico, ou seja, como mercadorias que devem ser compradas no Mercado.

As famílias dos EUA começaram a recorrer aos cartões de crédito e a uma interminável dívida que sempre demandaria ser prorrogada mediante o pagamento de altíssimas taxas de juros para as instituições financeiras. Num primeiro momento, a facilidade de acesso ao crédito para a manutenção do “american way of life” agradou a muitos, concedendo uma sensação de progresso e independência do indivíduo perante o Estado. O acesso fácil ao crédito “subprime”, nos EUA, por exemplo, criou uma bolha especulativa sem precedentes, que ao explodir, daria início a presente crise que ora se vivencia e assola toda a Zona do Euro com recessão e desemprego.

Portanto, foi esse sistema colocado em cheque em 2008, quando explodiu a crise econômica nos EUA, evidenciando que a unidade entre capitalismo e liberdade econômica nem sempre é sinônimo de capitalismo com liberdade política, ou seja, democracia, como queria um autor como Friedman, que sustentava que “que um sistema de liberdade econômica é condição necessária à liberdade política” (FRIEDMAN, 1985, p. 13). E nesse sentido, Constant parece ter sido muito mais realista do que seus contemporâneos neoliberais, embora Hayek jamais tenha sustentado a necessária interpenetração de capitalismo e democracia, ao contrário, afirmando textualmente que a democracia seria um empecilho ao livre desenvolvimento das forças de mercado:

Aumenta cada vez mais a convicção de que, se quisermos resultados, devemos libertar as autoridades responsáveis dos grilhões representados pelas normas democráticas [...] Não temos, contudo, a intenção de converter a democracia em fetiche [...] A democracia é, em essência, um meio, um instrumento utilitário para salvaguardar a

paz interna e a liberdade individual. E, como tal, não é de modo algum, perfeita ou infalível. (HAYEK, 1990, pp. 81-84).

E agora José? Para tentar salvar o mercado financeiro que ameaçava ruir diante da explosão da bolha, os Estados nacionais (leia-se, os contribuintes) foram chamados a realizar espetaculares empréstimos aos bancos e corporações privadas, evitando a bancarrota geral, aumentando novamente o déficit público e impossibilitando a realização de programas sociais que concretizam direitos fundamentais sociais historicamente conquistados. Ou seja, as finanças estatais, recolhidas tributariamente ao povo e que a ele deveriam retornar em forma de direitos concretos foi desviadas para salvar o Capitalismo (sistema) da voracidade dos capitalistas individualmente considerados.

Os grandes bancos e organismos financeiros internacionais exigiam ser salvos sob pena de uma *débâcle* no sistema financeiro, que arrastaria a poupança de milhões de investidores ocasionando caos generalizado. Por isso mesmo, os Estados da Zona do Euro têm realizado cortes financeiros gigantescos nos aparatos da democracia política, social e econômica, cortando “na carne do povo”, para repassar valores fantásticos para os bancos em crise, o que levou as economias mais frágeis da União Europeia à beira da falência (Grécia, Portugal, Espanha e em menor grau a Itália), obrigando os Estados financeiramente mais consolidados (Alemanha e França, principalmente) ao seu socorro.

O povo é quem está pagando a fatura da crise, com desemprego, fome e pobreza generalizada, ou seja, com cortes espetaculares de direitos fundamentais sociais que em última instância, levam à diminuição da capacidade de gozo das liberdades civis, visto que umas são inseparáveis das outras. Nesse cenário, constata-se que nesta crise, não é só a economia que está em risco, mas muito maior intensidade a democracia e os direitos fundamentais dos povos, tudo em prol da manutenção do lucro dos conglomerados financeiros e do poder das finanças que circulam nas bolhas especulativas globalizadas.

Nesse cenário, fortalecer os Estados nacionais sob poder efetivo do povo e em seu interesse real em face do poder dos mercados financeiros internacionais, parece ser o caminho mais curto para o fortalecimento das democracias e dos direitos fundamentais essenciais conquistados no século XX e colocados em xeque neste século XXI.

4. Considerações quase finais

Qual é o horizonte dos Direitos Fundamentais? Que funções eles ainda podem cumprir na atualidade? Essas são perguntas importantes na medida em que os Direitos Fundamentais foram prometidos pela Modernidade como a realização em ato das liberdades civis que, em seu entrecruzamento num regime de efetividade dos interesses individuais, acabaria enfim por realizar o bem comum ou geral.

Diante da crise econômica, as instituições da democracia burguesa foram obrigadas a recuar (Itália, Espanha e Grécia), desmontando parcialmente seus sistemas de efetivação de direitos fundamentais sociais, evidenciando o caráter bastante pragmático dos Estados em construir sistemas de autolegitimação sociais baseados em maior ou menor extensão na maior ou menor capacidade de investimento de suas receitas orçamentárias em sistemas de concessão aos trabalhadores e trabalhadoras.

Destarte, o discurso da força normativa dos direitos fundamentais perdeu energia diante de uma realidade aparentemente mais potente. As relações reais de poder que permeiam a economia da globalização financeirizada mostraram que em tempos de crise real, elas é que comandam as relações do povo com o Estado.

A crise obrigou os juristas a reconhecer a fratura exposta da sua “ciência”, a relatividade de suas verdades absolutas. Os direitos fundamentais perderam um pouco de sua aura, na medida em que os fundamentos ontológicos da constituição estatal, da dignidade humana transposta ao terreno da política e do Estado, acabaram se revelando discursos construídos historicamente pelos Estados para sua autolegitimação.

O sistema de Direitos Humanos, conquistados pelas lutas sociais do povo durante séculos, foi relativamente deixado de lado diante da crise. O capital (e sua crise) demonstrou os limites, o teto dos direitos fundamentais enquanto direitos da sociedade burguesa. O capital se impôs como realidade insuperável para os direitos fundamentais, que na verdade decorrem da sua própria lógica, mediante os discursos bastante reveladores da “reserva do possível”, que com cunho absolutamente pragmático, deixam transparecer os limites que os Estados modernos possuem para efetivar um sistema de inclusão social ampla e abrangente.

Sem recursos financeiros, os Estados estão permitindo e até patrocinando o desmonte regressivo dos seus sistemas de direitos fundamentais. Direitos difusos e coletivos estão sendo deixados à sorte do livre mercado. Os direitos sociais e econômicos estão sendo abandonados sob a retórica da reserva do possível (discurso que quer dizer: não temos mais dinheiro para patrocinar os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações) e os direitos políticos

escancaradamente rasgados, como foram na Grécia, berço da democracia clássica, que precisou sucumbir diante das imposições do Banco Central Europeu e de suas reformas estruturais.

Qual o horizonte dos Direitos Fundamentais? Que papel eles ainda podem jogar nesse cenário? Mais que respostas prontas, só o tribunal da história será capaz de responder a essas e outras perguntas, porque, como sentenciava Goethe “todas as teorias são cinzentas para conter a árvore verde da vida”.

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BERCOVICI, G. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CERQUEIRA, M. *A constituição na história: origem e reforma*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CONSTANT, B. *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. In: CONSTANT, B. *Escritos políticos*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 257-285.

ELEY, G. *Forjando a democracia: a história da esquerda na Europa, 1850-2000*. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

FERNANDES, F. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOBSBAWM, E. *Era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LORDON, F. O dia em que o Fed se tornou socialista. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 15, outubro 2008.

LOSURDO, D. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. 1. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

MARX, K. *O 18 brumário e cartas a Kugelman*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MEZZAROBA, O. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MILL, J. S. *Considerações sobre o governo representativo*. 1. ed. Brasília: UNB, 1981.

SAFATLE, V. Contra a Democracia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 Fevereiro 2013. A2.

SEPÚLVEDA, L. O gato de Felipe Gonzáles. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 61, agosto 2012.

ENTRE DOIS AMORES: O DILEMA DA MODERNA TEORIA CONSTITUCIONAL

Hilda Baião Ramirez Deleito

Universidade Veiga de Almeida (PPGD)

Resumo

O Direito Natural proposto por Radbruch como alternativa ao positivismo apenas pode ser implementado em um contexto autoritário. A noção absoluta de Justiça, e da Moral pressupõe necessariamente intermediação de uma elite letrada. A teoria kelseniana, ao contrário, por considerar a moral como valor relativo é compatível com o governo democrático, pois as decisões são tomadas pela maioria. A moderna teoria constitucional está fadada a oscilar entre uma garantia mais efetiva dos direitos fundamentais ou o respeito aos valores democráticos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, soberania popular, ponderação.

Abstract/Resumen/Résumé

The Natural Right was presented by Radbruch as an alternative to positivism. Although, it can only be fully implemented in an authoritarian context. The absolute notion of Justice and Moral necessarily implies intermediation of a literate elite. The Kelsenian theory, on the contrary, considers morality as relative value, therefore is compatible with the democratic government, because decisions are taken by the majority. The modern constitutional theory is bound to wander between a more effective guarantee of fundamental rights or respect for democratic values.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, popular sovereignty, weighting.

1. Amores impossíveis

Mello descreve a teoria do Estado contemporânea ao dilema de Flora, personagem do romance *Esaú e Jacó*, que ama simultaneamente os gêmeos, sem conseguir decidir-se por apenas um deles (Mello, p. 2012, p. 1). Quanto maior a proteção aos direitos fundamentais, menos democrático será o Estado e quanto maior o espaço dos procedimentos democráticos,

igualmente maior o risco para os direitos humanos (2012, p. 1). Mello lembra que Kelsen elaborou também uma ambiciosa teoria da democracia, que incluía ensaios (*Essência e Valor da Democracia, Fundamentos da Democracia*) e um livro (*Teoria Geral do Direito e do Estado*).

Assim como a teoria pura do direito pressupõe uma depuração de elementos ideológicos, a democracia seria simplesmente uma das técnicas possíveis para resolver o problema da criação de normas para a ordem social. A democracia é “sistema político através do qual a ordem social é criada e aplicada pelos que estão sujeitos a tal ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada” (Kelsen, apud Mello, 2012, p. 4). Politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que “deve” fazer, segundo a ordem social, coincide com o que ele “quer” fazer (KELSEN, apud Mello, p. 4).

No primeiro parágrafo de *Essência e Valor da Democracia*, Kelsen explica a origem da democracia como o “mal-estar da heteronomia”, ou seja, da resistência a se submeter à vontade alheia. Na sociedade política, a obediência é inevitável “mas se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos” (KELSEN, apud Mello, p. 5).

Para Kelsen, não haveria problema com a democracia representativa, desde que fosse preservada não só a efetiva participação dos governados no processo decisório, mas a garantia intelectual da liberdade de consciência:

Sem dúvida, o moderno conceito de democracia que prevalece na civilização ocidental não é exatamente idêntico ao conceito original da Antiguidade, na medida em que foi modificado pelo liberalismo político, cuja tendência é restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo. Sob essa influência, a garantia de certas liberdades intelectuais, em especial da liberdade de consciência, foi incluída no conceito de democracia, de tal modo que uma ordem social que não contenha tal garantia não seria considerada democrática mesmo que o seu processo de criação e aplicação garantisse a participação dos governados no governo (KELSEN, apud MELLO, p. 6).

Ao propor o dilema de Flora entre a democracia representativa e a tutela de direitos fundamentais, que desloca o poder decisório das grandes questões do Poder Legislativo para o Judiciário, Mello parafraseia Warat. Este propôs a analogia entre a ficção dos dois maridos de Dona Flor os dois maridos da ciência jurídica: a indecisão entre a segurança jurídica e outras formas de narrativa científica.

Entretanto, ao mesmo tempo em que Mello reconhece a contribuição de Kelsen para a construção de uma teoria constitucional democrática, propõe uma solução diametralmente oposta a Kelsen: uma democracia *sui generis*, em que o poder decisório é exercido

exclusivamente por uma elite esclarecida e capaz de formular juízos de valor sobre bens absolutos. Mello sustenta que a ascensão da nova teoria constitucional “respalda (*sic*) o deslocamento de grande parte do poder de decidir algumas das grandes questões morais e políticas” do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. A elite capacitada para ditar o juízo definitivo sobre as grandes questões morais, seria composta por filósofos/juízes e não os políticos/parlamentares.

O dilema de Flora remete ao de Dona Flor, apenas solucionado pela morte. A garantia dos Direitos Fundamentais, entretanto, não ressalta o deslocamento do poder decisório do Poder Legislativo para o Judiciário, porque sempre haverá um sacrifício da democracia em favor do ideal de justiça. Nesse sentido, o dilema entre democracia e justiça, como o de Dona Flor, apenas se resolve pela morte. Trata-se de um amor impossível.

No Brasil, Flora ainda estaria viva. O dilema foi resolvido em seu nome, um dos gêmeos foi escolhido pela elite: os Direitos Fundamentais devem prevalecer em detrimento dos ideais democráticos. O Legislativo, cujos integrantes são eleitos pelo povo, não é mais representativo da vontade popular do que o Judiciário. Ambos refletem a moral e os valores de uma elite esclarecida, incapazes de transcender sua experiência, e presos a uma visão progressista do Direito. Os supostos representantes do povo desprezam a vontade popular e consideram-se mais aptos. Guiam-se por uma noção abstrata de justiça e progresso, que é antidemocrático em sua essência. Essa mesma noção orienta as decisões dos Tribunais Superiores. Trata-se de uma escolha perigosa para a estabilidade da democracia, como será demonstrado nos parágrafos seguintes.

2. Entre a justiça e a democracia: a disputa entre Kelsen e Radbruch

Em sua crítica ao positivismo kelseniano, Gustav Radbruch sustentou que o positivismo “pode ser sintetizado sob sua fórmula “a lei é a lei”, deixou os juristas e a magistratura da Alemanha indefesos diante de monstruosas crueldades e arbitrariedades, por terem sido praticadas pelos detentores do poder daquela época sob a forma de lei” (p. 94). Radbruch defendia que a validade das leis dependeria não do devido processo legal, mas da sua conformidade com princípios básicos, “um Direito suprallegal, qualquer que seja o rotulo que a ele se aplique: Direito divino, Direito da natureza o Direito da razão” (p. 95). Segundo ele, apenas a retomada do Direito Natural poderia evitar a repetição da catástrofe nazista.

A tese de Radbruch de que a obediência a leis injustas estava na origem de todos os males na prática inocentava todos os simpatizantes do nazismo e serviu como justificativa para que juristas e magistrados pudessem retornar as respectivas carreiras, depois de um breve processo de desnazificação. Hannah Arendt observou que a própria administração liberal de Konrad Adenauer não poderia ser demasiado rigorosa na investigação do passado de seus burocratas, ou não haveria administração alguma (ARENDT, p. 28). Estima-se que, dos 11.500 juízes da Alemanha Ocidental, no pós-guerra, 500 estavam ativos durante o regime nazista (ARENDT, 2014, p. 27).

Pela filosofia do Direito de Radbruch “a pauta axiológica do Direito Positivo, meta do legislador, é a Justiça, um valor absoluto, como a Verdade, o Bem, e o Belo; um valor que repousa em si mesmo e não depende de nenhum outro” (p. 24). O jurista reconhece, entretanto que existe um relativismo uma vez que “os fins e valores supremos do Direito variam não só em função das circunstâncias sociais de cada povo e de cada época, como também subjetivamente em função de cada pessoa do sentimento jurídico, da concepção do Estado, posição partidária, religião e visão de mundo” (RADBRUCH, p. 27). Radbruch pretende conciliar a liberdade individual (cerne da democracia) com deveres morais, que são considerados absolutos:

o Direito é a possibilidade de cumprimento dos deveres éticos ou, me outras palavras, é um instrumento da liberdade exterior, sem o qual a liberdade interior – essencial para a decisão ética – não pode existir. Garantir a cada um a liberdade exterior é, pois, a essência, a medula, dos *direitos do homem*. De onde se conclui que estes direitos têm caráter absoluto não porque decorrem de alguma manifestação de Direito Positivo, mas porque são indispensáveis ao cumprimento dos deveres morais... Constituiria, no entanto, um Direito absolutamente injusto a negação dos direitos do homem, quer a partir do ponto de vista supraindividualista (“tu não és nada, teu povo é tudo”), quer do ponto de vista transpessoal” (RADBRUCH, p. 27)

Radbruch não resolve esse paradoxo entre o relativismo dos valores individuais e direitos humanos. Ao abordar a segurança jurídica, seu exemplo são justamente costumes contrários à lei (e ao Direito Natural) que adquirem força e validade:

Costumes originalmente contrários à lei transformam-se em Direito e podem inclusive impor sua validade contra a lei. A *revolução*, em si mesma alta traição, é crime enquanto não vitoriosa, mas, a partir da vitória, converte-se em fundamento de um novo Direito – é, outra vez, a segurança jurídica transformando o ilícito em Direito (p. 29).

Em sua crítica ao positivismo kelseniano, Radbruch insurge-se justamente contra o relativismo moral, que permitiria a uma maioria antidemocrática (i.e desprovida de sentimentos morais) e dominar o Estado, subordinando-o a propósitos contrários à Verdade e ao Bem:

De acordo com a lição de *Kelsen*, o relativismo é o ponto de partida do pensamento democrático. Democracia consiste em confiar a soberania estatal à vontade da maioria, sem preocupação com o conteúdo de sua orientação política. O Estado democrático não estaria, assim, vinculado a determinada atitude finalística, não teria qualquer orientação, seria neutro em relação a todas as ideologias. Assim pode, em 1933 (na Alemanha), a maioria antidemocrática dominar o Estado democrático e subordiná-lo a seus propósitos. **É necessário reconhecer que democracia não é ausência de orientação moral, mas uma forma peculiar de orientação** (grifos nossos) (RADBRUCH, p. 89)

Para Radbruch, a democracia é uma liberdade tutelada pelos políticos, justamente para garantir que a vontade popular não seja desvirtuada em direção a fins menos nobres. A democracia é uma democracia partidária, em que o povo é conduzido pela mão como uma criança ou adulto imaturo/desprovido de discernimento:

A essência da democracia consiste no fato de que a autoridade do Estado emana do povo, isto é, todas as funções do Estado devem resultar mediata ou imediatamente da eleição popular. Como nem a eleição nem as votações populares são possíveis sem um agrupamento prévio que possa escolher os candidatos e esclarecer, no momento, as reais divergências entre eles, este trabalho deve ser feito pelos Partidos Políticos: democracia é democracia partidária. Quem é contra o funcionamento dos Partidos é contra a democracia. **O político, o estadista, deve traçar os fins últimos da política** e, como estes não são demonstráveis de forma inequívoca, assumir decisões a respeito deles (RADBRUCH, p. 89).

Abertamente, Radbruch responsabilizava o positivismo pela barbárie nazista, porém nas entrelinhas reconhecia que a vontade popular poderia conduzir a sérios erros de julgamento, razão pela qual na prática defendia uma democracia conduzida pelo bom senso de uma elite política esclarecida. Em sua introdução à tradução da Filosofia do Direito de Radbruch, Mendonça lembra que, com a sua ascensão ao poder, Hitler passou a editar medidas com força de lei, assemelhadas ao que conhecemos como Decretos-leis ou Medidas Provisórias, as quais eram sistematicamente aprovadas pelo Parlamento. Eventualmente próprio parlamento foi suprimido, sob o argumento de ser caro e inútil, sob os aplausos da população (RADBRUCH, p. 4).

Pior, as famigeradas leis raciais que antecederam o Holocausto, contavam com o apoio popular. Segundo Goldhagen, o povo alemão não só conhecia a Solução Final, como participava entusiasticamente de sua execução. Embora tal posição seja questionada, o fato é que as leis raciais não eram estranhas ao ordenamento jurídico europeu, nem ofendiam a opinião pública.

Apenas no século anterior, os cidadãos judeus haviam sido emancipados. Goldhagen cita o exemplo da aprovação da lei que garantia igualdade aos judeus em 1849, a qual enfrentou oposição de quase um quarto da população masculina adulta (GOLDHAGEN, 1999, p. 72). E acusações de assassinato ritual contra a comunidade judaica continuaram a existir, gerando doze processos do tipo entre 1867 e 1914 (GOLDHAGEN, 1999, p. 75). Como todo demagogo de sucesso, Hitler adaptava seu discurso ao seu eleitorado, não o inverso. Graças a essa habilidade, conseguiu liderar o povo alemão em direção à ruína de uma guerra suicida e ao genocídio.

A tese de Radbruch era extremamente conveniente para facilitar transição da elite jurídica alemã do governo totalitário à democracia. Bastava responsabilizar juspositivismo pelo desastre moral do nazismo e absolver as pessoas envolvidas na catástrofe. Nada mais injusto

Em seu prefácio à sua obra mais conhecida, Teoria Pura do Direito, escrita no exílio, Kelsen havia criticado a definição de um direito justo, proposição que considerava anticientífica, por subordinar o Direito às ideologias e programas político-partidários:

Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, creem poder definir um Direito justo e, consequentemente um critério de valor para o Direito positivo. **E especialmente a renascida metafísica do Direito natural, que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico** (grifos nossos) (KELSEN, 1998, X).

Na teoria kelseniana, o Direito é uma espécie de norma social, que regula a conduta humana, reforçada pelo poder coercitivo do Estado. Como os costumes, o Direito está ancorado na Moral:

Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v.g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Nesse sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo tem interesse a uma teoria científica do Direito.

O Direito pode ser distinguido essencialmente da Moral quando...se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando a conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não possui quaisquer sanções desse tipo, visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas (KELSEN, 1998, p. 44).

Assim como outras normas sociais, o Direito é moral em sua essência. Descreve uma conduta desejável pela sociedade em determinado momento histórico (dever-ser). O valor jurídico é necessariamente um valor moral. Kelsen, entretanto, rejeita peremptoriamente a identificação da Moral com a Verdade, ou a Justiça porque tal crença apenas seria possível pela

aceitação da autoridade absoluta e transcendente de uma divindade, excluindo o caráter científico do Direito:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade – e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; que se nega o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada h que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos (KELSEN, p.45/46).

3. As armadilhas da razão kantiana

Dias e Mattedi apontam, com razão, que os políticos angariam votos baseados em suas plataformas políticas, porém, uma vez eleitos não há qualquer instrumento jurídico de vinculação com a vontade daqueles que os elegeram (2015, p. 2). Se todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido, seus representantes estão obrigados a um estrito cumprimento da vontade dos eleitores (DIAS et MATTEDI, p. 2), o que não vem ocorrendo. Os autores citam como exemplo a questão da maioridade penal. Apesar de 87% da população brasileira ser favorável à redução da maioridade penal, somente em julho de 2015 foi proposta a PEC 171/93, pela qual seria reduzida a maioridade penal apenas para os crimes hediondos, excluídos alguns delitos como o tráfico de drogas, a tortura, o terrorismo e o roubo circunstanciado (DIAS et MATTEDI, p. 3).

A questão da redução da idade de maioridade penal é emblemática do abismo entre os valores e experiências do povo e de sua elite política. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, substituiu o antigo Código de Menores (Lei Federal nº 6.697) e sedimentou o advento da Doutrina de Proteção Integral, em substituição à Doutrina da Situação Irregular. Tinha metas ambiciosas: assegurar o direito fundamental a proteção da infância e juventude, previsto no art. 6º da Constituição Federal. Nos termos do artigo 2º do ECA, a fase da infância e adolescência perdura até os dezoito anos, e até então é dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar, com absoluta

prioridade a efetivação dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária

No artigo 5º do mesmo diploma legal, veda-se qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Uma eventual redução na idade de imputabilidade penal esbarraria no princípio da vedação ao retrocesso social, razão pela qual enfrenta resistência no Congresso Nacional. Segundo levantamento realizado pelo canal globo.com, apenas 27 dos 81 senadores são favoráveis à PEC 171/93.

De fato, a experiência da elite do Poder Legislativo, que recebe o salário bruto de R\$ 33.763,00, e que prescinde do trabalho infantil para a sua subsistência, determina a sua visão de mundo. A seu senso de justiça e moralidade exige que o jovem seja protegido das vicissitudes da vida até completar o ensino superior. O trabalho do jovem não é necessário para a sua subsistência. Nada mais razoável do que conceder uma “liberdade provisória” aos jovens, sob o argumento de que a “juventude deve ser vivida”(BOURDIEU, 2010, p. 696). A perspectiva de que jovens sejam encarcerados em prisões superlotadas juntamente com criminosos perigosos fere profundamente a sensibilidade das elites esclarecidas, que exercem o poder decisório tanto no Poder Legislativo, como no Judiciário. E a possibilidade de que haja um retrocesso social em relação às garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente se lhes afigura igualmente intolerável.

A experiência daqueles que sobrevivem com um salário mínimo, por outro lado, ensina-lhes que a infância termina muito cedo. Em pesquisa realizada por COSTA com famílias que trabalham no lixão em Campina Grande, a utilização de mão de obra infantil é necessidade familiar (p. 2), e toda a família fica exposta à mesma forma de trabalho degradante, insalubre e perigoso. A família não pode ser obrigada a garantir um direito fundamental, de que a própria família carece. No que tange à moralidade imposta estado de miséria absoluta, o princípio da dignidade da pessoa humana parece ficção científica, passado em algum planeta distante anos luz da terra. A infância como um período de liberdade provisória soaria inteiramente artificial. De maneira geral, o direito penal adaptado à vontade popular representaria um retorno à bíblica Lei de Talião, considerando-se a indignação generalizada com a impunidade.

O contraponto entre congressistas e catadores de lixo demonstra o acerto da tese de Kelsen no sentido de que a moralidade é relativa, cambiante de acordo com a época e o nível social. Um universo de valores absolutos, como proposto por Radbruch, levaria à responsabilização penal da família que subsiste da coleta no lixão. Sob esse ponto de vista, é

irrelevante que os padrões de moralidade sejam fixados pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo. Em ambos os casos, o resultado esperado (*o dever ser*), prescrito pela norma jurídica, distancia-se da realidade, bem como dos anseios populares.

Segundo a interpretação de Dias e Mattedi, o abismo entre o Direito positivado e a vontade popular deve-se o mandato livre, no qual não se resguarda o direito dos eleitores de exercerem o *recall* de seus representantes, quando estes exorbitam seus poderes ou não respeitam a vontade popular. A democracia representativa brasileira sofre com a crônica questão do afastamento entre representantes e representados.

Representar significa tornar presente ou manifesto. Para que exista uma democracia representativa verdadeira, não basta resguardar o direito ao voto, mas é imprescindível o poder de exigir juridicamente que o seu representante cumpra a sua vontade (DIAS et MATTEDI, p. 7). A essência da representação se dá na medida em que existe a possibilidade dos eleitores fazerem valer suas escolhas, vontades e interesses e não apenas se submeterem aos atos governamentais (DIAS et MATTEDI, p. 7).

Os argumentos no sentido de um mandato livre, sem qualquer vinculação à vontade dos governados repousa sobre a presunção de que “os governantes devem ser virtuosos e sábios mas a única forma confiável de produzir tal liderança “é o complexo sistema tradicional de formação, educação e desenvolvimento de caráter” associado a uma aristocracia (DIAS et MATEDI, p. 9).

O governo por uma elite de sábios e virtuosos certamente estaria dentro do ideal de democracia proposto por Radbruch, cujo propósito é salvaguardar o povo de suas más escolhas e igualmente corresponde ao juízo paternalista que os governantes têm de si mesmos. Embora a democracia etimologicamente corresponda à noção de poder do povo, este no sistema brasileiro outorga poderes a representantes, sem quaisquer limites à sua atuação.

O esvaziamento das instituições é consequência do afastamento entre a vontade do povo e a atuação de seus representantes. No exemplo da Alemanha nazista, lembrado por Mendonça, o Parlamento foi complacente ao despotismo do Executivo, que ditava as leis, e foi suprimido. Cassirer compreendeu a experiência totalitária como a desconfiança do homem comum nos seus próprios poderes, tornando a liberdade mais um encargo do que um privilégio (CASSIRER, P. 332/333). Na realidade, o exemplo da Alemanha totalitária foi o do esvaziamento das instituições democráticas reduzidas a rituais desprovidos de sentido ou razão.

O voto se tornou a tragédia do povo brasileiro, obrigado a exercer uma falsa liberdade de escolha entre candidatos que uma vez eleitos se comportam todos da mesma maneira. Essa

falha do mandatário em respeitar a vontade de seus eleitores é imputada aos mandantes (“o povo não sabe votar” ou “o povo não sabe escolher”). Na verdade, trata-se de uma falsa liberdade, porque não há alternativas ao paternalismo das elites políticas, que pretendem conhecer o bem comum e desdenham a experiência e os anseios da população. Independente de afiliação partidária, os representantes eleitos interpretam a vontade popular como melhor lhes convém ou simplesmente a rejeitam como devaneios de gente pouco letrada.

Mais uma vez, retorna-se à questão da redução da maioridade penal. Independente da afiliação partidária, o congresso rejeita a mudança, e seus integrantes se julgam no dever de instruir o povo de que sua vontade está errada, que a alteração não trará resultados na redução da criminalidade, que apenas uma minoria de jovens comete delitos, etc. Os representantes do povo assumem a confortável posição de seus tutores, encaminhando-os na direção certa, na direção do progresso social, de penas de ressocialização. Assim como os despotas esclarecidos na época do Iluminismo, os novos despotas continuam detentores de uma razão universal, que exercem em nome da massa desprovida de entendimento. Nesse quadro, o deslocamento do poder decisório do Legislativo para o Judiciário não pode ser entendido como a prevalência dos Direitos Fundamentais sobre os ideais democráticos. Porque nem os tribunais superiores, nem o Legislativo discrepam em sua autopercepção como líderes da massa desprovida de razão e cultura. O problema de representatividade do Poder Legislativo é tão grave que foi justamente um juiz togado, de carreira (Sérgio Moro) que assumiu o papel do herói no imaginário popular.

Cassirer percebeu que a necessidade de liderança só se faz sentir quando o desejo coletivo atingiu uma força avassaladora e quando, falharam todas as esperanças de satisfazer esse desejo pelos meios ordinários (CASSIRER, 2003, p. 325). Os velhos laços sociais – direito, justiça e constituições – são declarados como sendo sem valor. O que fica é apenas o poder e a autoridade mística do líder e sua vontade é a suprema lei (CASSIRER, 2003, p. 325). Cassirer entende que os mitos políticos não crescem livremente, são coisas artificiais fabricadas por artesãos hábeis e matreiros (CASSIRER, 2003, p. 327).

Mas a habilidade dos artesãos “marqueteiros” apenas ganha importância quando o homem comum perde a confiança nas instituições que deveriam garantir a sua liberdade de escolha. Tanto o Legislativo quanto o Judiciário não representam a vontade popular, nem sequer a respeitam. O voto é esvaziado de qualquer significado, e transformado num ritual exótico e desagradável, repetido a cada dois anos. Justiça, Direito e Constituição não garantem a segurança ou o bem estar dos cidadãos, e parecem aplicar-se apenas a grupos específicos, aqueles mais próximos do poder. Nesse contexto de uma democracia ritualística, e de

esvaziamento de conceitos essenciais como Justiça e Direito, apenas uma figura sobrenatural pode restaurar a esperança perdida. De fato, é significativo da crise institucional que justamente a figura do Juiz Sérgio Moro personifique o herói, simplesmente porque ousou exercer a jurisdição, sem considerações quanto a posição social e riqueza.

A carência de representação alimenta a necessidade de heróis, porque apenas figuras sobrenaturais podem suprir o que parece ser o defeito essencial da democracia brasileira. Quando se naturaliza a ausência de representatividade do Legislativo como a confirmação de que o povo não sabe votar, obviamente está-se negando a soberania popular. Está-se negando a soberania enquanto o povo não alcançar o esclarecimento necessário para determinar seus próprios rumos. O paternalismo da elite política não difere substancialmente do paternalismo da elite judiciária, ambos se arrogam o privilégio de ditarem o sentido da Justiça e do Direito. E pretendem exercer a tutela do povo, não a sua representação.

Essa democracia tutelada exige lideranças que exerçam a proteção das massas e esclareçam o significado de conceitos universais e abstratos. Hannah Arendt identificou na ideologia nazista a figura do “Portador de Sentido Superior”, uma entidade de certa forma identificada com o “movimento do universo”, à qual a vida humana, em si isenta de “sentido superior”, deveria estar sujeita (ARENDT, 2014, p. 38/39). Chamar Deus de *Höher Sinnesträger* significa atribuir-lhe um posto hierárquico militar (ARENDT, 2014, p. 39), assim como a seus emissários na terra, *Befehlsträger* e *Geheimnisträger*, respectivamente “portador de ordens” e “portador de segredos”. Em visão retrospectiva, a natureza totalitária do “portador de sentido superior” se torna evidente, porém a semente desse movimento já se encontra presente quando se atribui a uma elite de letrados a atribuição de ditar o significado de valores abstratos e absolutos.

O jusnaturalismo de Radbruch de fato legitima o governo de uma elite de iluminados, capazes de orientar o caos e atribuir-lhe sentido e significado. Ditar o real significado do Bem e da Justiça, concebidos como valores absolutos. O que Radbruch não percebeu foi que esse modelo apenas acessível a poucos iniciados, embora visasse a evitar os erros de escolha inerentes à vontade humana (inclusive a vontade popular), de fato abriu caminho para uma liderança carismática.

A moderna teoria constitucional reconhece a existência de valores universais, como a dignidade da pessoa humana, que devem ser preservados. Por outro lado, a vontade popular, fundamento da democracia, não pode ser desmencionada enquanto expressão de caprichos de gente simples e inculta. O moderna teoria constitucional está destinada a oscilar entre o respeito

à soberania popular e a garantia dos direitos humanos. O enfraquecimento da democracia conduz ao pesadelo totalitário. Por outro lado, a vontade popular pode exigir sacrifícios intoleráveis dos direitos fundamentais, mormente quando a indignação contra a impunidade demanda um retrocesso a formas brutais de justiça.

6. Conclusões

O jusnaturalismo de Radbruch de fato legitima o governo por parte de uma elite de iluminados, capazes de orientar o caos e atribuir-lhe sentido e significado. Cabe à essa minoria, discernir o real significado do Bem e da Justiça, concebidos como valores absolutos. O que Radbruch não percebeu foi que esse modelo é fundamentalmente antidemocrático, reserva o sentido apenas acessível a poucos iniciados, embora visasse a evitar os erros de escolha inerentes à vontade humana (inclusive a vontade popular), de fato abriu caminho para uma liderança carismática.

Essa democracia tutelada demanda lideranças que exerçam a proteção das massas e esclareçam o significado de conceitos universais e abstratos. Hannah Arendt identificou na ideologia nazista a figura do “Portador de Sentido Superior”, uma entidade de certa forma identificada com o “movimento do universo”, à qual a vida humana, em si isenta de “sentido superior”, deveria estar sujeita (ARENDT, 2014, p. 38/39). Chamar Deus de *Höher Sinnesträger* significa atribuir-lhe um posto hierárquico militar (ARENDT, 2014, p. 39), assim como a seus emissários na terra, *Befehlsträger* e *Geheimsträger*, respectivamente “portador de ordens” e “portador de segredos”. Em visão retrospectiva, a natureza totalitária do “portador de sentido superior” se torna evidente, porém a semente desse movimento já se encontra presente quando se atribui a uma elite de letrados a atribuição de ditar o significado de valores abstratos e absolutos. Nesse modelo de democracia, o poder não emana diretamente do povo, porque este está submetido a uma liderança baseada na sabedoria ou carisma, encarregada de interpretar o sentido de abstrações como Verdade e Justiça.

A moderna teoria constitucional reconhece a existência de valores universais, como a dignidade da pessoa humana, que devem ser preservados. Por outro lado, a vontade popular, fundamento da democracia, não pode ser desmerecida enquanto expressão de caprichos de gente simples e inulta. O moderna teoria constitucional está destinada a oscilar entre o respeito à soberania popular e a garantia dos direitos humanos. O enfraquecimento da democracia conduz ao pesadelo totalitário. Por outro lado, a vontade popular pode exigir sacrifícios

intoleráveis dos direitos fundamentais, mormente quando a indignação contra a impunidade demanda um retrocesso a formas brutais de justiça.

O Direito Natural proposto por Radbruch como alternativa ao positivismo kelseniano apenas pode ser implementado em um contexto autoritário. A noção absoluta de Justiça, enquanto realização plena da Moral depende necessariamente de uma elite profissional, seja ela formada por juristas ou políticos, que sejam capazes de distinguir o bem comum. A teoria kelseniana, ao contrário, por considerar a moral como valor relativo é compatível com o governo democrático, onde as decisões são tomadas pela maioria. A moderna teoria constitucional está fadada a oscilar entre uma garantia mais efetiva dos direitos fundamentais e o respeito aos valores democráticos.

5. Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah, **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**, São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 03/04/2018.

ALEGRETTI, Lais et MATOSO, Filipe, **Maioria do Senado é contra PEC que reduz idade penal**, <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/maioria-do-senado-e-contra-pec-que-reduz-idade-penal-apura-g1.html>.

BOURDIEU, Pierre, *Distinção: crítica social da faculdade do juízo*, Lisboa, Edições 70, 2010.

CASSIRER, Ernst, *O Mito do Estado*, São Paulo, Codex, 2003.

COSTA, Tereza Cristina Ribeiro da, **Família e trabalho infantil no lixão**, disponível em http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2006/epg/06/EPG00000642_ok.pdf, acesso em 09/04/2018.

DIAS, Maércio Herculano *et* MATTEDI, Milton Carlos Rocha, **Representação política: uma análise da relação entre representantes e representados**, Revista da AGU, Belo Horizonte, ano 14, n.4, out/dez/2015.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah, **Os carrascos voluntários de Hitler: o povo alemão e o holocausto**, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MELLO, Cláudio Ari, **Democracia e epistemologia moral em Hans Kelsen**, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul/set 2012.

RADBRUCH, Gustav, **Introdução à filosofia do direito**, tradução e introdução Jacy de Souza Mendonça, disponível em <http://valorjustica.com.br/introducao.pdf>, acesso em 03/04/2017.

DIREITO CONSTITUCIONAL

APRESENTAÇÃO

O VII Encontro Internacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – coorganizado pelo CONPEDI e a la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, ocorreu nesta cidade, na Espanha, entre os dias 6 a 8 de setembro de 2018, e teve como tema central "Direito, argumentação e comunicação: desafios para o século XXI".

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT TEORIA CONSTITUCIONAL I. Coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Rubens Beçak, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira e internacional.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes e diversos países da Europa, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT TEORIA CONSTITUCIONAL I, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS

A CONEXÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016 COM O CAPITALISMO FINANCEIRIZADO. A ERA DA DES-DEMOCRATIZAÇÃO

José Adércio Leite Sampaio

Puc Minas e Escola Superior Dom Helder Câmara

Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende¹

Puc Minas

Resumo

Este estudo analisa a Emenda Constitucional nº 95/2016 - Novo Regime Fiscal, regra que, com o objetivo de alcançar o equilíbrio fiscal, impõe limites aos gastos públicos federais. O objetivo da pesquisa é averiguar a correlação dessa política de austeridade fiscal com a faceta neoliberal, na fase denominada capitalismo 'financeirizado', que traz como consequência uma nova era, a era da des-democratização e um estado de exceção não declarado. Utilizando uma metodologia qualitativa e exploratória, inquerimos o conteúdo da emenda, para, ao final, concluir que a medida trata de mais uma tentativa das forças do capital, nacional e supranacional.

Palavras-chave: EC nº 95/16. Austeridade fiscal. Capitalismo financeirizado. Des-democratização

Abstract/Resumen/Résumé

This study examines Constitutional Amendment nº 95/2016 (The New Fiscal Regime), a rule that, with the objective of achieving fiscal balance, imposes limits on federal public spending. The objective of the research is to verify the correlation of this fiscal austerity policy with the neoliberal facet, in the phase called 'financialized' capitalism, which brings with it the era of de-democratization and an undeclared state of exception. Using a qualitative and exploratory methodology, we inquire into the content of the amendment, in order to conclude that the measure is another attempt by the forces of capital, national and supranational.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional amendment nº. 95/16. Fiscal Austerity. Financialized Capitalism. De-democratization.

1. Introdução

Desde a crise internacional de 2008, o discurso em prol da redução dos gastos públicos tem ecoado e ocupado o cerne das políticas de austeridade. Em outra frente, o ambiente sociojurídico contemporâneo tem-se caracterizado como um regime paradoxal de permanente exceção em que os interesses políticos e/ou econômicos específicos são institucionalmente favorecidos em detimentos das garantias e procedimentos do Estado democrático de direito, quase sempre, de forma dissimulada.

No Brasil, essas características podem ser identificadas em diversos setores, como por exemplo, nas propostas de reformas trabalhista e previdenciária e no Novo Regime Fiscal. O discurso de necessidade, justificador recorrente do estado de exceção, é empregado para defendê-lo, ancorado numa estratégia de comunicação de massa.

O presente artigo busca analisar a ligação entre tais características, mais precisamente, entre a Emenda Constitucional (EC) nº 95/16 que instituiu o Novo Regime Fiscal, no qual o novo pacto social passou a ser o de austeridade fiscal, com o ideário neoliberal na sua faceta de capitalismo financeirizado, que nos leva a uma crise sistêmica cujo cenário é de des-democratização.

O discurso de austeridade, como expressão da necessidade, passou a pautar a agenda política brasileira, figurando como argumento de legitimação para variadas medidas estatais e propostas de alterações políticas, em especial, orçamentárias.

A pesquisa é qualitativa, de análise bibliográfica, com viés comprehensivo. Para tanto, valer-se-á de fontes doutrinárias e jurídico-positivas, legislativas e jurisprudenciais.

Primeiramente, expõe-se o caráter normativo da EC nº 95/16 com destaque da estratégia estatal de desmonte do Estado Social. Após, busca-se resgatar o constitucionalismo democrático para interligar com a atual fase do capitalismo - financeirizado, cujo cenário é a promoção de uma democracia de fachada ou de “des-democratização”, pela redução dos direitos sociais.

2. Contextualizando a EC nº 95/16 – novo regime fiscal – análise e críticas

Em 15 de dezembro de 2016, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 95/16, que instaurou o Novo Regime Fiscal, sob o argumento de perseguir o equilíbrio das contas públicas. Trata-se de regramento que implica a adoção de limites individualizados de gastos públicos no âmbito federal para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como Ministério Público e Defensoria Pública da União. Esse limite é representado pela despesa primária realizada no ano anterior, corrigido pelo índice oficial de inflação (IPCA).

Apesar de o país ter conseguido controlar a inflação durante alguns anos, estiveram sempre no horizonte riscos práticos e retóricos à estabilidade econômica. O diagnóstico da etiologia desses riscos era apontado para o desequilíbrio fiscal dos gastos públicos, deixando-se em segundo plano que as altas taxas de juros, associadas à crônica dependência econômica do fluxo de capitais internacionais, quase sempre, de natureza especulativa, resultariam numa persistente inflação acima de 5,0% ao ano e num quadro duvidoso de estabilidade. (CONTRI, 2014).

A Emenda² surgiu mediante um contexto de crise arrecadatória, visto que o Brasil não alcançava *superávit* primário desde 2014. A arrecadação da receita efetiva havia sofrido quedas desde 2014, e as despesas primárias, por terem um caráter obrigatório, continuaram a crescer (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2017, p. 39).

Como solução, o governo federal decidiu adotar uma política destinada a evitar que o aumento na arrecadação de receitas fosse acompanhado por um aumento de despesas primárias. As despesas obrigatórias passaram a ser regidas não mais em função do percentual de receitas arrecadadas, mas pelos gastos dos anos anteriores corrigidos pelo IPCA. Isso significa que as despesas primárias passaram a ser limitadas ao gasto efetivo do ano anterior, corrigido pelo IPCA. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2017, o teto foi calculado com a limitação das despesas incorridas em 2016, corrigidas em 7,2%. Para 2018 em diante, o limite estabelecido foi o valor das despesas primárias incorridas no ano anterior, corrigidas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. Dessa forma, os Poderes e Órgãos Públucos tiveram um limite individualizado de dispêndios.

Entre 2017 e 2019, os primeiros três exercícios financeiros de vigência do Novo Regime Fiscal, foi permitido que o Poder Executivo reduzisse suas despesas e compensasse

² A proposta de emenda à Constituição de número 241² (posteriormente PEC 55) teve como objetivo instalar um Novo Regime Fiscal no país durante um período específico e por isso integrou o ADCT, exatamente por se tratar de uma disposição constitucional transitória.

com gastos do Poder ou Órgão que excedesse seu respectivo limite individualizado. Essa compensação não pode ser superior a valor correspondente a 0,25% do limite do Poder Executivo (art. 107, §§ 7º e 8º do ADCT – BRASIL, 1988).

Ademais, caso houvesse o descumprimento da restrição de gastos pelo limite individualizado imposto sobre os Poderes e Órgãos, esses ficariam proibidos de fazer reajustes e aumentos de salários, criar novos empregos ou cargos, realizar concursos públicos, aumentar auxílios, bônus e outras medidas que impliquem aumento das despesas por liberalidade, conforme dispõe o artigo 109 do ADCT (BRASIL, 1988).

Houve também a previsão quanto à possibilidade de uma flexibilização do limite imposto, caso venha a ocorrer uma estabilização fiscal e o PIB volte a crescer. Nessa hipótese, foi prevista a possibilidade de proposição, pelo Presidente da República, de uma lei complementar que alterasse os cálculos estabelecidos pela EC nº 95/16.

Importante ponderar que, na Exposição de Motivos Interministerial nº 86/16, os Ministros Henrique Meirelles e Dyogo de Oliveira afirmaram que a medida seria necessária para conter a expansão da dívida pública:

A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária. No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Torna-se, portanto, **necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública**. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição. (BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério do Planejamento, do Desenvolvimento e Gestão, 2016, grifo nosso).

Curioso observar que as despesas primárias³, limitadas pela EC nº 95/16, não abrangem as despesas financeiras⁴. Assim, os gastos com os juros da dívida pública não foram restringidos pela Emenda, que se limitou aos dispêndios primários, o que inclui educação, saúde e outros.

Segundo o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC, 2017), as despesas com saúde previstas no Orçamento Federal reduziram de 3,93% em 2016 para 3,25% em 2017, representando uma queda de 17% de participação destes gastos no orçamento. O INESC

³ A saúde e a educação foram sujeitas a um tratamento diferenciado para 2017. Naquele ano, os gastos com saúde puderam atingir 15% da RCL – Receita Corrente Líquida, que é a receita primária com dedução das repartições de receitas, e as despesas com educação, o percentual de 18% da arrecadação de impostos. Nada obstante, a partir de 2018, a saúde e a educação passaram a aderir ao critério da inflação.

⁴ As despesas financeiras são compostas por 4 grandes grupos: refinanciamento da dívida, serviço da dívida, amortização da dívida e outras despesas financeiras.

também aponta que o orçamento para a educação passou de 1,76% em 2016 para 1,42% em 2017, com uma queda de 19% da participação dos gastos com educação naquele Orçamento.

Triste constatação: como não há teto para os gastos financeiros, as despesas incorridas com os juros remuneratórios das dívidas públicas poderão subir, enquanto as despesas com os gastos sociais estarão congeladas pelo período de 20 anos.

Dessa forma, ainda que a EC nº 95/16 fosse exitosa e o Brasil obtivesse um *superávit* primário, após limitar os gastos relacionados a necessidades essenciais para a população, a situação financeira estaria ainda sujeita a um possível *déficit* nominal com o incremento das despesas financeiras.

Para GODOI (2017), o principal problema da dívida pública brasileira não é o seu tamanho, mas os juros que a remuneram, os mais altos do mundo:

Os efeitos de uma taxa de juros reais tão alta sobre o nível de investimentos produtivos no país são muito negativos, afinal o grande capital consegue, dos cofres públicos brasileiros, sem assumir riscos, uma taxa de retorno sem precedentes no cenário internacional. Por outro lado, os efeitos de uma tão alta despesa com pagamentos de juros sobre a distribuição de renda e patrimônio são devastadores, visto que os beneficiados por tal gasto público são exatamente os estratos mais altos da pirâmide social. Vale dizer: os juros estratosféricos da dívida pública prejudicam gravemente, e ao mesmo tempo, o crescimento econômico nacional e a justiça social. E esse quadro permanece intocado há anos. (GODOI, 2017. p. 24-25).

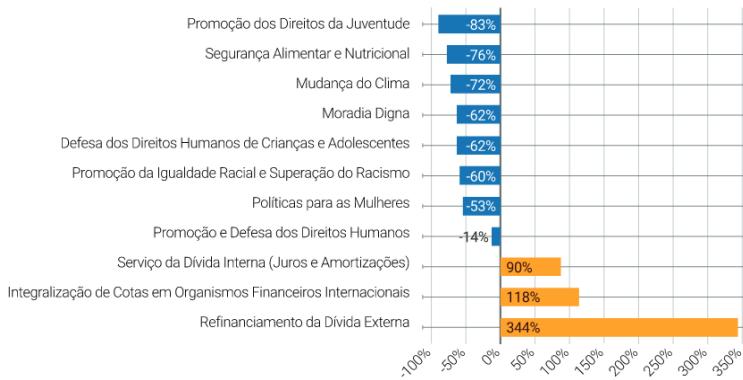
Percebe-se que a constitucionalização da austeridade por meio da EC nº 95/16 favorece o pagamento da dívida financeira do país em detrimento das despesas primárias, essenciais para garantir os direitos previstos na Constituição Federal de 1988, notadamente de natureza social. No fundo, a política de austeridade revela sua essência: limitar as despesas com políticas públicas e programas sociais para aliviar os recursos para pagamentos de juros, privilegiando o capital financeiro e não a sociedade brasileira.

Em apenas um ano, de 2016 para 2017, a parte do Orçamento da União comprometida com despesas financeiras cresceu de 45% para 53%, totalizando R\$ 1,85 trilhão em 2017, o que equivale a um acréscimo de R\$ 645 bilhões. Em contrapartida, as despesas primárias, apesar de terem tido um aumento de R\$ 77 milhões, encolheram de 55% para 47%. Conclui-se que as despesas financeiras alimentadas por juros estratosféricos continuarão crescendo e enriquecendo ainda mais os credores da dívida. (INESC, 2017).

O estudo lançado em 14 de dezembro de 2017, pelo INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos em parceira com a OXFAM Brasil e CESR – Centro para os Direitos Econômicos e Sociais, critica a adoção do teto dos gastos como solução para o *déficit* fiscal no

Brasil e revela uma queda de até 83% em políticas públicas voltadas para a área social nos últimos 03 anos:

Figura 1 – Variações orçamentárias nominais de programas selecionados do Brasil, 2014-2017



Fonte: INESC; Oxfam Brasil; CESR, 2017.

O gráfico revela que, em meio à redução nos investimentos sociais, os gastos do governo com o pagamento da dívida cresceram de forma expressiva no período. Os custos com juros da dívida interna aumentaram 90%. Já o refinanciamento da dívida externa resultou em um aumento de 344% nos gastos. (INESC, 2017).

Embora visando enfrentar *déficits* cada vez mais altos, essas iniciativas estão aprofundando as desigualdades socioeconômicas na sociedade brasileira, com impactos desproporcionais, sobretudo para aqueles já em situação de vulnerabilidade.

Nota-se que, no Brasil, alcançar *superávits* primários elevados virou sinônimo de responsabilidade fiscal desde as crises econômicas do final dos anos 90. *Superávit* primário nada mais é do que o dinheiro que o governo consegue economizar. Em outros termos, é aquilo que ele gasta (em despesas que não são financeiras) a menos do que arrecada, destinando o saldo remanescente para pagar os juros ou amortizações da dívida pública. Esse dado passou a ser um verdadeiro fetiche da política econômica neoliberal, pois ele traduz o grau de risco de um governo dar calote na dívida pública. Acontece que as justificativas brasileiras para a adoção do teto de gastos públicos no país estão permeadas de equívocos e até mesmo encobertas por um discurso oficial falacioso. A começar pela compreensão do *déficit* público, apresentado como um dado ruim, a significar necessariamente incompetência administrativa ou irresponsabilidade fiscal. Não é bem assim. País que investe, especialmente, em infraestrutura, como o Brasil vinha fazendo nos últimos tempos, acumula *déficit* público e com uma perspectiva de obtenção de resultados mais vantajosos no longo prazo. Financia-se hoje o

desenvolvimento futuro e, com planejamento, sustentável. É o cerne da política desenvolvimentista⁵.

A questão posta é: a construção de um estado de bem-estar social, como previsto pela Constituição de 1988, requer investimento público. As alternativas postas no horizonte de possibilidades são de baixa ou nenhuma efetividade. A mais discutida, de feição clássica, remete à substituição do investimento público pelo investimento privado. As assimetrias e “gargalos” da cadeia produtiva, associados ao *déficit* de infraestrutura, criam um campo propício para escolhas dos agentes econômicos dos nichos mais rentáveis, deixando lacunas importantes no caminho, que requerem investimentos públicos com retorno e eficiência ainda mais complicados. A completa substituição do público pelo privado não ocorre nem nos países paradigmáticos das economias de livre mercado, que gastam até mais do que o Brasil.

Conforme projeção de alguns economistas de escol, como François Bourguignon, ex-Vice-presidente do Banco Mundial, o teto dos gastos públicos brasileiros, em médio prazo, deve reduzir as despesas do Estado em torno de 13% do Produto Interno Bruto (PIB), o que é nível, segundo ele, de países africanos. Países desenvolvidos gastam em torno de 03 (três) vezes mais para assegurar serviços públicos de qualidade, inclusive as economias de livre mercado (NÍVEL..., 2016). Nos países europeus, onde impera o estado de bem-estar social, a média gira em torno de 49,9% do PIB. A França gasta 57%; a Alemanha, 44,1% e a Finlândia, líder no ranking, com 58,1%, é um dos maiores destaques em educação pública de qualidade. Nos Estados Unidos, gastam-se 38,8%. Até mesmo em uma economia onde o Estado tem um peso menor do que na Europa, há um modelo de compromisso mínimo com a população, nem que seja limitado por lá à educação, à defesa e outros serviços essenciais.

Um ajuste fiscal baseado unicamente em obtenção de *superávit* primário por meio do corte de gastos públicos não é garantia de recuperação da economia nem de crescimento econômico como se quer fazer crer.

José Roberto Afonso, Felipe Salto, Leonardo Ribeiro (2016) compararam as regras de controle fiscal adotadas em 88 países desde 1985. Os autores concluíram que a limitação da despesa, como a brasileira, não é a regra mais aplicada entre os países estudados. Existem alternativas como o controle do endividamento, regra para o resultado orçamentário e

⁵ O Brasil obteve significativo progresso no combate à pobreza durante a última década, sobretudo como resultado de investimentos públicos em saúde, educação e proteção social. Não por coincidência a economia do país prosperou a partir de uma crescente demanda interna. O Brasil, com sua resposta inicial à crise econômica global, tornou-se um exemplo ao aumentar os investimentos sociais (Tesouro Nacional, 2016), que, a sua vez, sustentaram a economia ao mesmo tempo em que protegiam os direitos humanos. (INESC, OXFAM BRASIL, CESR, 2017).

mecanismos que compreendem as receitas governamentais que apresentam resultados muito mais consistentes do que a âncora fiscal de redução dos gastos não financeiros.

Uma das conclusões do estudo é que nenhum país jamais adotou algo parecido com a EC nº 95/2016. A saber, somente Austrália, Bélgica, Croácia, Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Islândia, Israel, Kosovo, México, Peru e Polônia, países pesquisados pelo FMI, optaram por conter o crescimento real do gasto público – e com regras totalmente diferentes das do Brasil - representando menos de 16% do total de 88 países. É o que se vê na tabela abaixo:

Tabela 1 - Regras adotadas para limitar o crescimento real da despesa pública

Austrália	Limite de 2% de crescimento real. Regra flexibilizada quando: PIB acima do PIB potencial e resultado fiscal superavitário ($> 1\%$)
Bélgica	Teto para crescimento real da despesa primária. Regra vigorou por 6 anos (1993-1998)
Croácia	Desde 2014, crescimento real da despesa limitado à taxa de crescimento do PIB potencial. Exceção: medidas específicas compensando o excesso.
Dinamarca	No biênio 2007/2008, vedado crescimento real do consumo do governo (gasto corrente).
Finlândia	Desde 2003, proibição para crescimento real do gasto primário não cíclico. A regra é revisada a cada 4 anos.
França	Teto para o crescimento real da despesa revisado a cada 4 anos. Em 2009 e 2010, excluiu-se da regra o gasto com benefícios de seguro-desemprego e assistência social.
Holanda	Teto para crescimento real da despesa no biênio 2010/11
Hungria	Teto para crescimento real da despesa (2% para gastos correntes e 2,5% para gastos com transferências). Desde 2009, a regra tem sido descumprida e o foco tem sido atingir metas de resultado primário.
Islândia	Desde 2005, lei fixando limites variáveis de crescimento real da despesa.
Israel	Entre 2006 e 2008, o governo se empenhou para que o crescimento real da despesa corrente ficasse abaixo de 0,5%. Desde 2009, essa regra vale somente para municípios.
Kosovo	Desde 2013, a lei estabelece um teto para o crescimento do gasto corrente estrutural. Disposição transitória o limitou em 2% até 2017.
Peru	Desde 2000, a lei definiu um teto para o crescimento real da despesa corrente: 2% (2000-2002), 3% (2003-2008) e 4% em 2009. Em 2013/14, vigorou somente regra para controlar o déficit fiscal. Adotada válvula de escape: qualquer regra fiscal pode ser suspensa por três anos quando PIB apresentar baixo crescimento e/ou Congresso decretar situação de emergência.
Polônia	Limite temporário de 1% para o crescimento real de gastos discricionários e de novos gastos.

Fonte: AFONSO; SALTO; RIBEIRO, 2016, p. 24.

Outro resultado relevante da pesquisa é que nenhum país incorporou em suas Constituições regras de limitação de despesas. O próprio Brasil já tem instrumentos legais como o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual para planejar adequadamente seu orçamento. A constitucionalização traz problemas democráticos e de gestão.

O próximo presidente eleito não conseguirá mudar a regra fiscal estabelecida, a não ser por outra emenda constitucional, o que, por envolver gastos políticos e financeiros muito altos, parece fora de questão. De se lembrar que a metodologia atual de correção, pelo IPCA, dos limites individuais de gastos só pode ser revisitada depois de dez exercícios de vigência da emenda que instituiu o Novo Regime Fiscal. E só poderá ser feita por lei e não por medida provisória.

A rigidez da fórmula adotada pelo Brasil joga sombras sobre a efetividade do próprio projeto e sobre as possibilidades de gozo dos direitos. Poder-se-ia ter optado por alternativas que contemplassem os diferentes estágios do ciclo econômico:

Alternativamente, uma forma de aprimorar e flexibilizar o regime fiscal brasileiro é com a adoção de bandas fiscais de forma análoga ao que ocorre no regime de metas de inflação. Dessa forma o Estado pode implementar uma política anticíclica dentro dos limites da banda estabelecida. Ou ainda, um regime de bandas escalonadas pode institucionalizar uma política anticíclica, ao estabelecer para cada patamar de crescimento uma banda fiscal específica. Assim, quanto maior o crescimento econômico, mais alto deverá ser o resultado fiscal e, quanto menor o crescimento, menor será o esforço fiscal exigido. (FÓRUM 21 *et al.*, 2016).

Na obra *Curso de Direito Financeiro e Tributário* (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2017), foram avaliados os riscos que a EC nº 95/16 pode apresentar. Os autores explicam que o Poder Executivo não estará autorizado a ampliar os gastos primários em termos reais, significando uma perda proporcional ao PIB considerável, como já se anotou acima, para os setores da saúde e educação. A viabilidade de aumentar os gastos sociais dependeria de redução de despesa com outros setores, como a ciência e tecnologia, cultura, forças armadas, transportes e administração tributária.

Outra crítica dos autores versa sobre a manutenção pelo Banco Central da taxa de juros SELIC em um patamar muito elevado, ainda que diante de *superávits* primários. O governo tem previsão de produzir *superávits* somente no ano de 2019, com valor aproximado de 0,2%. (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2017, p. 41).

Outro estudo que cabe trazer à baila, denomina-se “Austeridade e retrocesso - Finanças públicas se política fiscal no Brasil”, elaborado pela Fundação Friedrich Ebert em conjunto com o GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política, Fórum 21 e a Plataforma Política Social publicado em setembro de 2016, quando a PEC nº 241/2016 ainda estava em tramitação. Tal estudo analisa as contas públicas e a política fiscal brasileira, desmitificando argumentos que sustentam a austeridade como um caminho para equilíbrio fiscal.

O estudo apresenta alternativas⁶ que contrapõem ao sistema pró-cíclico brasileiro atual, um novo modelo que oferece possibilidade de planejar o investimento público.

Os autores procuram trazer à luz o fato de que a dívida pública faz parte do regime capitalista e do processo de desenvolvimento econômico. O endividamento é decorrência de um descompasso que, por vezes, sucede entre os gastos públicos e a arrecadação tributária. Em si, não é um mal, se bem empregada para financiar investimentos públicos, consequentemente gerar estímulo para economia, criando solo fértil para atividades privadas que a longo prazo implicarão em arrecadação tributária e melhora nas contas públicas.

É explicado que o governo manteve resultados fiscais positivos nos últimos anos em consequência do aumento da carga tributária (1999-2005) e crescimento acelerado do PIB (2006-2011). A partir do ano de 2012, passou-se a observar uma piora nos resultados fiscais em razão da combinação de baixas taxas de crescimento econômico e desonerações tributárias.

Foi nesse cenário de deterioração fiscal, que se apresentou o projeto de congelamento em termos reais dos gastos primários, sob a justificativa de que o país precisava equilibrar suas contas. O estudo critica essa sistemática, uma vez que, quando o PIB voltar a crescer, os investimentos estarão limitados à correção pela inflação. Ainda que haja recursos para ampliar as áreas de educação e saúde, existirá o teto de gastos por 20 anos, o que significa que a proporção desses gastos cairá gradualmente.

O equacionamento dos problemas fiscais não depende apenas do resultado primário e do corte de gastos e a piora dos resultados primários se deve em grande parte à profunda desaceleração econômica. Em 2015, por exemplo, apesar de todo o esforço do governo para reduzir as despesas, que chegou a queda real de 2,9% do gasto primário federal, as receitas despencaram e o *déficit* ficou ainda maior, evidenciando o caráter contraproducente do ajuste: o austericídio. (FÓRUM 21 *et al.*, 2016).

Ademais, o Novo Regime Fiscal inaugura uma regra acíclica, pois, independentemente do governo e crescimento econômico do país, os gastos já estão determinados. Isso é retirar da população a prerrogativa de moldar o orçamento público por meio da atividade do parlamento, reduzindo os espaços de participação democrática no processo orçamentário.

No que tange à taxa de juros sobre a dívida, que é muito elevada, os autores explicam que uma política longa de juros altos compromete uma parte significativa do orçamento corrente para pagar os juros, bem como pode motivar inflação e desvalorização cambial. É feita

⁶ Que não serão objeto deste estudo.

a ponderação de que a redução de três pontos percentuais da taxa de juros por si só já acarretaria economia de 1,9% do PIB na conta de juros, de acordo com os autores do estudo.

É verdade que a taxa de juros assumiu tendência de queda, mas manteve o patamar de maior taxa do mundo na média do período. Sem embargo, apesar da tendência de redução da relação dívida líquida/PIB, a carga de juros da dívida pública continuou, antes da crise financeira de 2008, na média de 7% do PIB entre 2003 e 2007, mais do que o dobro dos *superávits* primários. (FÓRUM 21 *et al.*, 2016).

Exemplifique-se com o problema da dívida pública externa brasileira, cujo pagamento de juros e amortizações resulta em quase 50% da arrecadação do Tesouro Nacional ano a ano (FATTORELLI, 2016), levando a sociedade brasileira a remunerar credores e investidores estrangeiros, cuja identidade não é conhecida, e que detêm a maior parcela do estoque da dívida (mais de 62%). O país tem emitido títulos da dívida pública para pagar juros, endividando-se sucessivamente, inclusive em operação vedada pela lei, pois os juros são considerados despesas correntes pela Lei Federal n.º 4.320/64, e a Constituição Federal de 1988, no art. 167, veda a emissão de títulos da dívida para pagamento das despesas correntes. Enquanto metade do orçamento federal é consumido com o pagamento de juros e amortizações da dívida, destina-se 0,27% para ciência e tecnologia; 0,01% para saneamento básico; 0,04% para a cultura; 0,56% para os transportes; 0,34% para segurança pública; 0,03 % para desporto e lazer, 0,87% para agricultura; 0,05% para urbanismo; 4,41% para a saúde e 3,91% para a educação⁷.

Acerca dessa realidade política-fiscal brasileira, SAMPAIO (2015) tece as seguintes considerações:

Como podemos notar, a política da dívida – e não a promoção dos direitos – é a ação prioritária do governo federal. Ainda que se somem todos os gastos com direitos, fazendo tábula rasa de sua aplicação direta, chegaremos à conclusão de que a dívida pública e o custeio da máquina pública dividem, se não dominam, a atenção do Poder Público federal (Auditoria Cidadã da Dívida, s.d.). Parece, portanto, questionável a asserção de que os direitos fundamentais no Brasil são faticamente o centro de gravidade da ordem constitucional. Um passo adiante ainda se pode dar: a quem beneficia esse quadro alocativo de recursos? Aos credores da dívida pública brasileira, que são, no sentido econômico e político, a maioria. Podemos, então, concluir que o governo brasileiro adota uma política inconstitucional, ao privilegiar a dívida sobre os direitos. (SAMPAIO, 2015, p. 233).

⁷ A alocação prioritária de gastos tem sido feita para outros objetivos, designadamente, amortização e serviços da dívida pública, consumindo, respectivamente, 43,98%, 40,30% e 42,04% do total dos gastos (esses na casa de R\$ 1,7, 1,8 e 2,4 trilhões). Os serviços previdenciários, associados aos direitos securitários, atingiram 22,47%, 24,11% e 19,87%, respectivamente. São os direitos, do ponto de vista dos gastos, prioritários. Trabalho e assistência social totalizaram entre 5,5% e 7% dos montantes; as despesas com saúde ficaram na casa dos 4% e com educação entre 3,3% e 3,7%. Ao transporte, coube de 0,59% a 1,03%, enquanto ao saneamento e à gestão ambiental foi destinado de 0,20% a 0,53%; à segurança pública de 0,35% a 0,40% e à cultura, de 0,05% a 0,13%. A habitação e o urbanismo ficaram com 0,06% a 0,37%, e os direitos da cidadania com 0,04% a 0,08%. (SAMPAIO, 2015).

Logo, o problema brasileiro, como também o de outros países, não é de excessos do intervencionismo estatal ou de excesso de gastos com os direitos sociais. Não! É preciso desconstruir esse discurso falacioso, trazendo à baila dados que descortinam essa retórica e revelam uma particularidade do Brasil: a mentalidade tacanha de nossas elites econômicas que não se importam em desconstruir um projeto de país soberano e mais justo socialmente para manter seus privilégios.

Nesse cenário desvirtuado, SAMPAIO (2015) conclui que:

No âmbito da política e da administração, ganham a natureza perlocucionária e alienante, induzindo os destinatários à compreensão falseada do que realmente sucede. Nesse ambiente distorcido, o discurso dos direitos como trunfos das minorias legitima o domínio da maioria e o seu prazer pelas “trufas” do poder. (SAMPAIO, 2015, p. 233).

Essas notas, que já eram válidas num cenário anterior à EC nº 95/16, tornam-se ainda mais agudas depois dela. Trata-se de uma ofensiva conservadora de retirada de direitos sociais, tendo como alvo prioritário o projeto constituinte de 1988, que exige a intervenção do Estado para a redução das severas desigualdades sociais e econômicas, necessária para uma economia soberana e sustentável. Esse projeto reserva ao investimento público papel essencial como estímulo do investimento privado e do crescimento do setor produtivo nacional, reduzindo a dependência do país às potências estrangeiras hegemônicas.

3. Estado democrático de direito – constitucionalismo democrático

Desde o advento do Estado de Direito⁸, a compreensão do papel do Estado e da sociedade modificou-se muito. Primeiro, superou-se a visão liberal, que salvaguardava o cidadão perante o Estado, reduzido a um guarda-noturno perigoso (GRAMSCI). Depois, procurou-se garantir os direitos sociais, de natureza prestacional, dentre os quais se inclui o direito à saúde, à educação e à previdência social, como forma de reduzir as diferenças sociais e promover a igualdade perante e na lei, em sua abstração e aplicação.

⁸ Não é objeto do presente estudo traçar a evolução histórica dos paradigmas de Estado social, liberal e democrático, nem descrever, de forma pormenorizada, todos os caracteres que servem para identificar o Estado Democrático de Direito.

Desde então, as relações sociais em todas as suas dimensões, aí incluídas suas instituições de ordem jurisdicional, política e econômica vem passando por grandes transformações para se adequarem à nova ordem social de ideias, exigências e valores. A compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, em boa medida, explica a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a ideia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea (DALLARI, 2007, p. 145).

SAMPAIO (2013) faz uma crítica contundente ao fato de o termo Estado democrático de direito, ser empregado, em especial no Brasil, como “espécie de selo único de legitimidade e de correção dos rumos de viés liberal e social do Estado de direito.” (SAMPAIO, 2013, p. 70). E explica que a proclamação do artigo 1º da CR/88 no sentido de que a República Federativa do Brasil se constituir em Estado democrático de direito não basta por si só. E descreve três concepções de Estado democrático de direito⁹, que nos aterremos apenas a concepção forte para fins deste estudo:

A concepção mais forte vai além das exigências formais da orientação intermediária. A primeira grande mudança se dá na migração do foco das enunciações para a prática, da norma à realidade, da potência à ação, à efetividade. De acréscimo, há uma republicanização da democracia. Expliquemos. Cidadão e cidadania deixam de ser vistos apenas como a qualidade do eleitor ou dos direitos de sufrágio, ativo e passivo, mas com a qualidade do eleitor ou dos direitos de sufrágio, ativo e passivo, mas com a qualidade de ser humano portador de dignidade e titular efetivo de direitos. Não de direitos de papel, mas de direitos na vida real. Direitos liberais, sim; direitos sociais, econômicos e culturais, também; direitos de fraternidade, inclusive; além dos direitos políticos. Todos a compor um só núcleo e ideograma. Não há liberdade sem igualdade e democracia. Nem democracia sem liberdade e igualdade como a igualdade depende das outras duas. Mas qual o significado de democracia? Político, econômico e social. (SAMPAIO, 2013, p. 72-73).

Como se percebe, a temática – constitucionalismo democrático e Estado democrático de direito – é tormentosa¹⁰, embora tenha um denominador comum em suas diversas concepções.

É possível depreender-se que o vocábulo “democrático” não se resume à compreensão de democracia calcada no singelo direito de voto, uma vez que o princípio democrático está íntima e indissociavelmente ligado à ideia de efetiva participação de todos os interessados/afetados nos processos decisórios e, em certa escala, executivos do Estado. Não se

⁹ Um pouco exigente e puramente formal; outra material ou forte e entre elas, uma terceira concepção, dita intermediária.

¹⁰ Nem sempre democracia, mercado e direitos fundamentais estiveram no mesmo patamar ou nível de promoção. (SAMPAIO, 2013, p. 69).

pode, igualmente, fazer crer que a expressão “democracia” esteja relacionada a uma simplória vontade da maioria (classes/grupos dominantes). Não raras vezes, no encalço da promoção do “de todos”, o que a Constituição propõe é, justamente, uma postura contra majoritária (de respeito aos direitos das minorias). Não há democracia, portanto, sem pluralismo e sem igualdade.

Ainda que o país recupere sua capacidade de crescimento e eleve substancialmente suas receitas, nenhum governo, nos próximos vinte anos, independentemente do programa apresentado e aprovado nas eleições, poderá incrementar o nível de investimento de recursos públicos para além da inflação. Com isso, esvazia-se um dos principais aspectos da democracia: a decisão sobre a adequada alocação dos recursos públicos¹¹, pois a EC nº 95/16 retira do campo da política ordinária a decisão sobre os meios necessários ao atingimento do equilíbrio fiscal

Vê-se, portanto, que a erosão do princípio democrático e a grave restrição a direitos fundamentais exigem que o STF realize um controle de constitucionalidade estrito (e, portanto, mais rigoroso) da Emenda Constitucional nº 95/16. Se é verdade que uma das principais funções das Constituições contemporâneas é limitar o âmbito das escolhas majoritárias, também é verdade que nenhuma Constituição democrática no mundo adotou um modelo tão rígido de limitação às escolhas orçamentárias, e por um período tão longo. A Emenda Constitucional nº 95/16 não adotou, na esteira da experiência comparada, um sistema que visasse o equilíbrio orçamentário entre despesas e receitas: estabeleceu um limite para o crescimento do gasto público totalmente desconectado do crescimento da receita. Esse critério extremamente rígido de contenção dos gastos públicos, além de não contar com válvulas de escape – regras de exceção que possibilitem ajustes no modelo em momentos excepcionais – atingirá nada menos do que cinco governos e cinco legislaturas.

É sabido que as divergências sobre a emenda opõem pessoas que dedicaram a vida ao estudo da economia. O fato de dividir tão profundamente os especialistas é indício de que o lugar da proposta não é a Constituição.

Adotar-se um limite para os gastos públicos, por exemplo, por meio de lei complementar – a Lei de Responsabilidade Fiscal é lei complementar – seria medida que, ao mesmo tempo, atenderia ao propósito de produzir equilíbrio fiscal e não deixaria o Brasil de

¹¹ É na peça orçamentária que se materializam as concepções de organização e funcionamento do governo; é onde se externam o papel do Estado e os mecanismos de articulação com a sociedade. É nesse instrumento que as políticas públicas, programas e projetos de governo ganham forma, enfatiza Roberto Requião quando do voto da PEC 55 na CCJ. (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, 2016).

mãos tão atadas para escolher outros caminhos que se impusessem por conjunturas que surgissem nos próximos anos.

Tornou-se costume no Brasil apelidar de jabuticaba as inovações que surgem aqui, sem precedentes estrangeiros: o congelamento instituído pela EC nº 95/16 pelo prazo draconiano de 20 anos, é uma jabuticaba financeira e constitucional.

Como se viu, a construção de processos democráticos de controle e a alocação de recursos constitui hoje um desafio central. O discurso em voga tem se voltado muito para a necessidade de aprofundar a democracia, mas, na realidade, precisamos mesmo é resgatá-la da caricatura que se tornou.

4. Capitalismo financeirizado como causa da sociedade de austeridade, era da desdemocratização e do estado de exceção

A título didático, podemos, sucintamente, distinguir três regimes de acumulação na história do capitalismo: um regime de capitalismo liberal ou competitivo do século XIX, em que os poderes públicos dos Estados territoriais foram usados para constituir a economia capitalista; um regime de capitalismo monopolista estatal do século XX no qual o poder público estatal foi adicionalmente empregado como esforço para prevenir ou mitigar a crise econômica, disciplinando o capital para o seu próprio bem; e o atual regime de globalização do capitalismo financeirizado, em que o poder estatal é cada vez mais usado para construir estruturas de governança transnacional que dão poder ao capital. (FRASER, 2015).

O capitalismo administrado pelo Estado vigorou do final da Segunda Guerra Mundial até meados da década de 1970. Durante esses *Trente Glorieuses*, houve crescimento econômico e relativa paz para o núcleo capitalista, ainda que tenha exportado golpes de Estado e ditaduras militares para a periferia. No subsequente regime, chamado de capitalismo financeirizado, bancos centrais e instituições financeiras globais substituíram os Estados como árbitros de uma economia cada vez mais globalizada. E assim, nesse ciclo vicioso, por meio da dívida, que o capital canibaliza o trabalho, domina os estados, extrai toda a riqueza da periferia e transfere para o núcleo, subtraindo o valor da sociedade e da natureza. (FRASER, 2015).

FRASER (2015), ao tratar da tendência geral à crise política que é intrínseca às sociedades capitalistas, alunha a era de pós-democracia, democracia zumbi ou de fachada, ressaltando fatores tais como o declínio em participação eleitoral, a proliferação da corrupção e muito dinheiro na política, gerando o aumento na concentração da propriedade da mídia.

Segundo ela, os observadores mais perspicazes afirmam que a crise atual da democracia está profundamente ligada ao advento do capitalismo neoliberal, a citar Colin Crouch, Wolfgang Streeck, Wendy Brown e Stephen Gill. E explica que, procurando capturar uma mudança de época, eles ligam a crise democrática a uma mutação na natureza do capitalismo, mudança que desestabilizou as ordens políticas em todo o mundo, transformando as instituições democráticas em conchas vazias, meras sombras de suas formas antigas.

Haveria algo mais amplo, uma crise geral dessa ordem social, que a autora chama de *capitalismo financeirizado*. E conclui que a des-democratização indica algo podre não só no capitalismo atual, financeirizado, mas na sociedade capitalista *per se*. O resultado geral é uma crescente incapacidade dos poderes públicos para controlar os poderes privados. Decorre disso, a associação do capitalismo financiado com “des-democratização” e “pós-democracia” - uma associação que agora se revela sistêmica. Esses arranjos serviram para facilitar outra característica que define o capitalismo financeirizado: a transnacionalização da produção.

FRASER (2015) nos ensina ainda, que em termos gerais, o capitalismo financeirizado é a era de “governança sem governo” - isto é, de “dominação sem a folha de figueira do consentimento”. Nesse regime não são Estados, mas estruturas de governança transnacionais, como a Organização Mundial de Comércio, que adotam de modo crescente as regras que agora governam vastas partes da interação social em todo o mundo, capturando e colonizando o poder público nacional. O efeito geral é esvaziar a democracia em todos os níveis, descartando a ideia de sociedade, já que o senso comum neoliberal apregoa uma visão de justiça individualista e centra no mercado que repudia os princípios da cidadania social.

Como se vê, a crise da democracia exige nossa atenção. Mas a des-democratização deve ser considerada na luz certa. Longe de representar uma espécie autônoma de problemas políticos, expressa profundas contradições sistêmicas incorporadas à estrutura institucional do capitalismo financeirizado. O que se segue disso é claro: quem for falar sobre democracia hoje também deve falar sobre o capitalismo.

E é por isso que para DOWBOR (2017):

“o caos que progressivamente se instala no mundo está diretamente ligado ao esgotamento de um conjunto de instituições que já não respondem às nossas necessidades de convívio produtivo e civilizado. Criou-se um hiato profundo entre os nossos avanços tecnológicos, que foram e continuam sendo espetaculares, e a nossa capacidade de convívio civilizado, que se estagna ou até regredie. Trata-se de uma disritmia sistêmica, um desajuste nos tempos. Este desafio tem sido corretamente conceituado como crise civilizatória”. (DOWBOR, 2017, p. 19).

Para DOWBOR (2017) faz parte da crise civilizatória o desajuste nos espaços¹². O autor tece críticas severas ao neoliberalismo, reafirmando que o mundo precisa reinventar os seus caminhos, pois tal sistema já não cabe mais no mundo contemporâneo.

Segundo dados do Crédit Suisse (KERSLEY, Richard; KOUTSOUKIS, 2016), 1% mais rico detém mais recursos de que os 99% restantes do planeta¹³. São fortunas tão grandes que não podem ser transformadas em demanda, por mais consumo de luxo que se faça. Assim, são reaplicadas em outros produtos financeiros. E a realidade fundamental é que a aplicação financeira rende mais do que o investimento produtivo. O PIB mundial cresce num ritmo situado entre 1% e 2,5% segundo os anos. As aplicações financeiras rendem acima de 5%, e frequentemente muito mais. Gerou-se, portanto, uma dinâmica de transformação de capital produtivo em patrimônio financeiro: a economia real sugada pela financeirização planetária. Essa política é mais severa nos países periféricos, como o Brasil, onde a assimetria social é ainda maior. Impõe-se uma política econômica que privilegia o capital financeiro, como forma de atrair dinheiro externo, gerando-lhe bons retornos em troca de perdas significativas para os programas sociais. O Estado perde o poder de decisão efetiva, submetido às finanças externas cambiantes e virtuais. A sociedade perde sua capacidade de participar nas decisões do Estado, perdendo, ao mesmo tempo, direitos conquistados ou em devir.

É, nesse contexto, que as sucessivas propostas de emendas constitucionais geram o monstro deformado atual: congelamento dos gastos públicos, liberalização do sistema financeiro, mudanças da previdência, a caixa de Pandora não tem fim. O ataque generalizado às políticas sociais, entre outros, provocou em pouco tempo um retrocesso generalizado no país.

DOWBOR (2017) citando Wolfgang Streeck, traz uma interessante sistematização dessa captura do poder público no nível dos próprios governos. Por meio do endividamento do Estado, gera-se um processo em que, cada vez mais, o governo tem de prestar contas ao mercado¹⁴, e virar as costas para a cidadania. Com isto passa a prevalecer, para a sobrevivência de um governo, não quanto ele responde aos interesses da população que o elegeu, e sim se o

¹² Os instrumentos políticos de regulação permanecem fragmentados em cerca de 200 países que constituem o nosso planeta político realmente existente. Com a desorganização que disso resulta, populações inseguras buscam soluções migrando ou apoiando movimentos reacionários que julgávamos ultrapassados. (DOWBOR, 2017, p. 20).

¹³ Esses dados nos fazem lembrar o discurso do Presidente Obama quando de sua despedida na Assembleia Geral da ONU em setembro de 2016: “um mundo no qual 1% da humanidade controla uma riqueza equivalente à dos demais 99% nunca será estável.” (OBAMA..., 2016).

¹⁴ Recuperar a confiança do mercado não significa gerar melhores condições de produção, mas melhores condições de rentabilidade das aplicações financeiras. A produção, o emprego, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar das famílias não estão no horizonte das decisões.

mercado se sente suficientemente satisfeito para declará-lo confiável, por meio de seus “índices” e “ratings”. Logo, no lugar da *res publica*, passamos a ter uma *res mercatori*, vejamos a didática de Streeck:

Tabela 2 – Quadro relacional de conceitos

Estado do cidadão	Estado do mercado
Nacional	Internacional
Cidadãos	Investidores
Direitos civis	Direitos contratuais
Eleitores	Credores
Eleições (periódicas)	Leilões (contínuos)
Opinião pública	Taxas de juros
Lealdade	Confiança
Serviços públicos	Serviços da dívida

Fonte: STREECK *apud* DOWBOR, 2017, p. 81.

Em suma, o ponto de referência básico do capitalismo de outra era, em que a busca do lucro empresarial gerava ao mesmo tempo produtos, emprego e renda, desarticulou-se. Onde havia Estado de bem-estar e políticas sociais, teremos austeridade e lucros financeiros.

Há de se acrescentarem dois pontos a essa análise para bem situar as transformações promovidas pela EC nº 95/16, discutidas acima e que se retoma aqui em sua síntese: a restrição de gastos públicos vintenária se deu no lado dos direitos e da democracia, deixando intactos os dispêndios com juros da dívida. Esse desequilíbrio, problemático nele mesmo, ainda traz à vista uma forma dissimulada de suspensão, ainda que parcial, dos direitos sociais, fundamentados num discurso apocalíptico de urgência e necessidade ante um cataclismo econômico inevitável¹⁵. Esses elementos (suspensão de direitos e estado de necessidade) são reveladores de um estado de exceção, ainda que não declarado (AGAMBEN, 2004).

¹⁵ Diversas foram as notícias divulgadas pela equipe econômica do atual governo de que o único mecanismo para a saída da crise econômica do Brasil seria conter os gastos públicos. Não foram raras as vezes em que o Ministro da Fazenda, Henrique Meireles, concedeu entrevistas na qual afirmava “não há possibilidade de prosseguir economicamente no Brasil gastando muito mais do que a sociedade pode pagar. Este não é um plano meramente fiscal.” Para ele, o momento seria imprescindível para “recuperar a confiança do mercado, gerar emprego e renda.” (MENDONÇA, 2016). Neste mesmo sentido, relembraremos que economistas de escola, como Samuel Pessôa (pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia (Ibre) da FGV) também defendeu fortemente a aprovação da PEC nº 241 como condição primária para reequilibrar as contas públicas brasileiras. Para ele não se vislumbrava outra alternativa, pois: “ou reforma-se o ‘estado disfuncional’ ou o destino do Brasil será voltar ao temido passado inflacionário dos anos 80 (MENDONÇA, 2016).

5. Conclusão

A EC nº 95/16, que instituiu o Novo Regime Fiscal, promoveu uma séria restrição aos gastos públicos por um período de duas décadas. Essa restrição afetou mais seriamente os programas sociais de governo, promotores de direitos como a saúde, educação, previdência, assistência social e transporte, enquanto deixou incólumes os juros da dívida pública.

Instaurou-se, com ela, um novo pacto social - que passou a ser denominado de pacto da austeridade -, por meio do qual se prioriza os interesses do capital financeiro em detrimento do capital social, transferindo-se ainda para o mercado a responsabilidade de prover bens e serviços sociais, os velhos e surrados “direitos sociais”, dados os limites impostos ao orçamento público. É sintomático também que discursos catastróficos de um colapso econômico iminente tenham justificado a necessidade e pressa de adoção de tão dramático pacto.

A EC nº 95/16 subverte toda a lógica e estrutura dos direitos, notadamente os de caráter social, suspendendo-lhes a aplicação, por meio da redução dos gastos públicos com sua promoção, sem expressamente dizê-lo. Um estado de exceção não declarado, mas atuante. Esse desvirtuamento é ainda agravado com a instituição de um mecanismo que sequestra das próximas legislaturas e, consequentemente, do povo a possibilidade de estabelecer suas prioridades orçamentárias. Por meio do Novo Regime Fiscal, o Estado brasileiro dá mais um sinal de submissão ao império do capital financeiro transfronteira.

Ao Supremo Tribunal Federal, fica aqui a lembrança do legado jurisprudencial da ADPF n. 45¹⁶, cujo posicionamento do Ministro Celso de Mello foi firme no sentido de que a ordem constitucional brasileira e, portanto, a sua Corte guardiã, não deveriam admitir ou chancelar a tese da falta de recursos orçamentários como argumento capaz de legitimar a pretensão dos grupos dominantes de pressão em esvaziar as obrigações constitucionais do Estado para promover o pacto civilizatório e emancipador da Constituição de 1988 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

Os problemas do Brasil, conforme apontaram os estudos técnicos citados ao longo deste estudo, não são de escassez de recursos ou de irresponsabilidade fiscal, mas da permanência de uma organização socioeconômica garantida pelo poder político de uma forma

¹⁶ ADPF 45/2004 - Essa eminent atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

de Estado (neoliberal) que existe para a defesa das classes dominantes (capitalismo financeirizado) e não para a defesa de todos (des-democratização).

6. Referências bibliográficas

AFONSO, José Roberto; SALTO, Felipe; RIBEIRO, Leonardo. A PEC do teto e o resto do mundo. Macroeconomia. **Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro: FGV Instituto Brasileiro de Economia, v. 70, n. 10, p. 23-24, out. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/issue/viewIssue/3755/1697>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério do Planejamento, do Desenvolvimento e Gestão. **Exposição de Motivos Interministerial nº 83/2016**. Brasília, 15 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/emi/2016/83.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Voto em separado sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016. Brasília, 9 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.robertorequiao.com.br/voto-em-separado-da-pec55-na-ccj/>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. **Diário de Justiça**, 04 maio 2004.

CONTRI, André Luis. Uma avaliação da economia brasileira no Governo Dilma. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 41, n. 4, p. 9-20, 2014. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/download/3074/3446>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capitalismo improdutivo**: por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

FATTORELLI, Maria Lucia. **Explicação sobre o Gráfico do Orçamento elaborado pela Auditoria Cidadã da Dívida**. Auditoria Cidadã da dívida, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://auditoriacidada.org.br/conteudo/explicacao-sobre-o-grafico-do-orcamento-elaborado-pela-auditoria-cidada-da-divida/>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito financeiro e tributário**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FÓRUM 21 *et al.* **Austeridade e retrocesso**: finanças públicas e política fiscal no Brasil. São Paulo, set. 2016. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Austeridade-e-Retrocesso.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

FRASER, Nancy. Legitimation crisis? On the political contradictions of financialized capitalism. **Critical Historical Studies**, v. 2, n. 2, p. 157-189, 2015. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/683054>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GODOI, Marciano Seabra. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 5, n. 5, 2017. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/25565>. Acesso em: 20 jan. 2018.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (INESC). **Orçamento 2017 prova**: teto dos gastos achata despesas sociais e beneficia sistema financeiro. Brasília, 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2017/marco/orcamento-2017-prova-teto-dos-gastos-achata-despesas-sociais-e-beneficia-sistema-financeiro>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (INESC); OXFAM BRASIL; CENTRO PARA OS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS (CESR). **Brasil**: direitos humanos em tempos de austeridade. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Fact_Sheet_2_Portugues_V-Print_2.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

KERSLEY, Richard; KOUTSOUKIS, Antonios. **The Global Wealth Report 2016**. Credit Suisse Group AG, 22 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.credit-suisse.com/corporate/en/research/research-institute/news-and-videos/articles/news-and-expertise/2016/11/en/the-global-wealth-report-2016.html>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MENDONÇA, Heloísa. Samuel Pessôa: “A PEC dos gastos vai trazer racionalidade e forçar novas reformas”. **El País**, São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/16/economia/1479319036_604692.html>. Acesso em: 21 abr. 2018.

NÍVEL muito baixo de gastos públicos ameaça o desenvolvimento. RFI As vozes do Mundo, 12 out. 2016. Disponível em: <<http://br.rfi.fr/brasil/20161012-nivel-muito-baixo-de-gastos-publicos-ameaca-o-desenvolvimento>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

OBAMA critica ‘nacionalismo agressivo’ e ‘populismo grosseiro’ em discurso na ONU. ONUBR Nações Unidas do Brasil, 20 set. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/obama-critica-nacionalismo-agressivo-e-populismo-grosseiro-em-discurso-na-onu>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

PAULA, Luiz Fernando de; PIRES, Manoel. Crise e perspectivas para a economia brasileira. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 125-144, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142017000100125>. Acesso em: 20 jan. 2018.

POCHMANN, Márcio. **Desigualdade Econômica no Brasil**. São Paulo: Ideias&Letras, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais como trufas da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo: Unisinos, v. 7, n. 3, p. 226-234, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2015.

**A DA CONQUISTA DA CIDADANIA NO BRASIL EM COMPARAÇÃO À
INGLATERRA E SEUS REFLEXOS EM NOSSA SOCIEDADE ATUAL**

Carla Vanessa Prada Nascimento Santos

Universidade Federal de Sergipe

Lucas Gonçalves da Silva

Universidade Federal de Sergipe

Resumo

O presente artigo destina-se a analisar o conceito de cidadania proposto por Thomas Humphrey Marshall, tendo como enfoque principal a trajetória percorrida pela cidadania no Brasil, e a forma como ela foi inserida em nossa sociedade. Faremos uso, também, da obra Cidadania no Brasil, do historiador José Murilo de Carvalho para, por meio do método dedutivo e bibliográfico, discutir se o fato da inversão da pirâmide proposta por Marshall resultou em consequências para a efetiva promoção dos direitos no país e se podemos afirmar que usufruímos da cidadania plena.

Palavras-chave: elementos da cidadania, Brasil, Inglaterra, direitos civis, direitos políticos, direitos sociais.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the concept of citizenship proposed by Thomas Humphrey Marshall, focusing on the trajectory of citizenship in Brazil, and how it was inserted in our society. We will also make use of the work of Citizenship in Brazil, by the historian José Murilo de Carvalho, through the deductive and bibliographic method, to discuss whether the fact of the inversion of the pyramid proposed by Marshall resulted in consequences for the effective promotion of the rights in the country and if we can affirm that we enjoy full citizenship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: elements of citizenship, Brazil, England, civil rights, political rights, social rights.

1. Introdução

A Constituição de 1988 elegeu a cidadania como um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito. Tendo previsão expressa no art. 1, II do texto constitucional como um dos fundamentos da República. A conhecida Constituição Cidadã, promulgada após o período militar, trouxe em seu corpo o retorno de vários direitos restringidos na época da ditadura. De tal maneira, o termo cidadania tomou grande repercussão, tornando-se comum depararmo-nos com o emprego dessa terminologia.

Apesar da palavra cidadania ter se tornado tão popular entre o povo brasileiro, nota-se que o seu real significado é muito pouco dissipado e conhecido. Para melhor compreensão do que verdadeiramente é englobado pelo termo cidadania tomaremos por base a clássica obra *Cidadania e Classe Social* do autor inglês Thomas Humphrey Marshall, que a divide em três elementos: civil, político e social.

Após conceituar cidadania e entender o que abrange esse feixe de direitos, partiremos para análise de como esses direitos foram inseridos no Brasil tendo como suporte os estudos de José Murilo de Carvalho em sua obra *Cidadania no Brasil*, a partir de então será possível vislumbrar a ordem de destaque desses direitos e entender como se firmaram em nossa sociedade.

Se por um lado os elementos da cidadania propostos por Marshall em sua obra seguem um desenvolvimento lógico e interdependentes entre si, sendo o direito social consequência dos direitos políticos, e, estes por sua vez, decorrentes do pleno exercício dos direitos civis, questionamos se a inversão dessa ordem acarretaria em dificuldades para o alcance da cidadania.

Através da obra de José Murilo de Carvalho perceberemos que os direitos civis, políticos e sociais seguiram, no Brasil, sua própria trajetória diferentemente de outros países europeus. Observando a pouca ou nula participação do povo na conquista desses direitos e tendo o direito social sido o predecessor dos demais, abre-se o questionamento para as possíveis consequências decorrentes desse caminho percorrido pela cidadania no Brasil.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a cidadania partindo do conceito proposto por Marshall e seguindo para a trajetória da sua construção no Brasil, despertando para reflexão de como se encontra a real situação da cidadania em nosso país. Inicialmente aborda algumas reflexões básicas sobre o contexto político-social do qual surge a cidadania brasileira, para a seguir se demonstrar, a partir das experiências de participação na construção

democrática, como a inversão da trajetória da cidadania e a forma como foi conquistada influenciou na construção de uma sociedade com inexpressiva participação popular nos processos de tomada de decisão.

Esse artigo, também aborda a problemática de como direitos a nós “doados” em uma época na qual o Brasil era dirigido por políticos que ocupavam o poder de forma arbitrária, restringindo, ao mesmo tempo, outra grande parcela de direitos, poderiam ser considerados verdadeiras conquistas da cidadania por parte de todo o povo brasileiro.

Ainda se faz necessário problematizar se apesar de termos uma constituição rica na previsão de direitos civis, políticos e sociais, hodiernamente, diante de tantos casos de falta de segurança individual, saúde pública precária, e dificuldade de acesso à justiça, até que ponto estes direitos são realmente assegurados e promovidos de forma efetiva para todos.

Para responder as essas indagações, o presente artigo utilizou da análise bibliográfica, atentando para teorias que definem cidadania e elementos da cidadania. Também buscou, por meio do estudo de bibliografias, fazer uma análise acerca da conquista da cidadania na sociedade inglesa, bem como a implementação da cidadania e dos seus elementos no Brasil.

2. O significado da palavra Cidadania

É primordial para iniciarmos o estudo do tema abordando conceitos básicos os quais o senso comum se baseia para entender o que significa de cidadania. Inicialmente, os dicionários são o meio utilizado pela sociedade em geral quando se busca entender o significado de algo. Notamos que o conceito de cidadania, na maioria das vezes, está diretamente associado ao conceito de cidadão.

Para o dicionário Escolar da Língua Portuguesa cidadania é “qualidade ou nacionalidade de cidadão” (BUENO, 1975), e entende por cidadão “habitante da cidade; indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado” (BUENO, 1975).

Utilizando-se do conceito dado pelo Dicionário de Filosofia, cidadão é “aquele que usufruiu os direitos e cumpre os deveres definidos pelas leis e costumes da cidade: a cidadania é, antes de mais nada, o resultado de uma integração social, de modo que civilizar significa em primeiro lugar ‘tornar cidadão’ (DUROZOI, 2002).

Partindo para uma visão Sociológica na conceituação de cidadania, dois conceitos tradicionais oferecem um aporte teórico fundamental para que possamos identificar fundamentos básicos que a compõem. O conceito liberal de cidadania é um deles. Fundado em

Kant, Hamilton, Rawls, a cidadania, em um prisma liberal, está ligada igualdade de tratamento para todos e aos direitos individuais. Já em uma perspectiva comunitária (Aristóteles e Rousseau), podendo-se incluir o humanismo cívico (Maquiavel, Montesquieu e Arendt), a cidadania está intrinsecamente ligada ao acolhimento do indivíduo em uma comunidade política, sendo esse sentimento de inclusão mais importante do que a titularidade de direitos, em razão do bem público ser preponderante em relação aos interesses individuais (BOMBASSARO; RI JÚNIOR; PAVIANI, 2004).

Ao tratar a conceituação de cidadania em um viés sociológico, Thomas Humphrey Marshall é quem propõe a primeira teoria sociológica trazendo os direitos sociais como elementos indispensáveis conjugados ao pleno exercício de uma vida política e garantia de direitos jurídicos-civis. Segundo Marshall, a cidadania é um “status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status”(MARSHALL, 1967, p. 76).

Adentrando na seara jurídica, Maria Helena Diniz descreve como cidadania:

qualidade ou estado de cidadão; vínculo político que gera para o nacional deveres e direitos políticos, uma vez que o liga ao Estado. É a qualidade de cidadão relativa ao exercício das prerrogativas políticas outorgadas pela Constituição de um Estado Democrático (DINIZ, 1998, p. 10).

Contudo, para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior a cidadania estava ligada com a dignidade da pessoa humana seguindo o pensamento de Hannah Arendt:

A expressão cidadania, aqui indicada como fundamento da República, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significado mais abrangente, nucleado na ideia, expressa por Hannah Arendt, do direito a ter direitos. Segue-se, nesse passo, que a ideia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a de dignidade da pessoa humana (ARAÚJO; JÚNIOR, 2004, p. 79).

Desse modo, percebe-se que o conceito destinado a cidadania, não só por parte do senso comum, mas também pela grande parte dos livros destinados a graduação em Direito, possui uma conotação muito simplória, abrangendo, na maioria das vezes, somente os direitos políticos e, no melhor dos casos, associados à dignidade da pessoa humana.

Indiscutivelmente, não podemos falar em cidadania sem nos referirmos à obra do inglês Tomas Humphrey Marshall. Em Cidadania, Classe Social e Status, o estudioso desenvolveu um conceito para cidadania que é tido como referência acadêmica, além de ser muito utilizado até os dias de hoje. Ao tratar a conceituação de cidadania Marshall é quem

propõe os direitos sociais como elementos indispensáveis, conjugados ao pleno exercício de uma vida política e garantia de direitos jurídicos-civis. Segundo Marshall, a cidadania é um “status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status”(MARSHALL, 1967, p. 76).

Marshall, na referida obra, define a cidadania em três elementos: civil, político e social. Para chegar a tal conclusão, o autor faz uma retrospectiva das conquistas de direitos na Inglaterra desde o século XVII e analisa o reflexo destas conquistas nas classes sociais.

2.1. Os elementos da cidadania por Thomas H. Marshall

A obra Cidadania, Classe Social e Status tem raiz liberal, foi escrita em 1949, uma época em que a Inglaterra vivia um momento de transição entre o liberalismo e o Estado Social. De acordo com Marshall, a cidadania para ser reconhecida tinha como indicador o conjunto dos elementos civis, políticos e sociais. Estes seguiam uma ordem cronológica, progressiva e estariam interligados de forma linear sem qualquer tipo de hierarquia.

Os elementos civis surgiram na Inglaterra no século XVIII e estão relacionados aos direitos inerentes à liberdade individual, tais como o direito de ir e vir, liberdade de crença, pensamento, propriedade, imprensa, de concluir contratos válidos e acesso à justiça. Definido por Marshall da seguinte forma:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual (MARSHALL, 1967, p. 63).

Assim, como conclui Marshall, diante de tal colocação, vislumbramos que os direitos civis possuem uma ligação profunda com o Devido Processo Legal. Outra grande conquista que veio atrelada ao elemento civil foi o direito de seguir a ocupação que lhe fosse do agrado, direito este que fora negado tanto pela lei como pelos costumes ingleses. Esse avanço era plenamente compatível com o momento de liberdade de concorrência e proliferamente do capitalismo vividos na época.

Nesse contexto, os elementos políticos, por sua vez, emergiam no século XIX como decorrência do elemento civil, sendo aqueles “produtos secundário dos direitos civis” (MARSHALL, 1967, p. 70) Nas palavras de Marshall, o elemento político consistia em:

o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local (MARSHALL, 1967, p. 63).

Vale salientar que nos padrões da cidadania democrática os direitos políticos não eram deficientes em seu conteúdo, mas sim em sua distribuição. Entretanto, a Lei de 1832, referida por Marshall, apesar de muito pouco ter feito, permitiu que fosse dado o primeiro passo em busca de uma extensão de eleitores considerada aceitável para as ideologias capitalistas da época.

E, por fim, os elementos sociais teriam sido concebidos no século XX a fim de conferir um mínimo de bem-estar econômico e segurança de participar na herança social do Estado. Vale pontuar que os direitos sociais mínimos foram desligados do status da cidadania, pois aquele que se beneficiasse de alguma espécie de auxílio financeiro garantido as famílias mais necessitadas teria que abrir mão do direito civil de liberdade pessoal e, era obrigado, também, por lei a renunciar aos direitos políticos que possuísse. Mas, sem sombra de dúvidas, foi a conquista dos direitos sociais do final de século XIX que guiou o progresso do caminho que conduziu, mais tarde, às políticas sociais igualitárias do século XX.

Para Marshall, não bastava que tais direitos fossem meramente declarados, mas que eles fossem concretizados e estivessem em pleno funcionamento na vida das pessoas. A liberdade e a igualdade presentes no elemento civil somadas a participação política contida no elemento político conduziu na direção de garantir a todos um conjunto de direitos que visasse conferir uma dignidade e bem-estar adequados. Nota-se que na análise feita por Marshall, o exercício dos direitos civis fez com que os ingleses despertassem para necessidade de conquistar seus direitos políticos e posteriormente os sociais havendo o desencadeamento lógico de uma sociedade que se atenta em promover uma igualdade tanto política como jurídica.

Apresentado um breve conceito de cidadania conforme Marshall, percebemos a ausência de conhecimento, por parte da sociedade, do que realmente engloba a cidadania e os direitos que um indivíduo na qualidade de cidadão possui. Cidadaniavai muito além do que

simplesmente o direito de votar, ela também consagra direitos civis e sociais, os quais foram assegurados em nossa Carta Magna.

3. A trajetória da Cidadania na sociedade brasileira

A cidadania está prevista de forma expressa no texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil. Mas é fato que a conquista dos direitos civis, políticos e sociais é algo muito recente em nosso país. Sendo até arriscado afirmar que existe a verdadeira promoção desses direitos nos dias atuais. A nossa Constituição Federal prevê um leque amplo de direitos fundamentais, muito embora nos deparamos no dia a dia com a ineficiência na prestação de vários desses direitos.

Para analisar o surgimento da cidadania no Brasil, tomaremos como base a obra *Cidadania no Brasil* de José Murilo de Carvalho. Na citada obra encontramos a trajetória percorrida pela cidadania em nosso país através do surgimento dos direitos na sociedade brasileira.

Os direitos civis percorreram um caminho conturbado ao longo da história do Brasil até que pudessem ser destinados a todos. Desde o Brasil colonial até última constituição a ser promulgada, esses direitos passaram por fases de alcance mínimo a severas restrições.

José Murilo elenca três grandes empecilhos para a promoção do elemento civil da cidadania no Brasil. Segundo o historiador:

A herança colonial pesou mais na área dos direitos civis. O novo país herdou a escravidão, que negava a condição humana do escravo, herdou a grande propriedade rural, fechada à ação da lei, e herdou um estado comprometido com o poder privado. Esses três empecilhos ao exercício da cidadania civil revelaram-se persistentes. A escravidão só foi abolida em 1888, a grande propriedade ainda exerce seu poder em algumas áreas do país e a desprivatização do poder público é tema da agenda atual de reformas (CARVALHO, 2003, p. 45).

Como a pior forma de impedir a construção de uma cidadania cívica, a escravidão fora nas palavras de José Murilo "um câncer" o qual se encontrou enraizado na vida dos brasileiros por séculos. Ao longo desses anos, várias foram as tentativas para extirpar esse mal, dentre elas uma lei sem efeitos concretos.

Com o fim do tráfico, anos se passaram sem que se falasse no assunto. Mas, após a guerra do Paraguai, a abolição da escravidão mais uma vez veio em pauta. E, em 1871, com

grande resistência dos fazendeiros, foi aprovada a lei do Ventre Livre que libertava os filhos de escravos nascidos daí em diante. Todavia, foi em 1884 que o Parlamento começou a discutir a abolição total. Em 1888 foi proclamada no Brasil a abolição da escravidão. Fomos o último país de tradição cristã e ocidental a conceder a fim da escravatura.

Vale registrar que na época da escravidão havia um fenômeno que podemos considerar no mínimo esquisito: a posse de escravos por parte de escravos. Nos quilombos havia a presença de escravidão, escravos libertos possuíam escravos e há relatos de até mesmo escravos possuírem escravos. O que nos leva a perceber como quase toda a sociedade convivia de forma pacífica com a escravidão. Nas palavras de Carvalho:

Significam que os valores da escravidão eram aceitos por quase toda a sociedade. Mesmo os escravos, embora lutassem pela própria liberdade, embora repudiassem sua escravidão, uma vez libertos admitiam escravizar os outros. Que os senhores achassesem normal ou necessária a escravidão, pode entender-se. Que os libertos o fizessem, é matéria para reflexão. Tudo indica que os valores da liberdade individual, base dos direitos civis, tão caros à modernidade europeia e aos fundadores da América do Norte, não tinham grande peso no Brasil (CARVALHO, 2003, p. 49).

Mas, mesmo após a abolição do cativeiro, a população negra continuou marginalizada. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos após a abolição, no Brasil não se preocupou com inserção dos ex escravos na sociedade. Aos libertos não foram oferecidas escolas, nem empregos, nem terras. Como nos esclarecer José Murilo:

Até hoje essa população ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida (...) A população negra teve que enfrentar sozinha o desafio da ascensão social, e frequentemente precisou fazê-lo por rotas originais, como o esporte, a música e a dança (...) foram os principais canais de ascensão social dos negros até recentemente (CARVALHO, 2003, p. 52 – 53).

Diante dos relatos acima verificamos que a abolição dos escravos não ocasionou na igualdade efetivamente. Segundo CARVALHO (2003, p. 53) embora essa igualdade fosse afirmada em leis na prática era negada, o que acontece até os dias de hoje.

O quadro da evolução dos direitos políticos, assim como os dos direitos civis, seguiu também uma fase de conquistas, mas sofrera, no século XX, um grande retrocesso com o período ditatorial. De forma lenta e com revoltas sem muita expressão se comparadas as acontecidas em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, o Brasil foi alcançando o direito de votar.

A constituição outorgada de 1824 estabeleceu três poderes tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário) e um poder decorrente dos resquícios do absolutismo chamado de Poder Moderador, o qual era privativo do imperador. Essa constituição regulou os direitos políticos e estabeleceu quem poderia votar e ser votado. Segundo Carvalho:

Para os padrões da época, a legislação brasileira era muito liberal. Podiam votar todos os homens de 25 anos ou mais que tivessem renda mínima de 100 mil-réis. Todos os cidadãos qualificados eram obrigados a votar. As mulheres não votavam, e os escravos, naturalmente, não eram considerados cidadãos. Os libertos podiam votar na eleição primária. O limite caía para 21 anos no caso dos chefes de família, dos oficiais militares, bacharéis, clérigos, empregados públicos, em geral de todos os que tivessem independência econômica. A limitação de renda era de pouca importância (...) o critério de renda não excluía a população pobre do direito do voto. (...) a lei brasileira permitia ainda que os analfabetos votassem. Talvez nenhum país europeu da época tivesse legislação tão liberal (CARVALHO, 2003, p. 29- 30).

Os pontos positivos merecem destaque. Se compararmos a outros países nosso eleitorado tinha uma quantidade significamente maior, nessa época quase toda a população adulta masculina votava. Outro ponto positivo é que houve eleições ininterruptas de 1822 até 1930. Porém, o lado formal dos direitos políticos não correspondia nas mesmas proporções a parte substantiva.

Mas votar, muitos votavam, eram convocados às eleições pelos patrões, pelas autoridades do governo, pelos juízes de paz, pelos delegados de polícia, pelos párocos, pelos comandantes da Guarda Nacional. Aluta política era intensa e violenta. (...) Tratava, então, de mobilizar o maior número possível de dependentes para vencer as eleições (CARVALHO, 2003. p. 32- 33).

Em 1881, o eleitorado brasileiro sofreu um grande corte. A Câmara de Deputados aprovou uma lei que excluía os analfabetos. Um grande retrocesso nos direitos políticos, e que ia de encontro com a tendência de todos os países europeus da época que caminhavam na direção de ampliar o eleitorado. Com a Proclamação da República nada foi feito para consertar esse erro, os analfabetos continuavam excluídos. No final da Primeira República (1889-1930), que não foi um período marcado por grandes mudanças na representação política, foi introduzido o voto feminino. Era pura ilusão achar que aquela limitação no voto ocasionaria em eleições limpas, pois as eleições corruptas continuaram a vigorar, e o que se ganhou, na verdade, foi um retardamento no aprendizado político dos cidadãos.

Mas foi com o golpe de 1937 que os direitos políticos, assim como os direitos civis, sofreram o maior retrocesso até então nunca assistido pelos brasileiros. O Governo fechou o Congresso Nacional, legislava por decreto, censurava à imprensa. Nas palavras de Murilo de Carvalho:

De 1937 a 1945 o país viveu sob um regime ditatorial civil, garantido pelas forças armadas, em que as manifestações políticas eram proibidas, o governo legislava por decreto, a censura controlava a imprensa, os cárceres se enchiham de inimigos do regime.

(...)

O Estado Novo não queria saber de povo nas ruas. Era um regime mais próximo do salazarismo português, que misturava repressão com paternalismos, sem buscar interferir exageradamente na vida privada as pessoas. Era um regime autoritário, não totalitário ao estilo do fascismo, do nazismo, ou do comunismo (CARVALHO, 2003, p. 109).

Com o fim do Estado Novo, em 1945, foram convocadas novas eleições e restabelecidos os direitos civis e políticos, sendo este último ampliado, mas não ao ponto de inserir os analfabetos. Esta limitação era significativa porque na época mais de 50% da população ainda era analfabeto. Outra classe ainda excluída do eleitorado eram os soldados das forças amadas. Como os analfabetos se concentravam nas zonas rurais, por óbvio, o eleitorado significativo se encontrava nas zonas urbanas, sendo o eleitor urbano menos vulnerável ao aliciamento e à coerção. Sem sombra de dúvida isso era de grande importância para o progresso em direção de eleições mais limpas.

Porém, em 1964, o Brasil sofre uma nova ditadura. Desta vez, uma ditadura militar que durou de 1964 a 1985. Os direitos civis e políticos foram violentamente restringidos, e tinham os Atos Institucionais como instrumentos legais de repressão. Todavia, diferentemente da década de 30, a situação em que vivíamos era menos favorável a um golpe. A situação internacional, por exemplo, não era nada propícia ao autoritarismo. Em razão dos custos tanto externo como interno os militares mantiveram o Congresso funcionando para dar uma ideia, mesmo que falsa, de democracia.

Um ponto em comum das duas ditaduras enfrentadas pelo povo brasileiro foi o crescimento dos direitos sociais. Foram muitas as conquistas sociais durante o Estado Novo e a Ditadura Militar. Uma vasta legislação trabalhista foi promulgada na década de 1930, mas foram os militares que estenderam aos trabalhadores rurais, até então esquecidos, os direitos sociais.

As conquistas nos direitos sociais, como foi comentado acima, deram-se, em sua maior parte, durante os regimes ditoriais. No Estado Novo, grandes foram os avanços na legislação trabalhista e na área da previdência. O farto leque de legislações promulgada nesse período desencadeou na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Foi nesse período, também, que se

regulamentou o trabalho feminino, o trabalho de menores e a criou-se a carteira de trabalho. Segundo José Murilo:

Entre 1933 a 1934, o direito de férias foi regulamentado de maneira efetiva para comerciários, bancários e industriários. A Constituição de 1934 consagrou a competência do governo para regular as relações de trabalho, confirmou a jornada de oito horas e determinou a criação de um salário mínimo capaz de atender às necessidades da vida de um trabalhador chefe de família. O salário mínimo foi adotado em 1940. A Constituição criou também a Justiça do Trabalho, que entrou e pleno funcionamento em 1941. Em 1943, veio a Consolidação das Leis do trabalho, uma codificação de todas as leis trabalhistas e sindicais do período (CARVALHO, 2003, p. 112- 113).

No tocante a previdência, Vargas enquanto ditador criou os IAPs (Instituto de Aposentadoria e Pensão). Ao longo da década foram criados IAPs para beneficiar marítimos, bancários, comerciários, industriários, além dos empregados em transportes e cargas e os da estiva. Mesmo com tanto avanço ainda ficavam de fora algumas classes de trabalhadores, o que nos leva a concluir que não era uma política social de direitos, pois para se falar em política social dessa natureza deveria beneficiar a todos. Nesse sentido expõe José Murilo de Carvalho:

O sistema excluía categorias importantes de trabalhadores. No meio urbano, ficavam de fora todos os autônomos e todos os trabalhadores (na grande maioria, trabalhadoras) domésticas. Estes não eram sindicalizados nem se beneficiavam da política de previdência. Ficavam ainda de fora todos os trabalhadores rurais, que na época ainda eram maioria. Tratava-se, portanto, de uma concepção da política social como privilégio e não como direito (CARVALHO, 2003, p. 114).

Sem tanta expressividade, diferentemente do Estado Novo, a ditadura teve seus avanços na esfera dos direitos sociais. Merece destaque a ampliação da previdência aos trabalhadores autônomos e às empregadas domésticas. E, sem dúvida alguma, as conquistas por parte dos trabalhadores rurais foi, também, de extrema importância. Esses últimos foram, finalmente, incluídos na previdência tendo direito a aposentadoria, pensão e assistência médica. Segundo Carvalho:

Em 1971, em pleno governo de Médici, ponto alto da repressão, foi criado o Fundo De Assistência Rural (Funrural), que efetivamente incluía os trabalhadores rurais na previdência. (...) É sintomático que nem os governos militares tenham ousado cobrar contribuição dos proprietários rurais. Mas não cobraram também dos trabalhadores (...) De qualquer maneira, os eternos párias do sistema, os trabalhadores rurais, tinham, afinal, direito a aposentadoria e pensão, além de assistência médica (CARVALHO, 2003, p. 171).

Diante do breve relato acima da trajetória de conquistas e restrições dos elementos da cidadania no Brasil, verificamos uma inversão na pirâmide proposta por Marshall. Sendo que se percebe claramente a inexpressível ou nula participação popular na conquista desses direitos. Pelo contrário, vislumbramos que diferentemente da Inglaterra, onde esses direitos foram conquistados, a nós foram pura e simplesmente doados. É gritante a diferença entre as ideias de uma dependência lógica dos elementos da cidadania propostas por Marshall e os caminhos da cidadania seguidos no Brasil quando observamos o surgimento dos nossos direitos sociais em um ambiente desprovido de direitos civis e políticos.

A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão de direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população, a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo (CARVALHO, p. 219- 220).

Diante do exposto, nota-se a importância da Constituição Federal de 1988 servindo como marco na consolidação dos direitos humanos, com o reconhecimento de direitos atinentes a uma vida digna, seja por meio do acesso a justiça, normas programáticas, a valorização do trabalho, ou por prever ferramentas que garantam a participação na sociedade civil a fim de viabilizar uma democracia participativa. Essa diferença de conteúdo entre a nossa constituição atual e as que lhe antecederam, serviu como fundamento para a seguinte conclusão de Sérgio Barreira de Faria Tavoralo:

Ao se respeitar essa lógica, casos como o da construção da cidadania no Brasil não parecem oferecer qualquer desafio analítico-interpretativo: os indissociáveis contrastes entre cada uma das constituições brasileiras revelam, de imediato, que aquela sequência sugerida por Marshall simplesmente não encontra a mais remota correspondência no muito pouco linear processo de institucionalização da normatividade moderna entre nós (TAVOLARO, 2001, p. 118).

De modo que se verifica uma cidadania passiva e receptora ao contrário da cidadania de outros países que foi ativa e efetivamente conquistadora de seus direitos. Indiscutivelmente, tudo isso traz consequências para a sociedade, as quais perduram até os dias de hoje. Os direitos

doados pelos governantes ao povo brasileiro geram uma certa supremacia do Estado sobre a sociedade civil, e nos mostra claramente o fortalecimento e reverência ao Poder Executivo por parte do povo.

4. A problemática da seqüência percorrida pelos elementos da Cidadania no Brasil e as consequências para a sociedade atual

Tendo como base o relato conceitual e histórico dos tópicos anteriores, iniciaremos nesse tópico uma problematização analisando até que ponto a inversão da pirâmide de Marshall no Brasil acarretou nesse sentimento de incompletude na promoção desses direitos, diante da pobreza e desigualdade social que assola nosso país, e se, realmente, consistiram em conquistas de fato para nossa sociedade.

Seguindo a ordem cronológica de destaque dos direitos no Brasil, iniciaremos a análise pelos sociais. Aqui, esses direitos, ao contrário do que acontecera em outros países, foram concedidos pelos governantes gerando um sentimento de paternalismo e favor.

Vislumbra-se, ainda, o fato de que os direitos sociais brasileiros ao surgirem excluíam uma boa parte de trabalhadores. Grande exemplo disso se dá na mora sofrida pelos trabalhadores rurais e domésticos em ver nascer uma legislação que lhes destinasse algum tipo de proteção. Como se refere José Murilo de Carvalho:

Em toda essa legislação houve um grande ausente: o trabalhador rural. Embora não fossem explicitamente excluídos, exigia-se lei especial para sua sindicalização, que só foi introduzida em 1963. A extensão da legislação social ao campo teve que esperar os governos militares para ser implementada. Esse grande vazio na legislação indica com clareza o peso que ainda possuíam os proprietários rurais. O governo não ousava interferir em seus domínios levando até eles legislação protetora dos direitos dos trabalhadores. O receio de atingir a classe média urbana pode também ter influenciado o esquecimento dos trabalhadores domésticos (CARVALHO, 2003, p. 123).

Os direitos sociais, como já dito, não representam uma conquista por parte do povo brasileiro, mas sim uma “doação” feita pelo Poder Executivo. Além do mais, houve uma incompleta implementação desses direitos que deixou por muito tempo fora de seu alcance os trabalhadores domésticos e rurais, sendo estes a fração maior de trabalhadores do Brasil na época. Diante disso fica evidente que se realmente fossem puramente políticas sociais seriam a todos destinadas.

No que tange aos direitos políticos, seu desenvolvimento ao longo da história foi bastante conturbado. Oscilou entre eleições violentas e corruptas durante o Brasil Império, e até mesmo durante o início da República, tendo atingido o cúmulo do retrocesso durante as duas ditaduras em que vivemos. A primeira, o Estado Novo, ausência de direitos políticos e civis. A segunda, por sua vez, iniciou-se com uma democracia de fachada que permitia um funcionamento aparente por parte do Congresso Nacional, até o momento em que o período mais sombrio das ditaduras brasileiras surgiu com o AI-5 no governo de Costa e Silva. Essa restrição dos direitos políticos mostra a incoerência diante do nascimento dos direitos sociais. Cabendo a seguinte indagação: até que ponto os direitos sociais, nascidos em uma época em que nossos dirigentes não eram verdadeiramente representantes escolhidos pelo povo, poderiam fazer nascer um Estado garantidor de direitos que visasse suprir os anseios de toda a sociedade?

Por fim, dando a sequência a ordem de surgimento dos elementos da cidadania no Brasil, analisamos os direitos civis e notamos o árduo caminho seguido por eles. Se não bastassem os anos sangrentos proporcionados pela escravidão, após esta ser abolida nos deparamos com a restrição deles durante o período da ditadura. Fazendo uma análise dos direitos civis após a CRFB/88, percebemos que apesar da vasta gama de direitos assegurados nos falta a afetiva promoção deles. Todos os dias ouvimos falar, se já não sentimos na própria pele, a falta de segurança individual, a dificuldade ao acesso à justiça. Sem esquecer de fazer menção a tão sonhada igualdade substancial perante a lei, que parece ainda não ter sido atingida por todos. Como exemplo, podemos citar o funcionamento da lei penal para as classes mais pobres, enquanto para os mais favorecidos nem sempre tão efetiva, isso fica bastante evidente se olharmos para a nossa população carcerária, confirmando que os direitos civis continuam, em sua grande parte, inacessíveis.

Outro questionamento reside na verdadeira existência desses direitos, suscitando uma dúvida irrefutável: se eles realmente chegaram a atingir de forma real a maioria da população brasileira? Porém nota-se que esses elementos não foram incorporados de maneira satisfatória, restando o que veio a se chamar de “ausência de cultura cívica” (ANDRADE, CASTRO, PEREIRA, 2011), sendo exemplos dessa peculiaridade brasileira a Independência do Brasil e a Proclamação da República, movimentos que aconteceram sem qualquer expressão ou manifestação social, ou seja, sem participação popular. Carvalho enquadra o Brasil em países que “desenvolveram sua cidadania de cima para baixo” (ANDRADE, CASTRO, PEREIRA, 2011). As conseqüências práticas dessa inversão estão presentes em nossa sociedade, como o

fato de estar garantida em lei a participação de todos no cenário político não ter sido o suficiente para garantir uma real representação, a qual é fundamental em um país pluralista como o Brasil. O que encontramos é a perpetuação de uma política estadista e autoritária. Mantendo-se a cultura de que a cidadania deve ser implementada por meio do Estado e a cabe a este o papel de conferi-la, isso faz predominar a ações que garantem maior poder ao Estado. Essa dependência enraizada no senso comum é o que Carvalho denomina de “estadania” (CARVALHO, 2002).

Apesar da Constituição de 1988 prever um extenso rol de direitos civis, políticos e sociais, a centralização do Estado continuam a desencadear uma cidadania passiva e clientelista. Essa redução na participação da grande parcela da sociedade civil faz com que essa gama de direitos encontrem dificuldades para serem verdadeiramente efetivados, nos impedindo de desfrutar da cidadania plena.

Como se não bastasse, o consumismo desenfreado pregado pela globalização não colabora com a nossa situação. Pelo contrário, faz aumentar a desigualdade social, através dessa realidade a qual vivenciamos: considera-se cidadão aquele que tem condições de consumir. Nas palavras do historiador José Murilo:

Mas há também sintomas perturbadores oriundos das mudanças trazidas pelo renascimento liberal. Não me refiro à defesa da redução do papel do Estado, mas ao desenvolvimento da cultura do consumo entre a população, inclusive a mais excluída. (...). Os sem-teto reivindicavam o direito de consumir. Não queriam ser cidadãos mas consumidores. Ou melhor, a cidadania que reivindicavam era a do direito ao consumo, era a cidadania pregada pelos novos liberais (CARVALHO, 2003, p. 228).

Pelo exposto, resta-nos a seguinte indagação: diante da mitigaçāo sofrida pelos direitos civis, políticos e sociais ao longo da nossa história e vivendo hoje uma aplicação longe de ser considerada ideal para a efetiva promoção da cidadania, conseguiremos extirpar esse câncer que é a desigualdade social no Brasil?

5. Conclusão

Para o senso comum, o verdadeiro sentido da cidadania é algo pouco conhecido. Os próprios dicionários trazem um conceito simplório e longe de ser o ideal significado da palavra cidadania. Até mesmo os juristas oferecem uma conceituação insuficiente, e acabam atrelando o conceito de cidadania ao simples fato de deter direitos políticos.

Conforme foi exposto no presente artigo, a cidadania abrange um vasto acervo de direitos que vai muito além de apenas votar e ser votado. Afinal, fazem parte da cidadania: direitos civis, políticos e sociais.

Ao analisarmos o conceito clássico de cidadania colocado por Marshall, observamos que se funda na conquista linear e progressiva dos elementos civil, político e social, seguindo estes uma ordem cronológica. Porém, no Brasil, ao contrário da Inglaterra, a conquista desses direitos se deu em uma ordem invertida.

Primeiro surgiram os direitos sociais, doados pelo Poder Executivo, gerando um sentimento de paternalismo e favor, atrelado a supervalorização do Executivo em detrimento do Poder Legislativo, seguidos dos direitos políticos e civis. Essa cultura da estadania presente em nossa sociedade contribuiu para formação de uma cidadania passiva e clientelista que resulta na ínfima participação popular nos processos de tomada de decisão e compromete a efetividade do rol de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição de 88.

Por fim, o consumismo desenfreado promovido pelo processo de globalização, o qual condicionou como requisito de ser cidadão o fato de poder ser consumidor. Esse consumismo extremo, associado ao déficit de participação popular nos assuntos do Estado, acarreta no agravamento das desigualdades sociais já existentes, o que nos leva a crer o quanto longo é o caminho que ainda iremos seguir em busca de desfrutar de uma efetiva promoção da cidadania a qual nos é assegurada pela Constituição Federal.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Daniela Meirelles Andrade; CASTRO, Carolina Lescura de Carvalho; PEREIRA, José Roberto. **Cidadania ou “estadania” na gestão pública brasileira?** Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, jan./ fev. 2011. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122012000100009>. Acesso em 17 de abril de 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. revista e atualizada. Saraiva, 2004.

BOMBASSARO, Luiz Carlos; RI JÚNIOR, Arno Dal; PAVIANI, Jayme Paviani. **As Interfaces do Humanismo Latino.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa.** 9 ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1975.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho.** 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. _____. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** V.1. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUROZOI, Gérard; ROUSEEL, André. **Dicionário de Filosofia.** Tradução de Marina Appenzeller. 4 ed. São Paulo: Papirus editora, 2002.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

TAVOLARO, Sergio B. F. **Quando discursos e oportunidades políticas se encontram.** Para repensar a sociologia política da cidadania moderna. Novos Estud. -CEBRAP, n. 81, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002008000200010>. Acesso em 17 de abril de 2018.

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4439: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA
AUTORIZAÇÃO DO ENSINO RELIGIOSO CONFESIONAL À LUZ DO ESTADO
LAICO BRASILEIRO**

Tatiane Silva Ferreira

Universidade de Itaúna

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

Universidade de Itaúna

Resumo

A Constituição de 1988 estabeleceu o ensino religioso obrigatório nas escolas públicas de ensino fundamental, embora de matrícula facultativa. Este tema controverso teve suas discussões agravadas após a Lei 9.394/96 e a Concordata Brasil-Vaticano, que ensejaram a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. O objetivo deste artigo é analisar a correção da decisão que estabelece o ensino religioso como confessional, concluindo ser uma afronta à laicidade estatal e um retrocesso para a democracia brasileira. A pesquisa, bibliográfica e documental, parte do entendimento do princípio da laicidade e sua relação com o ensino religioso, até a análise interpretativa da decisão.

Palavras-chave: Ensino Religioso, Laicidade, Liberdade Religiosa, Brasil, ADI 4439.

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988's Federal Constitution establishes the mandatory religious education in public elementary schools, although of optional enrollment. This controversial topic has its discussions aggravated after Law 9.394/96 and the Concordat Brazil-Vatican, which led to the filing of ADI 4439. The objective of this article is to analyze the correctness of the decision which establishes the religious education as confessional, concluding an affront to state secularism and a retrocession to Brazilian democracy. The research, bibliographical and documental, starts from the understanding of the principle of laicity and its relation to religious education, towards the interpretative analysis of the decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Religious Education, Laicity, Religious Freedom, Brazil, ADI 4439.

1. Introdução

Até a Idade Medieval (476-1453) houve fusão entre religião e política, aspecto típico das sociedades pré-modernas. Porém, “essa fusão, sob as novas condições da diversidade religiosa, do sectarismo extremo e do conflito pela Reforma Protestante, levou às terríveis, brutais e intermináveis guerras do início da Era Moderna (1453-1789) que arruinaram as sociedades europeias”. (CASANOVA, 2010, p. 2).

Neste ambiente, a secularização do Estado foi a resposta adequada a essa experiência catastrófica, tendo o Iluminismo contribuído também nesse processo. Deste modo, a Europa soube separar religião, política e ciência.¹

A laicização do Estado ensejou a separação entre o poder temporal e o poder religioso, como também a estruturação do princípio da liberdade religiosa, que se desenvolve no pensamento jurídico ocidental como direito humano de primeira dimensão.

A liberdade religiosa, embora reconhecida como direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), é tema complexo, sendo um de seus aspectos mais controversos e atuais a questão do ensino religioso nas escolas públicas.

Estruturalmente, o princípio da liberdade religiosa constitui um dos prismas do modelo laico de Estado, constituindo um de seus princípios. Neste sentido, o Estado laico tem como pilares: *i*) o princípio da liberdade religiosa; *ii*) o princípio democrático; e *iii*) o princípio da igualdade.

Por um lado, tem-se o Estado Democrático de Direito brasileiro, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, que garante a liberdade religiosa e a não discriminação por motivo de crença. Por outro, a previsão da obrigatoriedade da oferta de ensino religioso no ensino fundamental das escolas públicas.

¹ “Os europeus modernos aprenderam a separar religião, política e ciência. E, mais importante, aprenderam a domar as paixões religiosas e a dissipar o fanatismo obscurantista, relegando a religião à proteção da esfera privada e criando uma esfera pública aberta, liberal e secular, onde predominam a liberdade de expressão e a razão pública. São esses os alicerces seculares propícios sobre os quais a democracia cresce e se fortalece.” (CASANOVA, 2010, p. 2).

Partindo-se destas colocações, objetiva-se, por intermédio desta pesquisa, contribuir para o debate acerca do ensino religioso no Brasil, ao analisar, especificamente, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que estabeleceu dever ser confessional o ensino religioso previsto na Constituição, confrontando-a com o direito fundamental à liberdade religiosa no Estado laico brasileiro.

A Constituição de 1988, ao prever o ensino religioso e, mais do que isso, ao não explicitar a forma de ensino religioso a ser institucionalizada – se confessional, não confessional ou interconfessional –, permite diversas discussões acerca da questão do ensino religioso no Brasil, agravadas após a publicação da Lei n.º 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e do Decreto n.º 7.107/2010 (Concordata Brasil-Vaticano) – os quais tiveram alguns artigos com a constitucionalidade questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439.

A ADI objetivou garantir, em respeito à laicidade estatal, a forma não confessional para o ensino religioso previsto na Constituição brasileira, pautado basicamente em história e filosofia das religiões e com professores não provenientes de nenhuma confissão religiosa.

A temática do trabalho gira em torno do princípio da laicidade, que engloba a liberdade religiosa, sendo ambos frequentemente conceituados de maneira inadequada, sendo fundamental o correto entendimento para a compreensão da relação entre Estado e religião e do ensino religioso no Brasil. A necessidade de debate jurídico do tema polêmico é evidenciada pelo resultado final da votação, com seis Ministros a favor da improcedência da Ação e cinco contra, o que resultou afirmar o contrário do pretendido: que o ensino religioso previsto na Constituição deve ser confessional, sendo garantido o respeito à laicidade e à liberdade religiosa, segundo a decisão, basicamente, pelo direito à facultatividade de matrícula na disciplina.

O tema é relevante para a efetividade do direito fundamental à liberdade religiosa – garantia das minorias e da própria democracia – e assim, para a liberdade e tolerância no Estado Democrático, e se torna ainda mais importante por se tratar da Educação, que deve se dar em um ambiente inclusivo, visando ao desenvolvimento pleno das crianças e adolescentes e sua autonomia.

Considerando as exposições iniciais, surgem os problemas que permeiam a presente pesquisa, quais sejam: *a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4439, de que o ensino religioso no Brasil deve ser confessional, fere o princípio da laicidade estatal e da liberdade religiosa? A facultatividade de matrícula na disciplina assegura o respeito a estes princípios?*

A hipótese é a de que a decisão do STF não coaduna com o princípio laico, como também a própria presença do ensino religioso nas escolas pública ofende o princípio da laicidade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Para responder a estas perguntas, este artigo se subdivide em duas partes, com seções intituladas: a) *Aspectos axiológicos do estado laico e sua relação com o ensino religioso*; e b) *A ação direta de inconstitucionalidade n.º 4439: a decisão de que o ensino religioso previsto na Constituição de 1988 deve ser confessional*.

A pesquisa é bibliográfica, com a utilização de doutrinas e trabalhos científicos que contribuam para o embasamento teórico necessário ao trabalho e documental, quanto ao ordenamento jurídico referente ao tema e quanto à petição inicial, informações do STF e votos já disponibilizados da Ação em questão, sobre os quais será feita uma análise interpretativa.

Enfatiza-se que este artigo se limita ao viés jurídico da questão, buscando o entendimento de pressupostos democráticos envolvidos na decisão, mais sérios do que possam parecer à primeira vista, não se referindo, portanto, a problemas de cunho pedagógico ou outros decorrentes da decisão.

2. Aspectos axiológicos do Estado laico e sua relação com o ensino religioso

Objetivando realizar análise acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o ensino religioso nas escolas públicas, é importante conhecer o conteúdo axiológico do Estado laico, haja vista sua importância argumentativa para o desfecho desse julgamento.

Para isso, será realizado um caminho, que não é linear, sobre os tipos de relação entre Estado e instituições religiosas ao longo da história.

O direito moderno prescreve três tipos de relações entre o Estado e as instituições religiosas, estruturadas entre três pressupostos, quais sejam: i) cisão; ii) liberdade; e iii) igualdade. (BRUGGER, 2010). Deste modo:

[...] três pressupostos para as relações atuais entre Estado e Igreja: cisão (distância ou separação em sentido amplo), liberdade e igualdade, o que leva à questão sobre se e até que ponto pode-se pensar em aproximações entre Estado e Igreja no seu âmbito. Todas as três características podem ser entendidas em uma determinação mínima dissociada, permeável e disposta ao compromisso ou de uma forma estrita, rigorosa, absoluta ou concorrente. (BRUGGER, 2010, p. 17).

A *cisão* se caracteriza como a distância ou separação em sentido amplo. Tem-se aqui, conforme doutrina de Jorge Miranda (2011), o denominado *sistema de oposição*, também

denominado Estado laico ou Estado ateu. Para Miranda, a oposição do Estado à religião pode ser relativa (Estado laicista) ou absoluta (Estado ateu ou de confessionalidade negativa).

Em idêntica estruturação, Jorge Bacelar Gouveia (2012) apresenta três modelos teóricos de sistemas de relação entre Estado e confissões religiosas: *i*) Estado confessional; *ii*) Estado laico; e *iii*) Estado laicista.

Esses três modelos serão estudados nas subseções seguintes, utilizando-se a sequência da estruturação adotada por Gouveia (2012).

2.1 A identificação do Estado com as organizações religiosas: o Estado confessional

O denominado *Estado confessional* é caracterizado como aquele Estado com religião oficial imposta à comunidade política, orientando sua atividade jurídica, como também a da sociedade em si, com base nos critérios impostos pela religião por ele adotada. Trata-se, desse modo, da relação de identificação entre uma organização religiosa e o Estado.

Para Pierluigi Chiassoni (2013), o Estado teocrático se caracteriza pela confusão entre hierarquia estatal e hierarquia eclesiástica, sendo o chefe religioso, ao mesmo tempo, chefe de Estado, não havendo espaço para liberdade de consciência, tampouco para liberdade em matéria de religião.

Nesse sentido, duas relações podem ser distinguidas em relação ao predomínio de um poder sobre o outro: *i*) *teocracia*², ou seja, o sistema de identificação com domínio do poder religioso sobre o poder político; e *ii*) *cesaropapismo*³, sistema com domínio do poder político sobre o poder religioso.

² A primeira identificação (sob a forma de teocracia) encontrava-se na “Antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados”. (MIRANDA, 2011, p. 107). Ainda, de acordo com Jorge Miranda, “também a doutrina dos dois gládios de alguns Papas da Idade Média, do tempo da *Respublica Christiana*, levava ao ascendente do poder espiritual sobre o temporal, ainda que tivesse defrontado sempre resistências dos reis e do Imperador do Sacro Império Romano- Germânico. Mas é, sobretudo, hoje, o fundamentalismo islâmico – apesar de não ser o único fundamentalismo religioso em expansão nos nossos dias – que mais fortemente afirma não poder existir separação entre a esfera política e a esfera religiosa, identifica a comunidade de cidadãos com a comunidade de crentes e pretende que a lei religiosa vigore como lei civil”. (MIRANDA, 2011, p 108).

³ De acordo com Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, “ideologicamente o cesaropapismo sustenta-se na ideia política bizantina de se usurpar a autoridade conciliar e o poder papal sobre a Igreja, sendo o sagrado considerado parte integrante do temporal. A identificação, sob a forma do cesaropapismo, assumiu diferentes configurações ao longo da história. Isto fica visível se observar os imperadores romanos pagãos, os quais eram, ao mesmo tempo, sumos sacerdotes (denominados *Pontífices Maximi*) do culto oficial do Império Romano, possuindo, assim, a suprema autoridade civil e religiosa. Quando se converteram ao cristianismo renunciaram ao sumo sacerdócio pagão, porém conservaram o hábito de intervir em questões religiosas, quer de ordem disciplinar, quer de ordem dogmática, tendo sido tais ingerências aceitas tanto mais facilmente quanto, em geral, eram acompanhadas de proteção e benefícios para a Igreja. Tal fato torna-se patente ao se observar o imperador

Ainda de acordo com Chiassoni (2013), o Estado confessional possui três particularidades básicas: primeiramente o Estado professa, do mesmo modo que os indivíduos, uma religião determinada; a garantia dos adeptos da religião do Estado à liberdade eclesiástica, dentro dos limites fixados pela jurisdição originária e soberana sobre os assuntos espirituais; a concessão aos adeptos de religiões diferentes da religião do Estado de um regime de “tolerância”, cuja amplitude e persistência varia segundo conveniência. Assim, no Estado confessional não há nem igual liberdade de consciência nem igual liberdade em matéria religiosa.

2.2 A não identificação do Estado com as organizações religiosas: o Estado laico

Abordar a *laicidade* é adentrar a uma seara desafiante nas sociedades plurais. O pensamento filosófico e político sobre a laicidade registra que o seu interesse surgiu antes do desenvolvimento do conceito nos dicionários.

A palavra *laicidade* possui dupla gênese etimológica, conforme destaca Micheline Milot: “uma provem da palavra eclesiástica latina *laicus*, que significa aquele que não recebeu ordens religiosas. Diferencia-se, assim, o clérigo e o laico no seio da comunidade cristã”. (MILOT, 2009, p. 10, tradução nossa⁴). Além desse significado, há outra origem mais antiga proveniente do termo grego *laos*, que significa *povo*. (MILOT, 2009).

Fato é que, desde que apareceu nos dicionários, a laicidade evoca uma realidade política segundo a qual o Estado não recebe sua legitimidade de uma igreja ou de uma confissão religiosa, mas sim da soberania popular.

Em resumo, a *laicidade* quer significar o igual tratamento estatal às instituições religiosas, no sentido de sua neutralidade em relação às religiões, tratando igualmente a todas elas, não favorecendo nenhuma delas ou nenhum culto. Ademais:

Constantino, o qual depois da conversa se intitulava “bispo do exterior”, envolvendo-se com frequência em questões eclesiásticas. “O imperador Justiniano (527-565) promulgou numerosas leis sobre a disciplina eclesiástica, consolidando e dando assim foram ao cesaropapismo bizantino, que havia de perdurar até a queda do Império do Oriente (1453)”. (MIRANDA, 2011, p. 109). Esse cesaropapismo teve continuidade na Rússia, que recebeu o Cristianismo de Constantinopla, tendo os czares tornado-se os chefes da Igreja Russa principalmente a partir do governo de Pedro I, o Grande (1682-1725)”. (MORAIS, 2016).

⁴ No original: “Una proviene de la palabra eclesiástica latina *laicus*, que significa aquele que não recebeu ordens religiosas. Se diferencia así el clérigo y el laico en el seno de la comunidad cristiana”. (MILOT, 2009, p. 10).

Para que o Estado exerça esta neutralidade sem privilegiar nenhuma religião, não pode se associar a nenhuma delas. Assim, a definição da laicidade foi evoluindo rapidamente para incluir outro aspecto fundamental, o da separação dos poderes entre o político e o religioso. [...] A laicidade é o feito de um estado neutro em relação aos cultos, independente de todos os clérigos, de toda concepção teológica. Percebe-se que esta definição aparecer quase cem anos depois da Revolução Francesa. (MILOT, 2009, p. 11-12, tradução nossa⁵).

O Estado laico, diferentemente do Estado confessional, não incorpora em sua base argumentativa e decisória qualquer religião. Todavia, apesar de não se verificar qualquer identificação, pode haver relações entre Estado e confissões religiosas, relações essas que podem ser de união ou de separação.

Estruturalmente a laicidade se fundamenta nos princípios da *i) separação, ii) neutralidade, iii) liberdade de consciência e de religião e iv) igualdade*.

O princípio da separação constitui o pedestal da laicidade, consistindo na independência do Estado em relação às organizações religiosas, como também na autonomia dessas organizações em relação ao poder político. Nesse sentido, o Estado não recebe sua legitimidade de uma Igreja ou de uma certa transcendência religiosa. A ordem política é livre para elaborar normas coletivas de interesse geral, sem que nenhuma religião ou convicção particular domine ou controle o poder político e as instituições políticas, como ressalta Milot (2009). Deste modo:

O poder político não pode ser o braço secular de uma instituição religiosa para impor ao conjunto da sociedade o que lhe pareça justo e bom segundo os dogmas dessa confissão religiosa. A autonomia do Estado implica a dissociação entre a lei civil e as normas religiosas. (MILOT, 2009, p. 18, tradução nossa⁶).

A neutralidade é uma exigência para que o Estado não favoreça ou moleste, de maneira direta ou indireta, qualquer religião. “Para poder representar a totalidade do povo, o *laos*, o Estado está proibido de definir ou julgar o que seja uma crença aceitável ou sua justa expressão.” (MILOT, 2009, p. 19, tradução nossa⁷).

⁵ No original: “Para que el Estado ejerza esta neutralidad sin privilegiar ninguna religión, no puede asociarse a ninguna de ellas. Así, la definición de la laicidad ha evolucionado rápidamente para incluir otro aspecto fundamental, el de la separación de los poderes entre lo político y lo religioso. [...] La laicidad es el hecho de un *estado neutral respecto de los cultos, independiente de todos los clérigos, de toda concepción teológica*. Se notará que esta definición aparece casi cien años después de la revolución francesa”. (MILOT, 2009, p. 11-12).

⁶ No original: “El poder político no puede ser el brazo secular de una institución religiosa para imponer al conjunto de la sociedad lo que parece justo y bueno según los dogmas de esa confesión religiosa. La autonomía del Estado implica la disociación entre la ley civil y las normas religiosas”. (MILOT, 2009, p. 18).

⁷ No original: “Para poder representar la totalidad del pueblo, el *laos*, el Estado se prohíbe definir o juzgar lo que es una creencia aceptable o su expresión justa”. (MILOT, 2009, p. 19).

Nesse sentido, deve o Estado garantir a ordem pública e a liberdade do indivíduo. Ser neutro não significa ao Estado não possuir valores, haja vista a governabilidade estatal se estruturar em valores fundamentais, como a democracia, o respeito à diversidade e os direitos humanos.

2.3 A oposição (cisão) do Estado em relação à religião: o Estado laicista e o Estado ateu

O Estado laico não se confunde com o Estado laicista, embora essa confusão não seja incomum quando o tema da laicidade é enfrentado. Deste modo, é comum contrapor o modelo laico norte-americano ao modelo laico francês, o último denominado *laicista*.⁸

Em relação ao Estado laicista, Micheline Milot observa:

O sentido corrente atribuído a este termo tem como conotação o militantismo que pode ser pregado por grupos na sociedade ou por um Estado que pretende lutar contra os poderes das tradições religiosas na vida social ou política. A definição mais conhecida de laicismo é de uma doutrina ou ideologia que tende a fazer da laicidade um combate contra as pretensões da igreja para reinar a vida pública. O laicismo supõe, sem dúvida alguma, que a Igreja e o Estado estejam separados, mas segundo uma perspectiva mais conflituosa. O laicismo se faz ideologia e toma, com frequência, a forma de dogmatismo religioso. Encontra-se atualmente no seio de movimentos militantes que pretendem o desaparecimento de todo sinal religioso do espaço público. (MILOT, 2009, p. 12, tradução nossa⁹).

Ainda na doutrina portuguesa, Jorge Bacelar Gouveia (2012) define o Estado laicista como aquele de atitude de oposição ao fenômeno religioso, que objetiva afastar ou eliminar suas manifestações, como é o caso francês, podendo-se destacar dois graus de intensidade distintos, verificando-se uma atitude “de oposição mitigada, situação em que teremos um Estado laicista passivo; ou então essa oposição é levada até as últimas consequências, situação em que estaremos em face de um Estado laicista militante, ateu, de confessionalidade negativa”. (GOUVEIA, 2012, p. 120).

⁸ Para uma análise aprofundada do Estado laicista vide: BAUBERÓT, Jean. **Historia de la laicidad francesa**. Cidade do México: El Colegio Mexiquense, 2005.

⁹ No original: “El sentido corriente atribuido a este término lleva como connotación el militarismo que puede ser desplegado por grupos en la sociedad o por un Estado que pretende luchar contra los poderes de las tradiciones religiosas en la vida social o política. La definición más conocida del laicismo es la de una doctrina o ideología que tiende a hacer de la laicidad un combate contra las pretensiones de las Iglesias para regir la vida pública. El laicismo supone sin duda alguna que la Iglesias y el Estado estén separados, pero según una perspectiva más conflictual. El laicismo se hace ideología y toma, con frecuencia, la forma de dogmatismo religioso. Se le encuentra hoy en el seno de movimientos militantes que pretenden la desaparición de todo signo religioso del espacio público”. (MILOT, 2009, p. 12).

2.4 O Estado laico brasileiro

Abordadas as espécies de relações entre Estado e religião, passa-se a partir de agora a uma observação sobre o Estado laico brasileiro, que está estruturado nos valores da liberdade religiosa, da democracia e da igualdade.

Sendo um dos prismas do modelo laico de Estado, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes (2015) entende a *liberdade religiosa* como direito fundamental de primeira, segunda e terceira dimensões. Como direito de primeira dimensão, considera que a liberdade religiosa pressupõe uma ramificação do direito fundamental de liberdade¹⁰, “princípio basilar do Estado, ou seja, o primeiro direito do homem” (MORAIS, 2015, p. 78), possuindo uma forma negativa e uma positiva, referindo-se não apenas à “liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga” (MORAIS, 2015, p. 76-77), mas à “necessidade de se remover os impedimentos, sejam eles econômicos, sociais e políticos, que possam obstaculizar a realização da dignidade da pessoa humana” (MORAIS, 2015, p. 77). Como direito de segunda dimensão, a liberdade religiosa pressupõe igualdade de tratamento entre todas as crenças e consciências e, como direito de terceira dimensão, relaciona-se ao respeito e cooperação entre todas as crenças.

Deste modo, a liberdade religiosa não equivale à liberdade de crença prevista no artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88¹¹, como possa parecer, embora a englobe, juntamente com a liberdade de consciência, de culto e de organização religiosa.

Corroborando o afirmado, percebe-se que ainda à época da fase confessional do Estado brasileiro – sem separação entre Estado e religião, com uma religião oficial no país e sem reconhecimento à liberdade religiosa –, já era garantida a liberdade de crença, circunscrita ao âmbito privado, como previsto na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.¹²

O sentido da liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito mostra-se mais amplo, como frisa Moraes, “não tendo o texto constitucional instituído limites expressos a serem

¹⁰ Art 5º CRFB/88: “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: [...]” (BRASIL, 2018a).

¹¹ Art. 5º,VI: “É inviolável o direito de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias” (BRASIL, 2018a).

¹² Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

concretizados pelo legislador” (MORAIS, 2015, p. 85)¹³. Neste sentido, para tratar da liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito brasileiro, torna-se essencial situá-la em seu contexto laico.

O marco da laicização e da liberdade religiosa no Brasil ocorreu após a Proclamação da República, através do Decreto n.º 119-A, de 07/01/1890, redigido por Ruy Barbosa (1949-1923), que instituiu a separação entre Estado e religião no Brasil, proibindo a intervenção estatal em matéria religiosa, sendo a Constituição de 1891 a primeira a separar oficialmente o Estado brasileiro da Igreja Católica – separação que se mantém até os dias atuais. (MORAIS, 2012).

A laicidade constitui-se em um supraprincípio, que engloba a liberdade religiosa, juntamente com a igualdade e a democracia, o que está de acordo com as definições de estado laico estabelecidas no subitem 2.2, onde a soberania popular é que traz legitimidade ao Estado, que não pode basear suas decisões em fundamentos religiosos, além de dever garantir igual tratamento a todas as pessoas e religiões, não favorecendo ou molestando nenhuma delas, ainda que indiretamente.

Ao falar-se em laicidade como modelo de separação entre Estado e religião, tem-se o modelo norte-americano, laico, e o modelo francês, laicista, havendo diferenças entre eles. O Brasil constitui-se em Estado laico¹⁴, tendo adotado o modelo norte americano – baseado na ideia do muro de separação (*wall of separation*) de Thomas Jefferson – de separação entre Estado e religião (MORAIS, 2015). Tal modelo não se refere a uma separação radical, permitindo vínculos entre o Estado e a instituição religiosa.

O modelo francês, diferentemente, caracteriza-se como laicista, também chamado de intolerante, que não deve ser confundido com o estado laico, inclusive por suas raízes históricas, sendo “reflexo do combate da Revolução contra a Igreja”. (MORAIS, 2015, p. 95). A Revolução Francesa de 1789 tem entre seus objetivos a derrubada do poder da Igreja, diante da confusão do Poder entre governantes e autoridades religiosas à época da Revolução, em um contexto de grande abuso estatal perante a população. Como consequência, os franceses defendem não ser possível, em nenhuma hipótese, a presença do religioso na esfera pública.

¹³ Quanto à positivação da liberdade religiosa, apenas a liberdade em sentido *lato* e a liberdade de crença, subdividida em positiva e negativa, encontram amparo na Constituição Federal de 1988. (MORAIS, 2015).

¹⁴ Art. 19. “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público [...]” (BRASIL, 2018a).

Percebe-se que a principal diferença entre ambos os modelos, reside nos vínculos de colaboração, permitidos apenas no Estado laico, embora sem favorecimento a nenhuma religião, sob o risco de ferir-se o princípio da igualdade e da democracia.

Assim sendo, a Constituição de 1988, que objetiva uma igualdade formal e material, positivou o modelo norte-americano de separação entre Estado e religião – laico –, permitindo a livre expressão religiosa e proibindo a imposição estatal de religião ou culto. No entanto, esta separação, não radical, permite relações entre este Estado neutro e a comunidade, desde que baseadas no igual respeito às escolhas religiosas individuais (inclusive as de não ter religião).

Em resumo, a liberdade religiosa constitui um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição Federal de 1988 e situado no marco da modernidade, que possui como características principais os direitos humanos, a secularização, a democracia e a autonomia. Para Morais (2012), ainda que seja possível estabelecer vínculos de colaboração entre Estado e religião no Estado laico brasileiro, é fundamental separar as confissões do Estado, a fim de garantir a inclusividade e o igual tratamento a todos, sem coerção ou discriminação das minorias, inclusive ateus e agnósticos.

Após apresentados os tipos de relações entre Estado e religião e tendo situado o Brasil no seu contexto atual de Estado laico, passa-se à análise do ensino religioso no Estado constitucional brasileiro, objetivamente quanto à sua previsão constitucional e à normatização jurídica incorporada após a Constituição de 1988, que ensejou a propositura da ADI 4439, julgada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

2.5 O Ensino Religioso no Brasil a partir da Constituição de 1988: a Lei n.º 9394/96 e o Decreto n.º 7.107/2010

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 propõe o Estado Democrático de Direito laico, baseado na igualdade, inclusive religiosa, prevendo, em seu artigo 120 § 1º¹⁵, a obrigatoriedade do ensino religioso no nível fundamental das escolas públicas, de matrícula facultativa, o que constitui um importante ponto de discussão no âmbito da questão da liberdade religiosa.

Retornando à gênese da Constituição de 1988, é possível ressaltar que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 simboliza “não somente a redemocratização do país como

¹⁵ Art. 210, § 1º: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”. (BRASIL, 2018a).

também o início de um vigoroso ativismo religioso na política partidária nacional". (MORAIS, 2015, p. 143). Ademais, é possível também verificar o aumento da confessionalização da política partidária e que esta realidade tem influência na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, "quando diversos argumentos religiosos serão utilizados nos debates; mais uma vez, a religião como pretexto de conquista de espaço e de manutenção e imposição ideológica". (MORAIS, 2015, p. 145).

Sendo assim, a Constituição de 1988 é resultado dos interesses manifestados na Assembleia Constituinte; interesses religiosos, no caso da previsão do ensino religioso, incoerente com o Estado Democrático de Direito.

O artigo 210 § 1º prevê apenas a obrigatoriedade do ensino religioso, mas não é claro quanto à forma de institucionalização do ensino – se confessional, interconfessional ou não confessional. Uma vez estabelecido na CRFB/88, permanece a polêmica em torno da problemática forma de institucionalização desse ensino, de modo a proteger a laicidade estatal, inclusive após a promulgação de leis que vieram a regulamentar o ensino religioso.

Em 1996, a Lei n.º 9394, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, regulamentou, em seu artigo 33, a questão do ensino religioso nas escolas públicas. Em sua redação original, previa-se tanto a forma confessional quanto a interconfessional para o ensino religioso:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I - confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou

II - interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa. (BRASIL, 2018d).

Percebida a inconstitucionalidade dos dispositivos que mantêm relação de dependência entre Estado e organizações religiosas e contrariam a sociedade pluralista brasileira, promulgou-se a Lei n.º 9475/97 para alterar a redação do artigo 33 da Lei n.º 9394/96, retirando os tipos de ensino religioso e vedando o proselitismo:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997). (BRASIL, 2018d).

O *caput* do referido artigo parece esclarecer que o ensino religioso deve ser não-confessional, quando ressalta que estão “vedadas quaisquer formas de proselitismo”. Porém, o artigo, que aparentemente se coaduna ao Estado laico, por prever o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, não prevê de forma explícita que os conteúdos religiosos a serem definidos não poderão ser de cunho confessional e parece se aproximar mais do tipo interconfessional, pela previsão de ouvir as diversas denominações religiosas, para a definição dos conteúdos religiosos.

Observa-se que, a partir da mudança, a lei federal aproximou o ensino religioso a um caráter mais histórico, cultural, antropológico, filosófico e menos dogmático do que antes, o que o aproxima do princípio da laicidade, representando um avanço no dispositivo então alterado.

Pelo exposto quanto à Lei n.º 9394/96, torna-se importante perceber e ressaltar que o seu artigo 33, alterado no passado, pelo reconhecimento de que o ensino religioso no Brasil não pode ser do tipo confessional, voltará com a decisão da ADI 4439, a ser interpretado como a forma anteriormente expressa e extirpada.

No entanto, ainda antes da ADI e na vigência do caráter interconfessional da Lei n.º 9394/96, observa-se que este caráter não é vinculante, sendo variada a realidade do ensino religioso nos Estados-membros, conforme ressalta Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes:

[...] poucos possuem coordenação pedagógica de ensino religioso, o que dificulta a adoção de medidas eficazes para o tratamento do assunto, sendo o ensino religioso uma disciplina da grade curricular, visto como uma exigência estatal, sem nenhuma diferença, complexidade ou importância aos olhos da comunidade escolar. (MORAIS, 2015, p. 267).

O Estado do Paraná é exceção e exemplo, possuindo coordenação de ensino religioso, legislação própria de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases e a CRFB/88, em que a disciplina estuda todas as religiões e o Estado reconhece que “o fenômeno religioso é um dado da cultura e da identidade de um grupo social, cujo conhecimento deve promover o sentido da tolerância e do convívio respeitoso com o diferente”. (MORAIS, 2015, p. 268).

Neste sentido, um exemplo no ordenamento interno é a Lei n.º 15434/2005, que dispõe sobre o ensino religioso na rede pública estadual de ensino de Minas Gerais. A lei é enfática ao prever expressamente, em seu artigo 1º, parágrafo único, serem “vedadas quaisquer formas de proselitismo e de abordagens de caráter confessional”. Coerentemente, acrescenta a previsão do ensino religioso em uma perspectiva histórica e filosófica, e ainda dispõe sobre a contratação de professores para a disciplina, com a formação devida para prestar concurso público para o cargo.

A abstenção federal no assunto, por outro lado, faz com que, na prática, haja em outros Estados professores representantes de Igrejas defendendo seus postulados; requisito de formação teológica para o preenchimento do cargo de professor de ensino religioso; concursos públicos exigindo a vinculação religiosa. (MORAIS, 2015).

Quanto à legislação sobre o ensino religioso das escolas públicas do país, apesar de observados alguns avanços no âmbito da liberdade religiosa, o Decreto n.º 7.107/2010, que promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, em seu artigo 11, § 1º, ao dispor sobre o ensino religioso, além de não especificar expressamente a forma – se confessional, interconfessional ou não confessional – refere-se ao ensino religioso como “católico e de outras confissões religiosas”, o que enseja a propositura da ADI 4439, pelo Procurador-Geral da República, em 2010, ano da promulgação do Acordo.

A Lei n.º 9.394/96 e o Decreto n.º 7.107/2010, ambos com a previsão da forma interconfessional para o ensino religioso brasileiro, tiveram sua constitucionalidade questionada em 2010, pela ADI 4439. Os artigos questionados foram justamente o artigo 33, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.394/96 e o artigo 11, §1º do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé promulgado pelo Decreto n.º 7.107/2010, nesta Ação que foi uma oportunidade para o fim da omissão federal em relação ao ensino religioso no Brasil.

3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439: a decisão de que o ensino religioso previsto na Constituição DE 1988 DEVE SER confessional

Com a obrigatoriedade da oferta de ensino religioso – prevista pela Constituição brasileira de 1988 –, na grade curricular do ensino de nível fundamental das escolas públicas, surgiram discussões referentes à laicidade do Estado brasileiro, discussões essas ainda mais emergentes após a publicação da Lei n.º 9394/96 e do Decreto n.º 7.107/2010. Neste sentido,

foi proposta em 2010 a ADI 4439, questionando a constitucionalidade de alguns de seus artigos, que dispunham sobre a forma do ensino religioso a ser ofertado.

A Lei n.º 9394/96 estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, regulamentando, em seu artigo 33, a questão do ensino religioso nas escolas públicas. Embora o *caput* desse artigo pareça esclarecer que o ensino religioso deve ser não confessional, quando ressalta que estão “vedadas quaisquer formas de proselitismo”, entende-se o ensino previsto como interconfessional, pela previsão de ouvir as diversas denominações religiosas, para a definição dos conteúdos religiosos.

Assim também é entendido o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, promulgado pelo Decreto n.º 7107/2010, em seu artigo 11, § 1º, ao dispor sobre o ensino religioso, que, além de não especificar expressamente a forma, refere-se ao ensino religioso como “católico e de outras confissões religiosas”.

Os artigos questionados foram o art. 33, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.394/96 e o artigo 11, § 1º do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé promulgado pelo Decreto n.º 7.107 de 2010. Em relação aos pedidos, esses foram:

- i) seja suspensa a eficácia de qualquer interpretação do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.394/96, que autorize a prática do ensino religioso em escolas públicas que não se paute pelo modelo não-confessional, bem como que permita a admissão de professores da disciplina como representantes de quaisquer confissões religiosas;
- ii) seja suspensa a eficácia de qualquer interpretação do art. 11, § 1º, do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010, que autorize a prática do ensino religioso em escolas públicas que não se paute pelo modelo não confessional;
- iii) na eventualidade de não acolhimento do pedido imediatamente acima formulado, seja suspensa a eficácia da expressão “*católico e de outras confissões religiosas*”, constante do referido dispositivo, não se permitindo, em consequência, qualquer interpretação do preceito em questão que autorize a prática do ensino religioso em escolas públicas que não se paute pelo modelo não-confessional.

Observa-se, pelos pedidos feitos pela Procuradoria-Geral da República ao STF, que a ADI 4439 teve o objetivo de garantir a forma não confessional do ensino religioso no Brasil e admissão de professores não sendo representantes de entidades religiosas. Isto com o intuito de preservar a laicidade do Estado, enfatizando sua importância no ensino público fundamental.

Percebe-se no tópico “Introdução” da petição inicial que a Procuradora-Geral da República em Exercício expôs o raciocínio da Ação. Para ela, a Constituição apresenta dois dispositivos que não se harmonizam – o artigo 19, inciso I (que trata da laicidade estatal) e o artigo 210 § 1º (que trata do ensino religioso) –, mas que podem, ainda em sua opinião, ser

compatibilizados em nome da unidade da Constituição, sendo o ensino religioso ofertado exclusivamente através da forma não confessional, além dos professores não serem vinculados a nenhuma confissão religiosa.

Este sentido é estabelecido como o “norte” de interpretação do artigo 33 da Lei 9.394/96, pela PGR, que defende que a vedação de “quaisquer formas de proselitismo” reforça o modelo não confessional do ensino religioso e, consequentemente, as normas para a admissão de professores pelos sistemas de ensino excluem representantes de entidades religiosas.

Para finalizar a “Introdução” da petição inicial, a PGR se refere ao artigo 11, § 1º da Concordata entre Brasil e Santa Sé, que, ao indicar o ensino “católico e de outras confissões religiosas”, refere-se a uma “afronta ao princípio da laicidade do Estado”.

Para a PGR, na ADI 4439, o ensino religioso deve abordar a religiosidade em geral, sem fazer uma escolha específica por alguma religião, para que o aluno possa fazer sua escolha religiosa.

É fundamental salientar que o debate se pautou na questão da laicidade. Após a “Introdução”, os tópicos argumentativos da petição inicial foram sobre “O Princípio da Laicidade do Estado” e sobre “Ensino Público Fundamental e Laicidade Estatal”, e os votos dos Ministros se basearam na questão de se o ensino religioso estabelecido na Constituição Federal necessita ser não confessional para não ferir o princípio da laicidade.

O relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, que votou pela improcedência da ADI. Seu voto baseia-se na obrigatoriedade de neutralidade do Estado laico em relação às diversas religiões do país. Barroso fundamentou o voto citando textos sobre laicidade e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo-se analisar os dispositivos constitucionais, segundo ele, através de dois mecanismos: da unidade da constituição e da concordância prática, ou seja: havendo o suposto conflito entre normas constitucionais, o intérprete deve tentar aplicar essas normas constitucionais para que seja atingida sua máxima eficácia. Assim, como o Estado deve ser neutro, não pode estabelecer um ensino religioso específico, sob pena de não atender a diversidade religiosa que existe no Brasil, o que se coaduna ao exposto neste trabalho.

A decisão do ministro Barroso foi apoiada por mais quatro Ministros: Rosa Webber, Luiz Fux, Celso de Melo e Marco Aurélio Mello. Portanto, havia cinco Ministros favoráveis que entenderam que de fato o Estado deve ser neutro e o ensino religioso que é ofertado deve ser pautado em sociologia das religiões, em filosofia das religiões, para garantir o respeito à diversidade religiosa que existe na sociedade brasileira.

O posicionamento divergente refere-se ao voto do ministro Alexandre de Moraes. O seu argumento é simples. Ele não aceita o ensino religioso não confessional porque, segundo ele, o texto constitucional fala que a disciplina é ensino religioso e ensino religioso não é história das religiões, não é filosofia das religiões; ensino religioso é ensino dos dogmas religiosos. O ministro defende ser este o motivo de a matrícula ser facultativa. Diz ainda que a Constituição reconhece que o princípio público é a gestão democrática do ensino e que não será o Estado que vai impor qual dogma será ensinado e sim a escola.

Por fim, por seis votos a cinco, o STF decidiu que a natureza do ensino religioso, previsto na Constituição de 1988 é de natureza confessional, tendo, a tese de Alexandre de Moraes, sido acolhida pela maioria dos Ministros, representando um retrocesso ao postulado do Estado laico.

Por fim e não menos importante, é necessário destacar que pouquíssimas instituições religiosas possuem arcabouço estrutural para ofertar o ensino religioso nas escolas públicas, o que, na prática, potencialmente gerará um desequilíbrio, com a permanência histórica de religiões dominantes, o que contraria a igualdade necessária ao exercício da liberdade religiosa.

4. Conclusão

A questão da obrigatoriedade da oferta de ensino religioso para o ensino fundamental das escolas públicas no Brasil é tema controverso, haja vista estar previsto na Constituição de um Estado Democrático de Direito, laico, que tem como base o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa.

Sendo assim, o problema tem início em um dispositivo constitucional (art. 210, § 1º) deslocado do restante da Constituição Democrática brasileira. Problema ainda maior parece residir no fato de o dispositivo constitucional prever apenas ensino religioso sem, no entanto, pronunciar-se sobre a sua forma: se confessional, interconfessional ou não confessional. Somado a isto, a falta do correto entendimento sobre o princípio da laicidade estatal contribui para agravar o problema, como ocorreu com as publicações da Lei n.º 9.394/96 e da Concordata Brasil-Vaticano, promulgada pelo Decreto n.º 7.107/2010.

Quanto à laicidade, o Estado laico brasileiro não impõe uma religião oficial, mas sim o respeito a todas, além de permitir vínculos de colaboração entre Estado e religião, principal ponto de confusão quanto aos limites da interação Estado-religião.

Ainda, em se tratando de direitos fundamentais, a satisfação da maioria não se mostra suficiente à democracia moderna. Esta, pluralista e ligada à autonomia do sujeito, tem a liberdade religiosa como um dos seus princípios básicos e uma importante garantia das minorias, inclusive dos ateus e agnósticos. Mais do que liberdade de crença, significa o respeito à opção religiosa, através de igual tratamento e não discriminação.

Assim, os vínculos de colaboração de interesse público, permitidos no Estado laico, não devem ocorrer por iniciativa do Estado, sendo ainda vedada qualquer forma de favorecimento a determinada religião. Isto justifica a única forma compatível com o Estado Democrático de Direito ser a não confessional.

Considerando este cenário, a Lei n.º 9.394/96 contribuiu para o aumento da insegurança quanto à liberdade religiosa no Brasil, ao prever o ensino religioso de forma aparentemente interconfessional. O mesmo aconteceu com a Concordata Brasil-Vaticano, que ainda pareceu dar uma maior ênfase à religião Católica.

A ADI 4439, proposta perante dispositivos destas normas jurídicas, almejou garantir formalmente que a forma de ensino religioso a ser ofertada pelo Estado pudesse ser somente a não confessional, para não ferir o restante da Constituição brasileira, especialmente, o princípio da laicidade e o da liberdade religiosa.

A decisão, pela improcedência da ADI, estabeleceu que a forma de ensino religioso no Brasil é confessional, entendendo que a facultatividade de matrícula resguarda a laicidade estatal.

Retornando à problematização da pesquisa, qual seja: *a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4439, de que o ensino religioso no Brasil deve ser confessional, fere o princípio da laicidade estatal e da liberdade religiosa? A facultatividade de matrícula na disciplina assegura o respeito a estes princípios?*, percebe-se o equívoco da decisão do STF, tendo em vista a imposição pelo Estado da oferta da disciplina e que a escolha da religião a ser ensinada não respeita a liberdade religiosa em relação aos que não confessarem a religião escolhida.

Pela decisão, os que não pertencem à confissão favorecida, inclusive ateus e agnósticos, são excluídos do restante do grupo, gerando um sentimento de desvalorização e despertamento, caracterizando-se como uma forma de coerção indireta, de postura não neutra e de dominação estatal, caracterizando-se como uma violação à igualdade, à autonomia, à democracia. Ao exaltar a facultatividade, o STF, na prática, considerou como laico o Estado apenas por não impor nenhuma religião a ser seguida, conceito há muito superado pelas democracias atuais.

Em suma, o dispositivo constitucional que prevê o ensino religioso no Brasil não deveria existir. Existindo o dispositivo constitucional, por interesses de fundamentação religiosa, a única forma de compatibilizá-lo com a unidade da Constituição é se for oferecido na forma não confessional, como história ou filosofia das religiões em geral.

Não se pode desconsiderar o cristianismo como um dos componentes constitutivos da identidade cultura e política do Ocidente. Ademais, a religião não constitui um problema à democracia. Porém, a institucionalização de uma única religião é um entrave ao desenvolvimento democrático.

A decisão na ADI 4439 fere o direito fundamental à liberdade religiosa e a laicidade estatal e se caracteriza como um retrocesso para a democracia brasileira, que até então entendia a questão do ensino religioso como devendo ser interconfessional. O desrespeito à minoria evidencia uma necessidade de se repensar o Estado Democrático de Direito brasileiro.

O ideal para a democracia seria que o dispositivo constitucional tratasse de uma disciplina de ética e cidadania, ensinando o respeito às diferenças. Por trás da decisão, em que a facultatividade aparentemente respeita as minorias, e em um contexto contemporâneo de imposições de cosmovisões, mais do que novas leis, há a necessidade de forte diálogo democrático, buscando o respeito ao pluralismo religioso, a tolerância e a efetivação do direito à liberdade religiosa no Brasil.

5. Referências bibliográficas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o estado**. Coimbra: Almedina, 2002.

BERMAN; Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo-RS: Unisinos, 2006.

BAUBERÓT, Jean. **Historia de la laicidad francesa**. Cidade do México: El Colegio Mexiquense, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018a.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional24.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018b.

BRASIL. **Decreto nº 7.107**, de 11 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm>. Acesso em 20 jan. 2018c.

BRASIL. **Lei n.º 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 20 jan. 2018d.

BRASIL. Notícias STF. **STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>>. Acesso em: 20 jan. 2018e.

BRASIL. **Petição inicial ADI 4439**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em 20 jan. 2018f.

BRASIL. **Voto ADI 4439** Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-4439-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018g.

BRASIL. **Voto ADI 4439** Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em 20 jan. 2018h.

BRASIL. **Voto ADI 4439** Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em 20 jan. 2018i.

BRASIL. **Voto ADI 4439** Min. Edson Fachin. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em 20 jan. 2018j.

BRASIL. **Voto ADI 4439** Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em: 20 jan. 2018k.

BRUGGER, Winfried. Separação, igualdade, aproximação: três modelos da relação Estado-Igreja. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 7, 2010. P. 14-32.

CASANOVA, José. O problema da religião e as ansiedades da democracia secular europeia.

Revista de Estudos da Religião, dez. 2010. Disponível em:

<http://www.pucsp.br/rever/rv4_2010/t_casanova.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade religiosa nos estados modernos**. São Paulo: Almedina, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi. **Laicidad y libertad religiosa**. Cidade do México: UNAM, 2013. (Coleção “Jorge Carpizo” – Para entender y pensar la laicidad).

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito, religião e sociedade no estado constitucional**. Lisboa: IDILP, 2012.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996.

MILOT, Micheline. **La laicidad**. Madri: CCS, 2009.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito (Org.) **O estado laico e a liberdade religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 106-124.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. **Revista Plurais Virtual**, v. 6, p. 218-230, 2016.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa**: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 18, p. 225-242 – 2012.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Laicidade ou laicismo? Definindo o conceito de laicidade estatal no estado democrático por intermédio do estudo dos sistemas de relações entre estado e religião. *In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. (Org.). **Democracia, direitos fundamentais e jurisdição**.* Pará de Minas-MG: Virtual Books, 2015, v. 2, p. 9-46.

PORRAS RAMÍREZ, José María (Coord). **Derecho de la libertad religiosa**. 4. ed. Madri: Tecnos, 2016.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SCAMPINI, José. **A liberdade religiosa nas constituições brasileiras**. Petrópolis: Vozes, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. (Org.). **Democracia, direitos fundamentais e jurisdição**. Pará de Minas-MG: Virtual Books, 2015, v. 2.

VARGAS LLOSA, Mario. El velo islámico. **El País**, Madri, 22 jun. 2003. Tribuna: Piedra de Toque.

WEINGARTNER NETO, Jaime. **Liberdade religiosa na constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: LEGITIMIDADE ATIVA JUSTIFICADA

Meire Aparecida Furbino Marques¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

Resumo

Entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, a saúde tem sido objeto de requerimento judicial, quando não atendido o pleito por medicamento/tratamento na via administrativa. Face à natureza solidária do direito cabe ao Judiciário determinar a prestação por algum dos entes federativos. Apesar de direito subjetivo, diante da indisponibilidade do direito à vida, o Ministério Público detém a capacidade postulatória, mesmo que se trate de beneficiário individualizado. Por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial pátria são abordados os aspectos relativos ao direito fundamental à saúde, bem como a legitimidade do *Parquet* para atuar em defesa de direito indisponível.

Palavras-chave: Direitos fundamentais/sociais. Saúde. Ministério Público. Legitimidade ativa.

Abstract/Resumen/Résumé

Among the fundamental rights foreseen in the Federal Constitution of 1988, health has been the object of a judicial request, when the lawsuit for medication/treatment in the administrative route has not been achieved. Given the nature of solidarity of the law, it is Judiciary's role to determine the provision by one of the federative entities. Despite subjective right, given the unavailability of the right to life, the Public Prosecutor's Office holds the postulatory capacity, even when it is an individualized beneficiary. Through doctrinal research and Brazilian's jurisprudence, the aspects related to the fundamental right to health are discussed, as well as the legitimacy of the *Parquet* to act in defense of unavailable law.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental/social Rights. Health. Public Prosecution Service. Legalization process.

1. Introdução

A Constituição brasileira vigente enfatiza os direitos fundamentais, estabelecendo que a saúde deve ser garantida, de forma universal, igualitária e integral aos indivíduos, visando preservar-lhes condições para viver dignamente.

A saúde foi elevada a direito fundamental pela Constituição de 1988, sendo que anteriormente havia incursões do Estado na área da saúde, com objetivo de manter um mínimo necessário para a vida em coletividade. Isso incluía o desenvolvimento de políticas para controlar epidemias e evitar o contágio de doenças.

A partir do novo modelo constitucional, buscou-se estabelecer critérios para a atuação do Estado, por meio de políticas públicas, de forma organizada e hierarquizada, determinando a solidariedade entre os entes federativos para fornecer os medicamentos e ou tratamentos necessários para cuidar da saúde dos indivíduos. Buscou-se garantir o acesso igualitário e integral.

No entanto, a efetividade do direito encontra óbices na escassez de recursos - limites orçamentários – e, também, na distribuição desses recursos – limites fáticos. Assim, cabe ao Estado, cumprindo o mandamento constitucional, desenvolver políticas públicas que assegurem o acesso dos indivíduos aos mecanismos que promovam e assegurem sua saúde.

A democratização do direito à saúde perpassa pela criação e desenvolvimento do Sistema Único de Saúde (SUS) cujo objetivo é atender à população, integral e igualitariamente. No entanto, distantes dos planos ideais, a realidade demonstra a falta de recursos e a formação de longas filas de pessoas que não conseguem ter suas necessidades atendidas, sejam elas de tratamento, de medicamento ou de prevenção. Faltam leitos, remédios, vacinas, enfim, falta saúde...

A solução encontrada por aqueles que buscam, sem sucesso, seu tratamento, foi acionar a justiça, o que levou ao abarrotamento dos tribunais com causas que versam, precipuamente, por pedidos de medicamentos, sejam eles já previstos pelo SUS, sejam outros que ainda não se encontram catalogados, sejam aqueles experimentais².

² A questão das tabelas de medicamentos incorporados pelo SUS merece estudo específico que não poderá ser tratado neste artigo por falta de espaço. Da mesma forma, a análise da possibilidade de fármacos ainda não

A grande quantidade de demandas judiciais e a propalada deficiência do setor ligado à saúde pública denotam a necessidade de investigar os pontos de gargalos que impedem o acesso à garantia constitucional.

Especificamente quanto à saúde, a dimensão prestacional do direito fundamental envolve mecanismos de realização do direito por meio de políticas públicas institucionalizadas que requerem a disponibilidade de recursos orçamentários, atribuindo-se às três esferas de poder, solidariamente, o dever de promover a implementação do aludido direito, nos termos estabelecidos pela Constituição e por toda a legislação que regula o assunto.

Sendo a saúde direito fundamental expressamente previsto, diante da ineficácia da prestação do serviço e sendo necessária a provocação do Judiciário para determinar a atuação administrativa, caberia ao Ministério Público, cujas atribuições também são previstas na Constituição, atuar ativamente para defender interesse individual? Teria ele legitimidade ativa para propor ação em favor de beneficiário individualizado?

Para abordar tais questões, buscam-se, na doutrina e na jurisprudência pátrias, elementos que demonstrem a divisão das competências entre os entes federados, discorrendo sobre a dignidade da vida humana e os reflexos dela decorrentes, para, ao final, concluir sobre a legitimidade para pleitear a efetivação do direito à saúde, esta que é condição *sine qua non* para uma vida que merece ser vivida.

2. Dos direitos fundamentais sociais

A saúde é direito fundamental/social previsto na Constituição Federal de 1988, na qual consta uma seção específica sobre o tema, em que é assegurado aos indivíduos o acesso universal, igualitário e integral nas ações e serviços para a promoção da saúde, bem como sua proteção e recuperação, com execução direta ou por meio de terceiros. Inclui-se também no texto constitucional a vigilância sanitária e epidemiológica como políticas prioritárias (BRASIL, 1988).

No entanto, a saúde pública no Brasil nem sempre foi considerada como direito fundamental. Basta lembrar que a ‘Lei dos Pobres’, vigente na Inglaterra e alterada em 1832 e 1834, documenta as incursões iniciais do Estado na área da saúde, com o intuito de garantir a ordem e a higiene públicas, colocadas em risco por aqueles financeiramente hipossuficientes.

catalogados, experimentais e tratamentos que não passaram pelo teste de evidência (medicina baseada em evidência- MBE) também não serão analisados neste estudo.

Pode-se afirmar que a questão da saúde pública, durante o século XIX, atentava mais para os problemas que afetassem a coletividade, a exemplo de epidemias. Buscava-se promover a vigilância e regulamentação da vida social, com controle de alimentos e do meio ambiente, como forma de manter a saúde da população (FLEURY, 1994).

Nesse sentido, no Brasil, adotou-se o modelo campanhista, que promovia campanhas sanitárias para combater doenças epidêmicas (febre amarela, peste bubônica, varíola), implantando programas de vacinação obrigatória e desinfecção de ambientes públicos³. Designou-se o médico sanitarista Oswaldo Gonçalves Cruz para organizar a diretoria geral de saúde pública com a criação de ampla estrutura para promover o controle de tais doenças: laboratório bacteriológico, serviço de engenharia sanitária e de profilaxia da febre-amarela, inspetoria de isolamento e desinfecção, instituto soroterápico federal etc. Posteriormente, todo esse arcabouço foi transformado no Instituto Oswaldo Cruz (POLIGNANO, 2010).

O denominado ‘sanitarismo campanhista’ perdurou até o início dos anos 1960, sendo que em 1953 foi criado o Ministério da Saúde, desmembrado do Ministério da Educação e Saúde Pública. Todavia, não houve implementação de políticas significativas de garantia à saúde pública (MATA; MOROSINI, 2009).

Em 1975 foi instituído, por meio da Lei nº 6.229, o Sistema Nacional de Saúde, cujo objetivo era corrigir a multiplicidade institucional descoordenada no setor público e promover a proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1975). Essa lei foi substituída pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabeleceu as “[...] condições para promoção, proteção e recuperação de saúde e o funcionamento dos serviços correspondentes”, reconhecendo a saúde como direito fundamental do ser humano a ser provido pelo Estado por meio das “[...] condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

A Lei nº 8.080/90 atende ao preceito constitucional insculpido no art. 196 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a saúde como direito fundamental/social e como um processo sistêmico que objetiva prevenir doenças e prover a cura das enfermidades diagnosticadas, contribuindo para a melhor qualidade de vida possível das pessoas. A qualidade de vida deve ser considerada de acordo a realidade de cada indivíduo, devendo lhe ser

³ As primeiras medidas sanitárias foram tomadas no governo de Campos Sales em 1899, com a criação do Instituto Manguinhos, destinado à produção de vacinas contra a peste bubônica. Para a organização da instituição, o governo do Rio de Janeiro consultou o Instituto Pasteur de Paris, que indicou o brasileiro, paulista de São Luís do Paratinga, Oswaldo Gonçalves Cruz, para tomar frente aos trabalhos de saneamento da cidade (PORTAL EDUCAÇÃO, [200-]).

disponibilizado o acesso aos meios indispensáveis para a estabilização de seu bem-estar físico e emocional.

Direitos fundamentais referem-se aos direitos humanos positivados em determinado ordenamento jurídico de Estado nacional ou transnacional, por meio de constituições, leis ou tratados. Assim, as expressões ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’ se distinguem de acordo com o grau de reconhecimento conferido a determinado direito ‘humano’ pelo ordenamento jurídico. Ressalte-se que ‘direitos humanos’, expressão que substituiu ‘direitos naturais’ e ‘direitos do homem’, revela direitos morais, situados no núcleo da existência de uma sociedade ou coletividade, possuindo acepção mais ampla.

Fernando Aith (2013) adverte que ocorre um processo de fundamentalização dos direitos humanos, passando da esfera da consciência ética coletiva para a esfera da positivação normativa, o que significa a positivação em prol da efetivação. Com efeito, quando reconhecidos formalmente por alguma constituição, lei ou tratado, adquirem para a coletividade (que a elas se submetem) o *status* de direitos fundamentais. O autor afirma que os direitos fundamentais estão incorporados na noção de direitos humanos, sendo estes bem mais abrangentes.

Indene de dúvidas, portanto, que a saúde, reconhecidamente, é um direito social fundamental, e irradia suas particularidades em dimensões diversas, não devendo ser enquadrada numa dimensão estática. Conforme leciona José Adércio Leite Sampaio (2013), trata-se de direito com características de coletivo, sendo apresentado como ‘direitos dos povos’ ou ‘direitos de solidariedade’ e direitos de ‘cooperação’, de ‘fraternidade’ ou ‘direitos humanos morais e espirituais’. O direito à saúde é caracterizado pela sua natureza solidária - que pertence ‘aos povos’ e aos ‘grupos sociais oprimidos’-, sendo direitos internos (fundamentais) e internacionais. Além disso, são direitos que, a priori, não se submetem a limitações de fronteiras, classes ou posição social, e se definem como fraternais (‘direitos de toda a humanidade’ ou ‘direitos globais’) (SAMPAIO, 2013).

Os direitos fraternais contribuem para a criação de uma ordem internacional mais justa, que permita o compartilhamento dos benefícios obtidos com os avanços científicos a toda a espécie humana. Destacam-se os direitos que contextualizam a proteção à saúde no plano global, tornando acessíveis medicamentos necessários para as doenças graves. Assim, pontua o constitucionalista:

A fraternidade e a solidariedade se fundam numa espécie ‘geogovernança humana’, numa espécie de democracia transnacional, de maneira a propiciar a ‘todas as pessoas em todos os lugares’ ao atendimento de seus interesses essenciais, como membros de grupos ou da ‘humanidade inteira’, para viver uma vida digna e respeitada vida, tais como a adequada alimentação, saúde, educação, vestimenta, lazer e moradia. Ou uma geração de direitos que exige, para sua satisfação, uma resposta coordenada de escala mundial às ameaças aos direitos humanos, advindas da interdependência global de todos os povos e nações, bem assim de todos os atores sociais: indivíduos, Estados, grupos privados e públicos, além da comunidade internacional (SAMPAIO, 2013, p. 571-3).

A saúde estável é condição imprescindível para o bom exercício das atividades cotidianas do ser humano, configurando a fundamentalidade do direito que, conforme expõem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 592), corresponde ao direito à vida e assume “[...] no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana”. Segundo os constitucionalistas, a fundamentalidade do direito à saúde e, portanto, a uma vida digna, é indiscutível, pois se atrela umbilicalmente com a proteção à integridade física (corporal e psíquica) do indivíduo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

Sem adentrar na questão geracional dos direitos, a realidade impõe a efetivação da fundamentalidade do direito, referida por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014), ao assegurar que os indivíduos tenham acesso a políticas eficientes de promoção à saúde.

Como assinalado, a Constituição de 1988 prevê a universalidade do direito (“[...] a saúde é direito de todos”) e a imposição de deveres e tarefas ao Estado, que garantam a efetividade das ações que busquem a redução de doenças e outros males e o acesso igualitário a políticas pertinentes à questão (“[...] a saúde é dever do Estado”).

Luís Roberto Barroso [200-] também defende tratar-se de direito fundamental, ressaltando a importância da igualdade de tratamento quanto ao acesso aos direitos fundamentais, incluindo nesse rol a liberdade, a igualdade e o mínimo existencial. Segundo o autor, liberdade significa a autonomia da vontade, ou seja, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais. Já a igualdade impõe o tratamento igualitário entre as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis. Por fim, o mínimo existencial se refere às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Cabe aos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – efetivar os direitos fundamentais, observado o limite mínimo como núcleo essencial desses direitos.

O direito à saúde, ao fim e ao cabo, apresenta-se como direito pertencente não apenas a uma só pessoa – caráter individual –, como também a uma generalidade indeterminável, inclusive transnacional, o que caracteriza uma elasticidade que o retira do conceito hermético de tutela individual e o inclui, também, no contexto dos direitos difusos, pelo fato de estar baseado na fraternidade e na solidariedade.

Ao se dedicar ao mapeamento dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, Sarlet (2013) analisa a efetividade, conteúdo e eficácia no âmbito da Constituição de 1988. O autor reconhece a existência de limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária), mas opta por defender a relativização desses limites para prevalecer o direito subjetivo do particular à prestação pretendida e requerida, por vezes, e atualmente com frequência, na via judicial. Segundo o autor, “[...] os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos” e sempre que estiverem em jogo as prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, como é o caso da saúde (integridade física e dignidade da pessoa humana), deve ser priorizado o direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo (SARLET, 2013, p. 13).

Nesse sentido, é de se reconhecer a importância do art. 196 da Constituição da República, que estabelece o dever do Estado de desenvolver políticas sociais e econômicas com o objetivo de reduzir o risco de enfermidades e outros tipos de agravos ao corpo humano, com interferência no corpo social, na medida em que o alastramento de doenças põe em risco o equilíbrio de toda a sociedade (BRASIL, 1988). Assim, a questão se traduz em relevância máxima que requer envolvimento do Poder Público no sentido de assegurar o “[...] acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2016).

Destarte, a efetivação, tanto das políticas públicas de saúde, quanto do acesso aos mecanismos que contribuem para a promoção e preservação de uma vida saudável, devem ser premissas básicas do Estado Democrático de Direito.

A elaboração e constituição de um Sistema Único de Saúde (SUS), composto por ações e serviços públicos em rede regionalizada e hierarquizada, tendo como diretrizes a descentralização, a integralidade e a participação popular, cumpre o objetivo de democratizar o direito à saúde. Além disso, cabe, solidariamente, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, financiar o imprescindível desenvolvimento das políticas de saúde previstas nesse ‘Sistema Único’ para que sejam prestadas efetiva, adequada e tempestivamente, sob pena de

tornar letra morta os direitos e as garantias asseguradas no texto constitucional, previstos na condição de “[...] integralidade, universalidade e demais princípios que orientam o núcleo essencial do direito fundamental à saúde” (SCHULZE, 2016, n. p.).

Os Tribunais Superiores do Brasil reconhecem a saúde como direito fundamental subjetivo e, em observância ao princípio do acesso ao judiciário, quando os remédios e os tratamentos prescritos por médicos não são obtidos administrativamente é perfeitamente passível ser pleiteado em juízo.

Todavia, é imprescindível que sejam estatuídas regras para a dispensação dos fármacos e as indicações médicas, sempre visando atender equitativa e igualitariamente à população, sem privilegiar alguns em detrimento de outros, sob o risco de a denominada ‘integralidade’ contribuir para a exclusão de outro paciente que, por vezes, não tem condições financeiras para adquirir nem mesmo aqueles produtos considerados de baixo custo.

Nessa ordem de ideias, João Pedro Gebran Neto e Renato Luís Dresch (2013, p. 6) destacam que o direito à saúde tem “[...] assento constitucional” e sua fruição não pode ficar à mercê da burocracia estatal, perdido “[...] nos muitos escaninhos existentes no serviço público”. No entanto, destacam os autores, deve-se privilegiar a “[...] opção legislativa daqueles democraticamente eleitos para o estabelecimento de políticas públicas” e prestação material desse direito fundamental, na forma organizada pelo legislador infraconstitucional (GEBRAN NETO; DRESCH, 2013, p. 6). Isso significa que os preceitos constitucionais devem ser atendidos de acordo com as “[...] possibilidades financeiras e políticas” e organização prévia do serviço, contribuindo para a distribuição equitativa dos direitos prestacionais sociais. Nesse sentido, devem ser analisadas as necessidades e eleitas prioridades, “[...] de modo a maximizar a eficácia, a isonomia e a economicidade da política pública de saúde” (GEBRAN NETO; DRESCH, 2013, p. 6).

Nesse sentido, a comunidade médico-jurídica do país⁴, com o intuito de auxiliar na construção de um sistema de saúde mais justo, funcional e adequado, tendo em vista o atual panorama da saúde no Brasil, propôs algumas balizas para a implementação do direito à saúde, inclusive sua garantia na esfera judicial, consignando que cabe ao Poder Judiciário “[...] o controle equilibrado e sem excessos da atuação dos entes públicos e das operadoras de planos de saúde, competindo-lhe fomentar”: (a) a racionalização da judicialização da saúde; (b) a adoção dos meios alternativos de resolução de litígios, como a mediação e a conciliação; (c) a

⁴ “Carta de Vitória”, elaborada em agosto de 2016, no 4º Congresso Brasileiro Médico e Jurídico.

atuação cooperativa dos atores e das instituições do sistema de Justiça e do sistema de Saúde (SCHULZE, 2016, n.p.).

Cabe, portanto, ao Estado brasileiro instituir as políticas adequadas de prestação de saúde à população, de forma igualitária, em regime de competência solidária entre os entes federados, analisadas as responsabilidades atribuídas a cada ente, buscando-se evitar que alguns sejam sacrificados em demasia em detrimento de outros, cuja condição econômica seja mais favorável.

3. Da distribuição de competência entre os entes federados

Conforme foi evidenciado, os direitos fundamentais devem ser implementados de forma sistêmica e planejada. Não se pode pretender eficiência, princípio explícito da Administração Pública, se não houver um planejamento adequado, visando a prestação do direito (inclusive direito à saúde), o que inclui a distribuição de competências entre aqueles que devem fornecer o direito.

Wladimir Rodrigues Dias (2013, p. 5) traça um caminho de formação jurídica das políticas públicas ao afirmar que elas trafegam pela “[...] produção legislativa, por sua inserção na agenda governamental e por etapas de execução orientadas pelo planejamento, estipulado nos termos do regime de direito público”, destacando que elas são importantes na consolidação de direitos, que refletem cidadania e na democracia. Assim, cabe distribuir para cada ente estatal a responsabilidade pela atenção à saúde.

O princípio da solidariedade, no que pertine à saúde pública, é extraído do art. 23, inc. II da Constituição Federal⁵, o qual estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado com a saúde (BRASIL, 1988). Todavia, deve-se entender que essa solidariedade em termos de implementação das políticas públicas, visando à consecução finalística, demanda repartir a competência, delimitando, tanto quanto possível, a área de atuação de cada um dos entes, por meio de divisão organizativa.

Coube à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) estabelecer a repartição da competência, determinando, entre outros assuntos, as condições para a organização, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde pública. Além disso, fixa atribuições a serem exercidas pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em seu âmbito

⁵ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988).

administrativo (art. 15), e delimita a competência de cada gestor (arts. 16, 17 e 18) (BRASIL, 1990).

Para a interação entre os entes políticos, cuidou a lei de prever um “[...] contrato organizativo da ação pública da saúde”, com o objetivo de garantir a integralidade da assistência aos usuários, por intermédio de desenvolvimento de ações e dos serviços de saúde, de responsabilidade dos entes federativos, de forma regionalizada (art. 34). Referido contrato define as responsabilidades individuais e solidárias distribuídas entre os entes federativos no que diz respeito às ações e serviços de saúde; fixa os indicadores e as metas de saúde; determina os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros que serão disponibilizados; estabelece a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde (art. 35) (BRASIL, 1990).

Quanto à divisão constitucional de competência no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), Fernando Borges Mânicca (2017, p. 35) afirma que o ordenamento jurídico, além da previsão do art. 200 da Constituição Federal de 1988, deve impor ao Poder Público “[...] um conjunto de funções voltadas à organização e funcionamento do sistema de saúde”, o que inclui a formulação de políticas públicas, financiamento das atividades públicas e privadas, regulação de todo o setor, fiscalização e controle de atividades que possam afetar a saúde das pessoas, prestação dos serviços de assistência à saúde. A Lei Complementar nº 141/2012 detalhou o rol de ações e serviços públicos que devem ser prestados pelo Poder Público, de forma a individualizar as ações e aplicar devidamente os recursos (BRASIL, 2012).

O mandamento constitucional determina, também, que as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) devem ser prestados pelos entes federados, de forma regionalizada e hierarquizada, constituindo um ‘sistema único’, balizado pelas seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (CF, art. 198). (BRASIL, 2018). Daí se extrai uma das importâncias do SUS, pois se trata de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, pautada pela descentralização e com direção única em cada esfera de governo. Acrescente-se que há todo um arcabouço de normas que direcionam o comportamento dos vários atores, buscando um equilíbrio na prestação do serviço. Essa divisão, a princípio, poderia nortear o usuário no sentido de buscar a prestação jurisdicional adequadamente, ou seja, para o gestor responsável, quando tiver sua pretensão negada na via administrativa. O conhecimento da estrutura existente evitaria o manejo de ações em face de parte ilegítima e a consequente perda de tempo (e recursos) com a correção de questões de âmbito procedural.

Em relação à solidariedade prevista na Constituição, aponta-se que já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e, em regime de repercussão geral, reconheceu-se, em voto de relatoria do Ministro Luiz Fux, que o tratamento médico é de responsabilidade solidária dos entes federados, pontuando que “[...] o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados” (BRASIL, 2015). Definiu-se, portanto, que pode figurar no polo passivo qualquer um deles, isolada ou conjuntamente (BRASIL, 2015). Todavia, como dito, necessária a atribuição de competências para cada um dos entes, de forma a possibilitar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, em prol do cidadão necessitado do medicamento/tratamento e, reflexamente, de toda a comunidade, ao tornar efetiva a atuação do Poder Público.

Pontua-se que a solidariedade, bem como a universalidade e a integralidade, são temas que demandam estudos constantes dos operadores do direito e envolvidos da área de saúde, visando desenvolver uma prática que conjugue necessidade e possibilidade. Nesse sentido, Dresch (2017, p. 92) afirma que “[...] malgrado os esforços desenvolvidos, ainda é muito grande a dificuldade para garantir a todos o acesso universal dentro da diretriz de atendimento integral à saúde, razão pela qual surgiu de forma acentuada o fenômeno da judicialização”.

A apuração desses gargalos que inibem a prestação do serviço de saúde, ou que permitem constatar falhas e gastos desnecessários, contribui para o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no ente competente em que estão alocados, de acordo com a organização formulada para a política de saúde e com o consequente melhor atendimento da população.

Assinale-se que a previsão orçamentária de cada ente federativo visa à consecução dos objetivos que lhe foram estipulados pela sistemática de saúde pública, mediante prévia análise de suas condições administrativas e de seus recursos financeiros. Nesse contexto, as decisões judiciais que impõem o fornecimento de tratamento e ou medicamento também devem observar todas as regras existentes, porquanto a desconsideração do conteúdo das regras sistêmicas acarreta o deslocamento irregular de verba de um ente para suprir as omissões de outro, ou de outros gestores, comprometendo o funcionamento do sistema e até mesmo a dispensação da atenção requerida pelo necessitado.

A propósito, Schulze (2016, n. p.) adverte que “[...] a discussão sobre o acesso à saúde não pode ser limitada à redução de custos, mas também ao próprio arranjo federativo, ao respeito do piso constitucional em todos os níveis e ao processo de elaboração e execução das leis orçamentárias”. Por isso, de suma importância o estudo e a divulgação de todos os

instrumentos que disseminam a estruturação do sistema de saúde, como forma de ampliar o acesso, reduzindo-se a aplicação dos recursos, ou permitindo sua aplicação eficiente.

Cabe a cada um, no âmbito de sua esfera, conhecer o sistema regulatório e a estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de direcionar corretamente o pedido, quando pretender que o ente estatal forneça determinado serviço de saúde. Esse conhecimento contribui para diminuir a ingerência do Judiciário nas questões administrativas, principalmente quando já há, no ordenamento, a indicação do responsável pela prestação do serviço.

No entanto, conforme pontua João Pedro Gebran Neto (2017),

[...] o SUS está longe de ser aquilo que desejamos. Os serviços prestados não são eficientes, as filas para atendimentos de cuidados primários em saúde são recorrentes, a falta de especialistas é comum em todas as regiões, a ausência de transparência nas políticas públicas é uma triste realidade (GEBRAN NETO, 2017, p. 21).

Diante desse cenário, outra questão merece destaque: a dignidade humana, no caso, a vida digna, é direito fundamental inviolável? Sendo inviolável, quem é legitimado para propor ações que buscam a defesa desse direito – vida digna –, quando o pedido a serviços de saúde não é atendido na esfera administrativa? É o que será analisado no item seguinte.

4. Vida humana e direitos fundamentais

O chamado núcleo duro da Constituição, ou ‘cláusulas pétreas’, guarda as matérias que não permitem alteração pelo constituinte derivado (art. 60, IV). Figuram nesse rol os direitos e garantias fundamentais, incluindo-se a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, dentre outros (art. 5º, caput) (BRASIL, 1988).

A inviolabilidade do direito à vida também é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos que assim dispõe: “[...] toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (art. 4º, § 1º) (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969).

Mas não basta o respeito à vida: deve ser uma vida digna, que valha a pena ser vivida. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio pontuou que “[...] a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade” (BRASIL, 2014a), o que significa a garantia do direito a uma vida boa. Essa vida boa requer

condições de saúde e bem estar que permitam ao indivíduo realizar as atividades cotidianas com independência ou, no mínimo, com auxílio de outras pessoas quando a velhice provocar o desgaste do corpo. Cabe a cada um preservar sua saúde e ao Estado, como garantidor, a obrigação de assegurar os meios para restabelecer a saúde ou mantê-la. É questão que importa a dignidade da pessoa.

O Estado, portanto, deve assegurar o acesso aos tratamentos ou medicamentos de que o indivíduo necessita para manter uma vida digna e livre (no limite do possível) dos efeitos deletérios das doenças que acometem o corpo físico e psíquico. Por isso, imprescindível que haja diretrizes legislativas que balizem os procedimentos no que tange ao direito à saúde, de forma a respeitar os direitos fundamentais das pessoas e que objetivem, com referida orientação, conferir sentido real ao “[...] princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade” (BRASIL, 2016).

Conforme explica Sampaio (2013), os direitos humanos são caracterizados pela sua essencialidade, universalidade, indisponibilidade, indivisibilidade e caráter absoluto. Afirma o autor que, em decorrência dos vínculos imediatos com a dignidade da pessoa humana ou por serem valores de base ou fontes primeiras de conteúdos axiológicos positivados, “[...] o exercício dos direitos humanos são *conditio sine qua non* para o gozo dos demais direitos, sendo a dignidade um princípio jurídico de nível hierárquico igual ao dos demais princípios de direitos fundamentais” (SAMPAIO, 2013, p. 550).

Sampaio (2013, p. 553) salienta, com espeque em Meyers (1998), que os direitos humanos não podem ser transferidos, alienados cedidos ou anulados, bem como são indisponíveis, tanto pelo titular, que “[...] não pode deles abrir mão ou negociar sua titularidade”, quanto pelas autoridades estatais, as quais não têm autorização para negar ou expropriar pretensões protegidas pelos direitos humanos. Ressalta o constitucionalista que “[...] os direitos não são concessões do poder público (indisponibilidade passiva)” e que “[...] a dimensão transindividual ou objetiva dos direitos como valores compartilhados” não permite a disposição desses direitos, nem pelos seus titulares (indisponibilidade ativa). (SAMPAIO, 2013, p. 553).

Assim, salienta o autor que não se pode falar em transferência de faculdades em abstrato ou do direito em si mesmo considerado, mas tão somente na transferência de faculdades em casos concretos, a exemplo do direito de imagem ou de disponibilização de informações pessoais. Sob essa perspectiva é que se admite a suspensão em determinados casos excepcionais

(v. g. estado de sítio, estado de exceção). Segundo o mesmo autor, ainda que seja admissível abrir mão de exercê-los temporariamente, o ‘não-exercício’ do direito não conduz à prescrição extintiva deles e não se pode renunciar a tais direitos (SAMPAIO, 2013).

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 99), a seu turno, entende que a “[...] dignidade do homem é intocável (*die Menschewürde ist Unantastbar*)”, tal como previsto na Constituição alemã. Com a interpretação de que a dignidade é inviolável, o autor entende que deve ser protegida e respeitada, principalmente pelo Poder, o qual embora possa figurar como ofensor, também é a “[...] maior e mais efetiva instância de proteção da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, p. 99). Assim, embora nem todos os direitos configurem direitos fundamentais, a “[...] dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais de todas as dimensões” (SARLET, 2015, p. 99).

Quanto à priorização do direito à vida como valor (bem jurídico) de maior relevância, Sarlet (2015) invoca as lições de Michael Kloefper, no sentido de que

[...] a dignidade é reconhecida e objeto de proteção onde há a vida humana e esta, por sua vez, tem sido considerado a base vital da própria dignidade, argumentando que o direito à vida não pode ser mais limitável que um direito fundamental que tenha a vida (e todos, inclusive a dignidade e os direitos a ela inerentes, a têm) como pressuposto. Tal concepção, que mesmo na Alemanha – onde esbarra no entendimento contrário da maioria doutrinária e jurisprudencial – não se encontra imune a controvérsias, também entre nós merece ser objeto de questionamento, inclusive – embora não exclusivamente – considerando a posição e função expressamente outorgada pelo Constituinte de 1988 à dignidade da pessoa como princípio fundamental (e fundamento) de nosso Estado democrático de Direito, afirmando a primazia do direito à vida (KLOEFPER apud SARLET, 2015, p. 105).

Assim, diante da inequívoca relação “[...] íntima e aparentemente indissociável” existente entre a vida e a dignidade da pessoa, Sarlet (2015, p. 106) questiona a possibilidade de se estabelecer, abstrata e previamente, hierarquia axiológica entre os referidos valores, ressaltando a lição de Kloepfer de ser impossível se afirmar uma prioridade *a priori* da dignidade sobre a vida, pois guardam uma “[...] vinculação umbilical”, pois as duas, juntas, “[...] formam uma unidade indissolúvel”.

Para o autor, não se pode defender posições absolutas, principalmente porque a vida é dinâmica, e a evolução do conhecimento leva ao desenvolvimento do Direito e a sua constante reconstrução em razão da alteração de realidades. Segundo o autor, a “[...] dignidade não perde em significação para o Direito”, ela precisa de reafirmação e legitimação para que possa prevalecer nas situações de conflito com outros valores também constitucionalmente

assegurados (SARLET, 2015, p. 121). Destaca, ainda, que há uma articulação e retroalimentação entre o absoluto e o relativo de forma a garantir que “[...] a própria dignidade humana não se converta em princípio de caráter meramente formal” e, nessa condição (de não aspirar ao absoluto) se mostraria incapaz de responder às diversidades das “[...] situações da vida que o Direito (e a dignidade na condição de norma jurídica) devem regular, proteger e promover” (SARLET, 2015, p. 121).

A polêmica existente quanto à possibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana ser utilizado para “[...] negar fundamentalidade a direitos inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, mas que não tenham relação direta consigo” é lembrada por Daniel Sarmento (2016, p. 86) (grifos do autor). O autor entende que a força do dispositivo que garante a proteção a direitos fundamentais não estaria condicionada à topografia e que independente da abertura de cláusula (ou a diversidade de ideologia interpretativa do julgador) mostra-se possível “[...] extrair um conceito de dignidade humana vinculante para o Judiciário, que impeça tanto o suposto magistrado libertário como o seu colega marxista de reescreverem a constituição ao seu gosto” (SARMENTO, 2016, p. 86).

A localização na estrutura constitucional, segundo Sarmento (2016, p. 86), se mostra relevante quando se pretende caracterizar a “[...] fundamentalidade do direito, pois dela decorre a distribuição do ônus argumentativo sobre a questão”, ou seja, a localização define o ônus argumentativo. Assim, quando o direito estiver inserido no catálogo de direitos, deve-se imaginar que se trata de direito fundamental e, nesse aspecto, caberia àquele que se contrapõe à afirmação o ônus de sustentar sua posição. Por outro lado, se o direito estiver “[...] fora do catálogo”, é de se “[...] presumir que não é fundamental, competindo a quem sustenta a sua fundamentalidade o ônus de demonstrar que se trata de concretização importante do princípio da dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, 2016, p. 86).

Sarmento (2016, p. 85) ressalta a posição de Sarlet de que “[...] seria preferível tratar a todos os direitos inseridos no catálogo constitucional como fundamentais, independentemente de qualquer juízo acerca do seu conteúdo”. Sampaio (2013, p. 550), a seu turno, entende que a função legitimante dos direitos é indiscutível e atrai “[...] a primazia do princípio hermenêutico ‘na dúvida, a favor dos direitos fundamentais’ e da prevalência da norma de direitos fundamentais mais favorável.” Assim, no sistema constitucional as questões não se isolam e, diante de justificações plausíveis, podem ceder em face de situações de conflito, naquilo que se denomina “[...] juízos de adequação, concordância prática, ponderação” ou no critério norte-americano de “[...] suspeição das leis ou medidas restritivas” (SAMPAIO, 2013, p. 550).

Destarte, segundo o constitucionalista, o que se verifica é “[...] uma *presunção relativa* de primazia que impõe jusfundamentação mais rigorosa um *strict scrutiny*, para deixar-se de aplicar em sua inteireza um direito, havendo de prevalecer, em caso de dúvida sobre a necessidade de restrição” (SAMPAIO, 2013, p. 550-1) (grifos do autor).

No direito brasileiro, o direito à vida é garantia inviolável, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tratando-se de cláusula pétrea que apresenta, na qualidade de direito fundamental, conteúdo (núcleo essencial) que deve ser resguardado pelo Estado. A saúde, como condição que permite a vida, é direito subjetivo e fundamental que pode ser exigido em juízo, não se tratando de enunciado de cunho programático.

Nesse contexto, por óbvio, cabe à parte interessada e juridicamente capaz a postulação em juízo, em nome próprio, representada legalmente, seja por advogado particular, dativo, pelos núcleos de atendimento jurídico aos necessitados ou pelas Defensorias Públicas, a quem compete exercer orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita (CPC, art. 185) (BRASIL, 2016). E quanto ao Ministério Público? Teria legitimidade para pleitear direito fundamental em nome de parte capaz?

4.1 Legitimação para propor ações que buscam o direito à saúde

À parte capaz, titular de direito público subjetivo, cabe pleitear ou não o direito que entende lhe assistir, exigindo a prestação do serviço pretendido, mormente na área da assistência à saúde. Sarlet (2012, p. 209) leciona que o titular do direito fundamental é aquele que figura como sujeito ativo na relação jurídico-subjetiva e o destinatário é “[...] a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito”.

No ordenamento jurídico pátrio, a norma constitucional conferiu ao Ministério Público a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, por meio de ação civil pública, incumbindo-lhe, ainda, “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (arts. 127 e 128) (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Civil (CPC, arts. 176 e 177), por sua vez, prevê que cabe ao Ministério Público atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, e, ainda, exercer o direito de ação em conformidade

com suas atribuições constitucionais (BRASIL, 2016). A novel lei processual inovou para prever a atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, estabelecendo que a instituição exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais (NEVES, 2015).

Em relação ao direito à saúde e ao ajuizamento de ações pleiteando tratamentos e ou medicamentos para promover ou restaurar as condições de saúde do indivíduo, corrente doutrinária e jurisprudencial defende a ilegitimidade do Ministério Público. O principal argumento é que caberia à parte, ou à Defensoria Pública, defender interesse subjetivo particular. No entanto, deve-se analisar a situação pelos contornos da indisponibilidade do bem jurídico individualmente pretendido, no caso, instrumentos que viabilizem ‘vida digna’ e o acesso aos meios que salvaguardam e preservam a saúde.

Ressalte-se que a visão contemporânea do direito fundamental à vida exerce um importante papel no Estado democrático de direito, que expõe a igualdade no topo dos direitos. Assim, embora essa iniciativa se coadune mais com as prerrogativas da Defensoria Pública ou com a advocacia particular, tem-se como rigorismo exacerbado impedir a atuação do *Parquet*, em ações desse jaez. Ressalte-se que a sociedade (principalmente os menos esclarecidos quanto à técnica que envolve a divisão de competência na defesa desses direitos) considera que o Ministério Público é o defensor dos interesses da coletividade e, nessa qualidade, requer que o Promotor formule o pedido de medicamentos e ou tratamentos de que necessita. Ademais, como visto, a legislação pátria abona a atuação ministerial nesse sentido.

Saliente-se que a ordem constitucional prevê a celeridade processual, o que significa facilitar o acesso à justiça e promover meios de prestação jurisdicional em tempo razoável, pois a justiça tardia não pode ser considerada justiça. Assim, respeitados os trâmites processuais legalmente previstos, não se pode advogar que haja uma competência absoluta nessa seara específica que impedissem a atuação ministerial para pleitear medicamentos e ou tratamentos em hipótese de legitimação extraordinária.

Convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em voto de relatoria do Ministro Herman Benjamin, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor ações individuais de acesso à saúde, entendendo que o direito à saúde é um direito indisponível (BRASIL, 2011). Por sua vez, em decisão de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal (STF), também reconheceu a legitimidade do Ministério para propor

ações desta natureza, com fundamento no art. 127, da Constituição Federal, por considerar que a saúde é direito individual indisponível (BRASIL, 2014b).

Ainda merece destaque o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação no Juizado Especial, na qualidade de substituto processual, para requerer medicamento em prol de idoso: “Não há óbice para que os Juizados Especiais procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de cidadão idoso enfermo” (BRASIL, 2013). Da mesma forma, foi possível pleitear em nome de determinada pessoa, não apenas incapaz, desde que na condição de substituto (BRASIL, 2015). Portanto, doutrina e jurisprudência são consonantes quanto à legitimidade do *Parquet* quando atua no propósito de pleitear recursos para a saúde de outrem.

Entretanto, diante das divergências verificadas nas decisões proferidas pelos Tribunais pátios, a questão foi levada a plenário, no STJ, no regime de repercussão geral (sistêmica dos repetitivos), para se definir sobre a legitimidade do órgão ministerial em ações em que se pretende a tutela de direitos individuais indisponíveis, consignando-se que “[...] a discussão a ser travada neste feito direciona-se para a definição de indisponibilidade, ou não, do direito à saúde” (BRASIL, 2018).

Em 25 de abril de 2018, os Ministros da Primeira Sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acompanharam o voto do Relator, Ministro Og Fernandes, para, por unanimidade, fixar a seguinte tese:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB A SISTEMÁTICA DOS REPETITIVOS. DEMANDAS DE SAÚDE COM BENEFICIÁRIOS INDIVIDUALIZADOS INTERPOSTAS CONTRA ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUPOSTA AFRONTA AOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 1º, V, E 21 DA LEI N. 7.347/1985, BEM COMO AO ART. 6º DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 1º DA LEI N. 8.625/1993 (LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVÍDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEGUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ. [...] 3. A fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, referindo-se a direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei específica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei n.8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 4. Com efeito, a disciplina do direito à saúde encontra na jurisprudência pátria a correspondência com o próprio direito à vida, de forma que a característica da indisponibilidade do direito já decorreria dessa premissa firmada. 5.

Assim, inexiste violação dos dispositivos do art. 1º, V, e art. 21, da Lei n. 7.347/1985, bem como do art. 6º do CPC/1973, já que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, assim como nas relativas à dignidade da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). **6. Tese jurídica firmada: O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se trata de direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).** 7. No caso, o arresto prolatado pelo eg. Tribunal de origem está conforme o posicionamento desta Corte Superior, ao considerar a atuação do Ministério Público, por versar sobre direitos individuais indisponíveis. 8. Recurso especial conhecido e não provido.9. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

A decisão do STJ, em regime de repercussão geral, pôs uma pá de cal sobre a controvérsia, ao consignar a legitimidade do Ministério Público para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos/tratamentos nas ações ajuizadas contra os entes federativos, “[...] **mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados**” (BRASIL, 2018) (grifo nosso). Veja-se que o fundamento principal para definir a questão, tal qual defendido neste artigo, foi a indisponibilidade do direito à vida a autorizar o ajuizamento, pelo Ministério Público, “[...] de ações visando a obtenção de tratamento médico, ainda que se trate de beneficiários individualizados” (BRASIL, 2018).

Assim, prevalece não somente a defesa da vida, mas uma vida que merece ser vivida, com qualidade que garante a dignidade da pessoa. A luta para tratar de enfermidades e incômodos gerados por males identificados, pode ser pleiteada pela parte, bem como por quem o represente, papel que, na excepcionalidade da indisponibilidade da vida, pode ser exercido pelo Ministério Público. Ainda que não seja o ideal, prevaleceu a defesa do bem maior: a vida!

5. Conclusão

No Estado democrático de direito, cumpre ao Estado promover o desenvolvimento sistêmico de ações para atendimento ao direito fundamental de acesso à saúde. Resguardada a solidariedade prevista na Constituição Federal, a competência dos entes federados deve ser distribuída de forma a possibilitar o atendimento das pretensões individuais quanto à prestação de saúde, bem como atender à coletividade, mantendo-se o necessário equilíbrio sanitário que contribua para a erradicação de doenças e prevenção de outras.

A distribuição de competências de forma organizada contribui para a redução de gargalos que impedem o acesso à saúde e, ainda, permite a manipulação eficaz dos recursos existentes, extraindo o máximo de proveito das escassas verbas disponíveis.

Aquele que necessita de atendimento não pode ter seu direito relegado. Isso justifica a intervenção do Poder Judiciário que, de forma equilibrada e sem cometer ingerências desastrosas, tem a obrigação de determinar a prestação do direito fundamental, observadas as normas que regem o sistema de saúde. Para tanto, mostra-se importante o estudo e divulgação das responsabilidades de todos os envolvidos na questão da saúde.

Por outro lado, também é de se reconhecer a legitimidade do Ministério Público para pleitear o direito daquele que necessita de tratamento ou medicamento, pois, tratando-se de direito fundamental indisponível – a saúde que mantém a vida –, justifica-se a legitimidade excepcional do *Parquet* para pleitear direito em nome de beneficiário individualizado.

Somente com o desenvolvimento de um sistema de forma responsável, poderá ser garantida a promessa constitucional de acesso universal, igualitário e integral às prestações que envolvem a saúde.

6. Referências bibliográficas

AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para efetivação de um direito social. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 268-305.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [200-]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2012/leicomplementar-141-13-janeiro-2012-612270-norma-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975.** Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229impressao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm#art55>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.088.282/RS. Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 27 abr. 2011. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=4807957&num_registro=200802044963&data=20110427&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp 1681690 / SP - 2017/0160213-7.** Relator: Ministro Og Fernandes. Primeira Turma. Julgado em 25 abr. 2018. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 3 mai. 2018. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402573348&dt_publicacao=04/12/2014>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator Min. Marco Aurélio. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 abr. 2014a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 820.910 AgR/CE. Relator Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 4 set. 2014b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6644180>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 831.385 AgR/RS. Relator Roberto Barroso. Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 mar. 2015a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8143345>>. Acesso em 10 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855.178/RS. Relator Luiz Fux. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 mar. 2015b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Políticas públicas no direito brasileiro. In: SANTOS, Bruno Grego dos (Org.). **Temas avançados da advocacia pública**: direito administrativo e políticas públicas. Maringá: Viven, 2013. p. 25-75. Disponível em: <https://www.academia.edu/6536779/Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_no_Direito_Brasileiro>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DRESCH, Renato Luís. Judicialização da saúde: medidas de aprimoramento técnico das demandas judiciais. In: GEBRAN NETO, João Pedro; AAVANZA, Clenir Sani; SCHULMAN, Gabriel. (Org.). **Direito da saúde em perspectiva**: judicialização, gestão e acesso. Vitória: Abrages, 2017. v. 2. p. 91-118.

FLEURY, S. **Estado sem cidadãos**: seguridade social na América Latina. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes nas ações e serviços de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região**, Porto Alegre, a. 25, n. 84, p. 77-103, 2015. Disponível em: <http://www.idisa.org.br/img/File/GEBRAN-RESPONSABILIDADE_SOLID%C3%81RIA-7-12-13.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

GEBRAN NETO, João Pedro. Reinventando a judicialização da saúde: a atenção primária à saúde e a efetividade do SUS. In: GEBRAN NETO, João Pedro; AAVANZA, Clenir Sani; SCHULMAN, Gabriel. (Org.). Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso. Vitória: Abrages, 2017. v. 2. p. 15-31.

MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de saúde de assistência à saúde pelos Municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MATTA, Gustavo Corrêa; MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. **Atenção à saúde**. 2009. Disponível em: <<http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/atesau.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTAL EDUCAÇÃO. **As revoluções do movimento sanitário.** [200-]. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/as-revolucoes-ao-movimento-sanitario/15764>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição de dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (Org.). **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo – em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy.** Florianópolis: Qualis, 2015. p. 91-121.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHULZE, Clênio Jair. **Carta de Vitória é importante instrumento para a concretização do direito à saúde.** 2016. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/carta-de-vitoria-e-importante-instrumento-para-a-concretizacao-do-direito-a-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Acesso em: 5 set. 2016.

A EDUCAÇÃO INCLUSIVA: DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Flávia Piva Almeida Leite

Universidade Estadual "Julio de Mesquita Filho" - UNESP

Maria Cristina Teixeira

Universidade Metodista de São Paulo - UMEP

Resumo

O objetivo deste estudo é sistematizar e analisar a previsão e realização do direito fundamental à educação da pessoa com deficiência no Direito Brasileiro. Para tanto, foram abordados os seguintes aspectos: os aspectos históricos e sociais da exclusão e inclusão desta parcela da população, a disciplina do direito fundamental à educação e da educação das pessoas com deficiência na Constituição Federal, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da questão. Para o desenvolvimento desse artigo foi adotado o método teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: educação; educação inclusiva; pessoa com deficiência; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to systematize and analyze the prediction and realization of the fundamental right to the education of people with disabilities in Brazilian Law. The following aspects were addressed: the historical and social aspects of the exclusion and inclusion of this part of the population, the discipline of the fundamental right to education and the education of persons with disabilities in the Federal Constitution, the Statute of the Person with Disabilities and jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) regarding the matter. For the development of this article was adopted the theoretical-juridical method with deductive reasoning and technique of bibliographical, documentary and jurisprudential research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: education; inclusive education; disabled person; Statute of the Person with Disabilities.

1. Introdução

Somente após a ocorrência das duas grandes Guerras Mundiais, a sociedade em geral começa a esboçar uma sensibilização e uma conscientização positiva, principalmente em relação às pessoas com deficiência.

A partir de 1980, a Assembleia Geral da ONU passa a aprovar resoluções com o intuito de derrubar a prática da exclusão social a que foram submetidas, por vários séculos, as pessoas com deficiência, começando a inseri-las nos sistemas sociais como o trabalho, a família, o lazer e a educação.

No ano de 1993 a Assembleia Geral da ONU adotou o documento sobre a Equiparação de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência (Resolução 44/70) que, em todas as suas definições trazia de forma implícita o princípio da igualdade de direitos, dando-se início ao movimento de inclusão social que, inspirado pelos princípios da celebração de diferenças, do direito de pertencer, da valorização da diversidade humana, da solidariedade humanitária, da igual importância das minorias e cidadania com qualidade de vida, demandará a construção de um novo tipo de sociedade: *uma sociedade mais democrática, mais tolerante e mais inclusiva*.

O Brasil não destoou dessa evolução que já se vinha operando no mundo todo. Todavia foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o tratamento da pessoa com deficiência se modifica, passando a um enfoque muito mais preocupado com a inclusão social. Elevou, em seu artigo 1º, III, o valor da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental desse novo Estado. Consagrou como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º e incisos). Determinou a prevalência dos direitos humanos dentre os princípios a reger suas relações internacionais com os demais países (artigo 4, II). E, através do *caput* e § 1º do seu artigo 5º, assegurou o princípio da igualdade, que passa a ser considerado dentro desse novo enfoque introduzido pela Lei Maior, como o valor mais alto dos direitos fundamentais, funcionando como regra mestra de toda a hermenêutica constitucional e infraconstitucional.

No tocante ao direito fundamental à educação o referido texto Constitucional deu tratamento minucioso, com a indicação de princípios que devem nortear sua realização, a destinação obrigatória de recursos e a previsão de situações importantes, relacionadas às minorias, entre as quais destaca-se as pessoas com deficiência.

A regulamentação específica da educação, para este segmento da sociedade, foi objeto da Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, marco legal essencial para a concretização de seus direitos fundamentais. A partir de sua vigência questões importantes, relativas à adequada prestação das atividades que possibilitam o exercício dos direitos fundamentais têm sido colocadas para análise e discussão, bem como para a interpretação do alcance desta legislação pelo STF.

Este trabalho identifica e sistematiza o processo de evolução da inclusão das pessoas com deficiência, especialmente no que refere ao aspecto legislativo, no que tange ao direito à educação. Para seu desenvolvimento foi adotado o método teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

2. Da exclusão à inclusão da pessoa com deficiência

As dificuldades passadas pelas pessoas com deficiência pelos muitos séculos da História do Homem jamais deixaram de existir. Essa verdade sempre foi válida em todos os quadrantes da Terra, em qualquer época, sendo válida também para todos os períodos da História do Brasil. Na verdade, a pessoa com deficiência no Brasil foi considerada por vários séculos dentro da categoria mais ampla dos miseráveis, talvez o mais pobre dos pobres. Quando essas pessoas nasciam de famílias mais abastadas, certamente, passavam o resto de seus dias escondidos em suas grandes mansões, fazendas ou em casas de campo de suas famílias, ficando totalmente excluídos do convívio social, permanecendo como um peso para suas respectivas famílias. (SILVA, 2009).

A partir do século XX, a sociedade em geral passa a esboçar uma sensibilização e uma conscientização positiva em relação às pessoas com deficiência. Pode-se dizer que essa alteração se deu por vários fatores: uma filosofia social mais voltada para a valorização do homem, do engajamento de muitos setores da sociedade movidas pelo bem-estar comum, em consequência dos evidentes progressos das ciências e suas aplicações práticas, em todos os

campos, mas, especialmente, pelas ações destruidoras ocasionados pelas Grandes Guerras Mundiais.¹

Quando do final da Segunda Guerra Mundial, o problema dos soldados vítimas de deficiências causadas pela guerra atrai a atenção, não só da sociedade, mas também da Organização das Nações Unidas(ONU) que, juntamente com outras organizações de caráter internacional², (Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças – UNICEF, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, a Organização Mundial de Saúde- OMS, a Organização das Nações Unidas para Refugiados e a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura – UNESCO), criam grandes programas assistenciais com ênfase especial para dar soluções aos inúmeros e sérios problemas sociais causados pelos elevados contingentes de população vítimas das atividades da guerra. O problema da deficiência ocasionado pelos males da guerra era tão significativo que demandou a concentração de esforços em programas de reabilitação dessas pessoas.

Começa a haver uma conscientização no sentido de compreender que as pessoas com deficiência necessitavam não só dos cuidados que as instituições especiais pudessem lhes prover, mas, também, de atenção pessoal, carinho, relacionamento familiar, enfim, de um ambiente que possibilitasse alguma participação na vida comunitária, como qualquer outra pessoa.

Com esse tipo de raciocínio dominante, a Assembleia Geral da ONU realizou muitos esforços para dar cobertura aos problemas sociais que enfrentavam as pessoas com deficiências,

¹ Nesse mesmo sentido, esclarece Luiz, que “um importante divisor de águas para o estudo da proteção das pessoas portadoras de deficiência foi a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, que fez aumentar, desgraçadamente, o número de pessoas portadoras de deficiência de locomoção e de audição” (ARAUJO, 1997. p. 15).

² Segundo anota Otto Marques da Silva, *em sua obra Epopéia Ignorada*, as responsabilidades das Organizações Internacionais foram sendo gradativamente definidas, estando envolvidas no desenvolvimento de programas de assistência técnica ou de financiamento de projetos localizados nos países em desenvolvimento. Esses projetos cobriam os mais variados aspectos da educação e da reabilitação de pessoas com deficiência, por meio de especialistas em campo, bolsas de estudos para profissionais e publicações consideradas relevantes. A Unidade de Reabilitação de Pessoas com Deficiência na ONU, com sede em Nova York, ficou encarregada ficou encarregada de variados aspectos de Planejamento, Administração, Legislação, Aspectos Sociais, Aspectos Psicológicos e Próteses. A Organização Internacional do Trabalho, sediada em Genebra, cobria todos os aspectos de vida de trabalho das pessoas com deficiência. A Organização das Nações Unidas para Refugiados e a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura - UNESCO, com sede em Paris, tem como competência técnica desenvolvimento atividades de assistência técnica em educação especial para pessoas com deficiência. A OMS, com sede em Genebra, tem a responsabilidade de promover a saúde, em sentido amplo, às pessoas com deficiência. E o Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças – UNICEF, sediado em Nova York nas instalações da ONU, somente prestava assistência de natureza financeira a projetos que tinham a aprovação técnica da relevante Agência das Nações Unidas, ou seja, da Organização Mundial de Saúde, da UNESCO, da Organização das Nações Unidas para Refugiados e da própria Unidade de Reabilitação de Pessoas Deficientes do Bureau de Assuntos Sociais da ONU. Cf. *Epopéia ignorada. Século XX. Responsabilidades das Organizações Internacionais*. Parte I. Capítulo Décimo segundo. CD Epopéia Ignorada, Cotia: Editora Faster, 2009.

tanto que a partir dos anos 50, juntamente com o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, passou a aprovar resoluções sobre prevenção e reabilitação.

No ano de 1955, a OIT lança a recomendação nº 99 sobre a Reabilitação de Pessoas Portadoras de Deficiência. No ano de 1971, a Assembleia Geral da ONU aprova a resolução nº 28/56, Declaração dos Direitos do Retardo Mental, que afirma que as pessoas com deficiência mental têm os mesmos direitos dos demais seres humanos. Em 1975, a Assembleia Geral da ONU aprova a resolução nº 34/47 relacionada à Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência³, afirmando que estas têm o direito inerente ao respeito à sua dignidade, aos mesmos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as demais pessoas, aliados ao “direito de terem tratamentos médicos, psicológico e funcional, à reabilitação, aos serviços de colocação e a outros serviços *que lhes possibilitarão desenvolver suas capacidades e habilidades ao máximo e acelerarão o processo de sua integração ou reintegração social*, “o que implica antes de tudo, no direito de desfrutar de uma vida decente, normal e plena.

No ano de 1981 foi proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução nº 31/123, o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência, com o tema “Participação e Igualdade”, com ênfase na prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidades. O propósito dessa declaração universalmente conhecida era dar condições para a implementação das Resoluções anteriores, através da conscientização do mundo todo quanto à problemática das pessoas com deficiências. (SILVA, 2009).

Neste contexto, surge o processo de integração social com intuito de derrubar a prática da exclusão a que foram submetidas as pessoas com deficiência por vários séculos, começando sua inserção nos sistemas sociais gerais, como a educação, o trabalho, a família e o lazer.

Essa nova prática, pouco exigia da sociedade em termos de modificação de atitudes, de objetos, de práticas sociais e de espaços físicos, afinal, a pessoa com deficiência é que teria que se transformar, se modificar e se adequar às exigências da sociedade. Esperava-se que, após a reabilitação, a pessoa com deficiência reabilitada estivesse apta a assumir seu lugar na sociedade.

Era um processo de mão única, em que a sociedade ficava de braços cruzados, aceitava receber as pessoas com deficiência, mas essas tinham que se amoldar aos serviços especiais, ficando separadas em classe especial, acompanhando os procedimentos tradicionais,

³ A Declaração definiu o termo “pessoas deficientes” como qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

contornando os obstáculos existentes no meio físico, lidando com a discriminação da sociedade e desempenhando com autonomia, mas não necessariamente independência os papéis de aluno, trabalhador, pai, consumidor etc. (SASSAKI, 1999, p. 35).

Esse modelo mostrou que tal prática social era insuficiente para acabar com a discriminação, como também pouco eficiente para propiciar a verdadeira participação das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades no âmbito social.

A Assembleia Geral da ONU, nos anos subsequentes, caminhou gradativamente para uma desejável conscientização quanto à garantia não apenas dos direitos, mas, também, dos meios para que as pessoas com deficiência tivessem condições de acesso à sociedade de forma plena e em igualdade de condições.

No ano de 1993, a Assembleia Geral da ONU adotou o documento “Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para as Pessoas com deficiência” (Resolução 44/70). Em todas as definições trazidas por essa norma está implícito o princípio da igualdade de direitos. No seu parágrafo 24 definiu o termo equiparação de oportunidades como o processo através do qual os diversos sistemas da sociedade e do ambiente, tais como serviços, atividades, informações e documentação, são tornados disponíveis para todos, particularmente para pessoas com deficiência. Essas recomendações se destacaram das demais resoluções da ONU na área da deficiência e tiveram uma importância significativa na história normativa de seus direitos, tanto que serviram de parâmetro para práticas de políticas e leis de muitos países. No Brasil, o Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89 definiu a Política de Integração Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência com base nessas normas adotadas pela ONU.

Na tentativa de avançar no processo de construção de uma sociedade que respeite a diversidade, teve início o movimento de inclusão social, cujo objetivo é a construção de uma sociedade para todas as pessoas: não cabe somente às pessoas com deficiência se integrarem à sociedade. É preciso que a sociedade também se transforme, para acolher todos os seus cidadãos.

Conforme ensina SASSAKI (1999, p.17), a inclusão se inspira em novos princípios, quais sejam: celebração de diferenças, direito de pertencer, valorização da diversidade humana, solidariedade humanitária, igual importância das minorias e cidadania com qualidade de vida.

A inclusão social pode ser conceituada como um processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir as pessoas com deficiência e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade (SASSAKI, 1999, p.41). Consequentemente, a inclusão social

é um processo de mão dupla, ou seja, tanto a pessoa com deficiência como a sociedade precisam se modificar.

É um processo que demandará a construção de um novo tipo de sociedade através de transformações, pequenas e grandes, na mentalidade de todas as pessoas e, especificamente, após o advento da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, no que refere à realização dos direitos fundamentais, especialmente a educação, conforme adiante será abordado.

3. Direito fundamental à educação

Entre os significados da palavra educação inclui-se aquele estabelecido GIDDENS e SUTTON (2015, p. 127), que o entendem como “Instituição social que promove e viabiliza a transmissão de conhecimento e habilidades de uma geração para a outra, quase sempre por meio do ensino compulsório em escolas”.

Substantivo derivado do latim *educatio, educationis*, diz respeito à atividade de criar, gerar, que possibilita o desenvolvimento da pessoa humana, na medida em que é o instrumento por meio do qual são transferidas entre gerações as tradições, valores e símbolos que justificam e mantêm sua própria existência, além dos conhecimentos, de natureza técnica e acadêmica, relativos ao progresso e desenvolvimento social.

Em relação à previsão à educação foi identificada no Texto Constitucional como direito fundamental social. Os direitos sociais, econômicos e culturais relacionam-se às atividades do Estado que, conforme ARAÚJO e NUNES JÚNIOR (2013, p. 279), “reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais. O direito à educação se insere nesta categoria de direitos, com indicação entre aqueles previstos no art. 6º e disciplina específica nos arts. 205 a 214. Seu fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art., 1º, inciso III).

Os arts. 205 e 206 tratam, respectivamente, da educação e do ensino. Em relação à primeira confere responsabilidade por sua realização ao Estado, à família e à sociedade e, no art. 206, indica os princípios que devem nortear a realização do ensino, nos termos seguintes:

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

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para BASTOS e MARTINS (2000, p. 843), o artigo 205 “possui caráter bifronte, pois, simultaneamente à garantia do direito do povo de receber a educação, concede-lhe o direito de exigir essa prestação estatal, como também atribui à própria sociedade o direito de ministrar o ensino.”

Ainda de acordo com os autores (2000, p. 491) educação e ensino são palavras utilizadas como expressões sinônimas e que possuem significados distintos. Ensino é “o conjunto de tarefas planejadas e realizadas para promover a aprendizagem, exercida sobre o aluno, com o intuito de transmitir conhecimentos.” Afirma SILVA (2006, p. 785),

A consecução prática dos objetivos da educação, consoante o art. 205 – pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho -, requer que o Poder Público organize os sistemas de ensino público, para cumprir com seu dever constitucional para com a educação, mediante prestações estatais que garantam, no mínimo os serviços consignados no art. 208⁴.

No que refere à educação inclusiva, podemos compreendê-la como o processo que possibilita a convivência, no ambiente escolar, de todas as pessoas, com necessidades e

⁴ CF, art. 208: Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazê-los chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

dificuldades específicas, de forma a realizar a igualdade, o pluralismo e o respeito às diferenças. Conforme EMYGDIO DA SILVA (2009, p. 148):

A educação inclusiva parte do pressuposto de que todos os alunos estão na escola para aprender e, por isso, participam e interagem uns com os outros, independentemente das dificuldades mais ou menos complexas que alguns possam evidenciar e às quais cabe à escola adaptar-se, nomeadamente porque esta atitude constitui um desafio que cria novas situações de aprendizagem. Nesse sentido, a diferença é um valor (AINSCOW, 1998) e a escola é um lugar que proporciona interacção de aprendizagens significativas a todos os seus alunos, baseadas na cooperação e na diferenciação inclusiva. À educação inclusiva está subjacente a atitude com que se perspectiva tal como a prática pedagógica dos professores e a organização e gestão da escola e das turmas. No que diz respeito à atitude, o modo como se perspectivam e prospectivam as necessidades especiais é determinante para o percurso dos alunos. Quanto à prática pedagógica dos professores, a flexibilização curricular e a pedagogia diferenciada centrada na cooperação, bem como estratégias como a aprendizagem cooperativa, são medidas que permitem dar resposta a todos os alunos, no contexto do seu grupo-turma.

Feitas estas considerações a respeito do direito à educação, trataremos à seguir da educação inclusiva no Direito Brasileiro.

4. Direito à educação inclusiva no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não destoou da evolução que já se vinha operando no mundo todo. Consagrou em diversas passagens a proteção da pessoa com deficiência, no sentido de assegurar à sua inclusão social. Ademais, o Brasil, na busca pela concretização dos direitos da pessoa com deficiência, assina no dia 30 de março de 2007, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgados pela ONU. Sua eficácia foi reconhecida em âmbito nacional com a edição do Decreto Legislativo 186/08. Cabe esclarecer que essa Convenção foi o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos que ingressa na ordem jurídica interna com *status* de equivalência constitucional por ter atingido o *quorum* qualificado nos exatos termos da regra imposta pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Para regulamentar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em âmbito nacional, é editada, em 06 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015, destinada, segundo seu artigo 1º, a assegurar e promover o exercício das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, em condições de igualdade para com as demais pessoas, visando à sua inclusão social e cidadania.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - LBI dedicou um Capítulo específico para o direito à educação em seus artigos 27 a 30, inovou em relação à legislação até então existente, incorporando as discussões e reivindicações do movimento social das pessoas com deficiência.

Mesmo diante do modelo inaugurado nessa nova ordem constitucional, o que vemos ainda é um sistema de discriminação em relação às pessoas que não conseguem usufruir de muitos direitos assegurados no ordenamento constitucional e, dentre esses, o direito à educação de forma plena e com autonomia.

Para que esse direito se realize, faz-se necessário que os gestores públicos em nível federal, estadual, municipal e distrital cumpram as normas referentes ao direito à educação. Cabe esclarecer que segundo dados do Censo- IBGE de 2010 cerca de 45,6% de pessoas possuem algum tipo de deficiência. Este número corresponde a 23,9% da população brasileira.⁵ Todas essas pessoas têm o mesmo direito à inclusão do que as que não apresentam deficiência.

A realização do direito à educação para as pessoas com deficiência deve se concretizar em estabelecimentos públicos e privados de ensino, nos moldes estabelecidos pelo art. 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo o qual,

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

⁵ Dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em:<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>

- IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;
- X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;
- XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;
- XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;
- XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;
- XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;
- XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;
- XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;
- XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;
- XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

As instituições privadas aplicam-se, conforme parágrafo 1º do referido artigo, todas as disposições contidas nos incisos mencionadas, exceção feita àquelas dos incisos IV (oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas) e VI (pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva). Ainda, quanto às instituições de ensino superior e de educação tecnológica, públicas e privadas, estabelece o art. 30 deste diploma legal:

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

- I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;
- II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;
- III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;
- IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;
- V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;
- VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.

Recentemente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu interpretação, especialmente no que refere aos arts. 28, § 1º e 30, *caput*, do Estatuto, o que permite analisar a realização do direito à educação a partir de seu fundamento constitucional e da disciplina dada ao tema pela legislação, o que é feito a partir dos princípios constitucionais invocados tanto na inicial quanto na decisão, bem como nas condições sociais e econômicas determinantes para a elaboração da legislação e sua interpretação.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência realiza o Estado Democrático de Direito, princípio fundamental do Estado no art. 1º *caput* da Constituição. GIDDENS e SUTTON (2015, p. 315) definem democracia⁶ como “Sistema político que viabiliza a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas, diretamente ou por meio da eleição de representantes políticos”.

De acordo com ROSS (1989, p. 84), o termo democracia pode ser utilizado, também, para designar situações a partir de seu conteúdo: é o caso da democracia econômica ou verdadeira, que tem como objetivo nivelar os privilégios e desigualdades econômicas resultantes da diferença entre classes, em favor dos menos favorecidos. Também pode ser empregado para referir uma atitude, um modo de vida relacionado não apenas às situações de caráter político e econômico, mas, também, às relações internacionais, à vida familiar, à educação dos filhos, ou seja, em todas as relações sociais. No que refere à democracia política, o autor entende que,

A Democracia é comumente definida como a forma de governo em que o poder político (soberania) pertence como direito a toda a população e não apenas a uma pessoa singular ou grupo específico e limitado de pessoas. Esta definição sofre de falta de clareza. Note-se que, os atos cruciais para a democracia não são mencionados e descritos. (ROSS, 1989)

Quanto ao Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido pela Constituição de 1988, é a lição de SILVA (2013, p. 32) que o fato de o art. 1º *caput* da Constituição de 1988 afirmar que “A República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito

⁶ Nas grandes democracias ocidentais o poder do povo se expressa no voto direto, através do qual os cidadãos elegem seus representantes dos poderes Legislativo e Executivo para defender os seus interesses e através da decisão do próprio titular do poder, através do plebiscito, referendo e outros meios. Quanto ao modo de exercício a democracia pode ser direta, quando o próprio povo delibera e executa o poder; indireta, também chamada representativa, em que o corpo político escolhe os representantes que, por ele, exercitam o poder; e semidireta ou mista, em que se combinam elementos das modalidades anteriores. A democracia apresenta modalidades, a saber: cristã, (conservadora, e direitista não radical); industrial (participação dos operários nos destinos da empresa); liberal (abstenção da intervenção estatal na ordem econômica e social); social; (redistribuidora da renda nacional); representativa (poder do voto); e popular (sem classes ou socialista) (SILVA, 1982, p. 485).

[...] exprime juízo afirmativo e de existência [...] diz, ao mesmo tempo, com o tipo de Estado e com o regime adotado”.

Ainda de acordo com o autor, “A configuração do Estado Democrático de Direito consiste na criação de um novo conceito, uma vez que diz respeito ao fundamento do Estado e não à sua organização. Qualifica o Estado, o que importa na fundamentação nos valores da democracia”. (SILVA, 7/13).

Quanto ao princípio do pluralismo político, conforme PINTO JÚNIOR (2011):

[...] busca-se em seguida fundamentar o pluralismo político como uma espécie do gênero pluralismo, este como uma decorrência da democracia que tem como escudo a diversidade e as liberdades, devendo estas ser respeitadas pelos diversos grupos que detêm uma parcela de poder. Assim, o fracionamento do poder em grupos independentes não significa a fragilidade da soberania, mas a sua unificação através da vontade política comum e una, não obstante o estado ser divisível. As características do pluralismo político são externadas pela liberdade de associação, possibilidade de participação nas deliberações de poder e a existência de consensos sociais mínimos de cunho axiológicos. O pluralismo é visto como um direito à diferença e este se trata de um direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana, ou seja, um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, ser discriminado pelo fato de ser diferente ou adotar uma filosofia de vida, reverenciando-se a peculiaridade de cada indivíduo.

A respeito da importância do fato de considerar e atender a todos os segmentos da população para a realização desse princípio, entende o autor que:

Com relação à Constituição Brasileira, nota-se que houve uma preocupação ao adotar o pluralismo político, considerando os variados aspectos sociológicos e culturais do nosso país, como a recepção em nosso território das variadas etnias de todo o mundo. Com isso, o aparecimento da multiplicidade cultural trazida pelos nativos indígenas, africanos, dos europeus e dos imigrantes, inclusive orientais. Outrossim, não havia como reunir de forma harmoniosa tanta diversidade sem um regime 1. Artigo apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Orientador: Professor Doutor Edilson Nobre Pereira Júnior, centrado no respeito à diferença de cada um, além do mais deve se considerar ainda a miscigenação, pois a sociedade plural exige a possibilidade de representação de todos, inclusive das minorias. (PINTO JÚNIOR, 2011)

Finalmente, é importante lembrar que a educação é direito fundamental social, cujo acesso deve ser garantido a todos, conforme estabelecido pelo art. 206, I da Constituição que, além das características típicas dos direitos fundamentais possui traços característicos relacionados à sua condição de direito social que, conforme LIMA LOPES (1994, p. 129):

[...]não são fruíveis ou exequíveis individualmente. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da *educação* pública, da *saúde* pública, dos serviços de

segurança e justiça, do direito a um meio ambiente saudável, o lazer, a assistência aos desamparados, a “ [...]”

Especialmente em relação à educação, de acordo com a *Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13)*⁷, da Organização das Nações Unidas (ONU) são características desse direito a disponibilidade, acessibilidade material, acessibilidade econômica, aceitabilidade e adaptabilidade.

A disponibilidade⁸ relaciona-se com a existência de programas de ensino em quantidade suficiente para o atendimento da população, ou seja, a disponibilidade. Conforme o documento:

As condições para que funcionem dependem de inúmeros fatores, entre outros, o contexto de desenvolvimento em que atuam; por exemplo, instituições e programas provavelmente necessitam de edifícios ou outra proteção contra os elementos, instalações sanitárias para ambos os sexos, água potável, professores qualificados salários competitivos, materiais de ensino etc.; alguns também exigem bibliotecas, serviços de informática, tecnologia da informação etc.

É possível relacionar essa característica com o princípio estabelecido no inciso I do art. 206 do Texto Constitucional, que trata da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, ou seja, a educação gratuita deve estar à disposição de toda a população.

Quanto à educação infantil existem decisões do STF⁹, que garantem o exercício deste direito por crianças entre 0 (zero) e 4 (quatro) anos, embora vários municípios não garantam a toda a população o acesso à educação pública infantil. Sabemos que a educação, nos termos do art. 206, III, também está aberta à atuação da iniciativa privada. Cabe ao Estado responder pela realização deste direito como principal prestador e à iniciativa privada atuação em caráter subsidiário.

A segunda, a acessibilidade, diz respeito ao acesso indiscriminado da população à educação. Esta situação divide-se em três dimensões: a não discriminação, aqui já referida, a acessibilidade material, que significa o acesso de todos, preferencialmente aos vulneráveis tanto sob o aspecto social quanto o jurídico e a acessibilidade econômica, que se realiza pela universalização do acesso.

⁷*Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13).* Disponível em:
 ↗<http://www.escr-net.org/es/docs/i/428712>↗

⁸*Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13).* Disponível em:
 ↗<http://www.escr-net.org/es/docs/i/428712>↗

⁹ Ver: HC 100333, Informativo STF 632 e AI 677274, Informativo STF 520.

A aceitabilidade, terceiro aspecto desse direito, trata dos aspectos materiais e formais da educação, uma vez que, conforme o documento¹⁰,

A forma e o conteúdo da educação, incluindo os currículos e métodos de ensino, devem ser aceitáveis (por exemplo, relevantes, culturalmente adequados e de boa qualidade) para estudantes e, se for o caso, seus pais; isso é assunto para os objectivos da educação que se refere o parágrafo 1 do artigo 13 e os padrões mínimos aprovados pelo Estado na educação (ver parágrafos 3 e 4 do artigo 13).

A adaptabilidade significa que a educação deve ser flexível de forma a se adaptar às necessidades da sociedade e comunidade em transformação, e responder a esta demanda, além de integrar alunos de contextos sociais, culturais e econômicos diversos¹¹.

É importante frisar que a educação, por ser direito fundamental, quando prestada por pessoas jurídicas de direito privado deve ser realizada conforme as disposições constitucionais e legais que a disciplinam, não sendo razoável supor ou arguir que o custo financeiro necessário inviabilize a atividade do prestador de serviço, de modo a justificar o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da norma reconhecedora de direitos de segmento da população, reconhecidamente, vulnerável.

5. Conclusão

A Constituição Federal de 1988 modificou o tratamento da pessoa com deficiência, passando a um enfoque muito mais preocupado com sua inclusão social, tanto que consagrou em diversas passagens a proteção da pessoa com deficiência.

Ademais, o Brasil, na busca pela concretização dos direitos da pessoa com deficiência, assina no dia 30 de março de 2007, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgados pela ONU. Para regulamentar esta Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no âmbito nacional, foi editada em 06 de julho de 2015.

No tocante à educação, a regulamentação específica deste direito, para este segmento da sociedade, foi objeto de inúmeras leis nacionais e internacionais. Todavia, foi com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que

¹⁰*Observación General 13 – El derecho a la educación (articulo 13).* Disponível em:

≤<http://www.escr-net.org/es/docs/i/428712>≥

¹¹*Observación General 13 – El derecho a la educación (articulo 13).* Disponível em:

≤<http://www.escr-net.org/es/docs/i/428712>≥

dedicou um Capítulo específico, inovando em relação à legislação até então existente, incorporando as discussões e reivindicações do movimento social das pessoas com deficiência.

É importante reprimir que a educação, por ser direito fundamental, deve ser realizada conforme as disposições constitucionais e legais que a disciplinam, não sendo razoável supor ou arguir que o custo financeiro necessário inviabilize a atividade do prestador de serviço, seja ele público ou privado, de modo a justificar o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da norma reconhecedora de direitos de segmento da população, reconhecidamente, vulnerável.

Portanto, que as pessoas com deficiência tenham esse direito efetivado, faz-se necessário um trabalho em conjunto com todos os envolvidos no sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida. Envolvendo educadores, profissionais de apoio, políticos, prestadores de serviços, familiares e alunos, todos devem estar preparados e abertos para conviver com a diversidade, estando, portanto, todos aptos para garantir uma educação de melhor qualidade para todos. Esse sistema educacional inclusivo representará para todos a concretização dos princípios fundamentais do Estado, especialmente da dignidade da pessoa humana, de cidadania e do Estado Democrático de Direito.

6. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2^a. ed. Brasília: CORDE, 1997

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, volume 8. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 23.abr.2018.

BRASIL. **Lei 13.146/2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm) Acesso em: 23.abr.2018.

EMYGDIO DA SILVA, Maria Odete. **Da Exclusão à Inclusão:** Concepções e Práticas. Revista Lusófona de Educação [en linea] 2009, (Sin mes) : [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2018] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34912395009>> ISSN 1645-7250

GUIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da Sociologia.** São Paulo: UNESP, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observación General 13 – El derecho a la educación**(articulo 13).Disponível em:≤<http://www.escr-net.org/es/docs/i/428712>≥ Acesso em: 23.abr.2018.

PINTO JÚNIOR. Nilo Ferreira. **O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal.** Disponível em: ≤http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF≥ Acesso em 23.abr.2018.

ROSS, Alf. **¿Por que Democracia?** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** 3ed. Rio de Janeiro: WVA, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. O Estado Democrático de Direito, in **Revista dos Tribunais**, vol. 635/1988, Set / 1988.

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada**. CD Epopeia ignorada. Cotia: Editora Faster, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

A EUGENIA EM FACE DA BIOÉTICA E OS NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jonathan Barros Vita

Unimar – Universidade de Marília

Regina Célia de Carvalho Martins

Unimar – Universidade de Marília

Resumo

Considerando-se a eugenica, sob enfoque da bioética, o presente trabalho objetiva demonstrar que o legislador, ao limitar a atuação da ciência sobre a vida humana, deve assegurar o respeito ao direito à dignidade humana. O presente estudo é baseado no método dedutivo e análise documental. Para se atingir o objetivo proposto se destaca a importância do constitucionalismo para assegurar direitos fundamentais face ao avanço tecnológico da ciência médica e insere a bioética para dentro da preservação destes direitos. Apontam-se fatores sociais e jurídicos que devem ser considerados pela bioética e sua implementação em confronto com o respeito aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: bioética, eugenica, direitos humanos, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana.

Abstract/Resumen/Résumé

Considering eugenics, under the bioethics approach, the present work aims to demonstrate that the legislator, in limiting the action of science on human life, should ensure respect for the right to human dignity. The present study is based on the deductive method and documentary analysis. In order to achieve the proposed objective, the importance of constitutionalism to guarantee fundamental rights in the face of technological advances in medical science is highlighted, and bioethics is inserted into the preservation of these rights. Social and legal factors that must be considered by bioethics and their implementation in relation to respect for fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: bioethics, eugenics-human rights, fundamental rights, dignity of the human person.

1. Introdução

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos foi homologada em Paris, em outubro de 2005. Com ela foram reconhecidas universalmente as questões éticas que permeiam a medicina, as ciências da vida e as tecnologias associadas à sua aplicação nos seres humanos e como devem estar respaldadas no respeito à dignidade da pessoa humana, nos direitos humanos e liberdades fundamentais.

A atual concepção de direitos humanos, de cidadania e de Estado Democrático de Direito se encontram de tal forma interligadas, que não é possível a existência de um, sem o outro.

Ao lado de princípios consagrados no plano internacional, a Constituição Federal brasileira possui em seu bojo vários dispositivos que asseguram o respeito aos direitos fundamentais; entretanto, não há como se mencionar direitos fundamentais sem fazer uma análise de sua evolução e a importância das declarações universais para sua concretização.

Por outro lado, é cediço que a evolução da ciência e seus benefícios à humanidade são indiscutíveis; entretanto, há que se ponderar se os atuais instrumentos legais de proteção, embasados em documentos internacionais, são suficientes para deter a lógica de mercado da ciência cuja ideologia neoliberal, serve cada vez mais para atender as imposições mercadológicas em detrimento de qualquer benefício aos seres humanos.

Além da complexidade dos direitos humanos, há outro fator que deve ser ponderado em relação à bioética, que é a existência de agentes internacionais que atuam nos sistemas tecnológicos e que têm a capacidade de representar conceitualmente, a realidade que desejam intervir.

A problemática consiste no fato de que os sistemas tecnocientíficos são formados por grupos de cientistas, tecnólogos, administradores, gestores, empresários e investidores e, via de regra, o controle desses sistemas se encontra nas mãos de grupos políticos ou de empresas transnacionais, o que pode comprometer dados, bem como os resultados reais da sua aplicação.

Uma determinada pesquisa pode ser valiosa para certos setores sociais por razões econômicas, mas indesejável por afetar de maneira negativa e irreversível a riqueza da biodiversidade.

Os avanços na área de biotecnologia são notórios e atualmente há métodos de melhorias de material genético humano, com finalidade de evitar-se ou curar patogenias; entretanto, também é possível do ponto de vista científico “escolher” caracteres humanos de um filho, como cor dos olhos, por exemplo, o que leva necessariamente a uma reflexão ética sobre os limites que devem ser usados na tecnologia médica, que possam levar a uma pretensa forma de aperfeiçoar a raça humana, motivando a exclusão daqueles seres considerados imperfeitos, situação esta que conflita com direitos humanos fundamentais e representa um retrocesso de séculos em direitos humanos adquiridos com inenarráveis lutas.

A concepção moderna dos direitos humanos esbarra na teoria crítica destes direitos que vê os mesmos no contexto social em que atuam, como dinâmicas sociais ou processos que tendem a construir condições materiais e imateriais para se conseguir determinados objetos, ou seja, os atores sociais lutam para obterem as condições de acesso aos bens, com isso comprometem os direitos humanos, pois colocam em funcionamento as práticas sociais dirigidas a dotar todos (as) de meios políticos, econômicos, sociais, culturais ou jurídicos que possibilitem o acesso aos bens.

Desta forma e observando-se a complexidade de interesses envolvidos, o presente artigo, que se orienta pelo método dedutivo, objetiva apresentar os direitos humanos e sua evolução no tempo e contexto histórico, bem como apresentar elementos da evolução científica no campo de pesquisas aplicada às pesquisas que visem garantir melhores condições de vida e saúde ao ser humano.

Buscar-se-a apresentar um enfoque positivo do instrumento da bioética neste processo, como agente intermediador entre o necessário respeito aos direitos humanos arduamente adquiridos e a evolução da biociência, que por vezes tem seu aspecto ineficiente, praticado para uma pretensa “depuração” da raça humana – eugenio.

Se pretende traçar uma breve demonstração da necessidade de se assegurar o respeito aos direitos fundamentais, que pode ser obtido por um equilíbrio com entre ciência e direito, que devem caminhar juntos para se consolidar principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. Os direitos humanos na contemporaneidade

A trajetória histórica clássica dos direitos fundamentais está ligada a evolução dos direitos humanos, notadamente a partir do final do século XVIII, na França, quando do

surgimento das duas expressões: direitos humanos e direitos fundamentais, que embora tenham sido identificados sinonimamente, foram distinguidos em relação ao plano em que foram consagrados, como se observa:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2012, p. 45).

Os direitos fundamentais são, portanto, os direitos humanos positivados nas constituições de cada nação, ao passo que direitos humanos são mais abrangentes e ultrapassam a Soberania de um único Estado, reconhecendo-se com direitos da humanidade.

Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc. (BULLOS, 2012, p. 36)

Dentre as classificações doutrinárias sobre evolução dos direitos humanos, a classificação em dimensões ou gerações de direitos humanos é a que melhor se apresenta pedagogicamente, embora haja autores que a considerem inadequada (FLORES, 2009).

Os direitos fundamentais de *primeira dimensão* surgiram no século XVII e caracterizaram-se por prestigiarem as chamadas prestações negativas, traduzidas no dever de abstenção do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação; corresponde, portanto, aos direitos civis e políticos, essencialmente ligados às liberdades individuais.

A *segunda dimensão*, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, e prestigiam a chamada prestação positiva, traduzida na ação positiva do Estado visando assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais dos homens, assentando suas bases sobre a igualdade.

A *terceira dimensão* já apresenta direitos de “nova dimensão” e engloba os direitos de fraternidade ou solidariedade que tem sido incorporados aos ordenamentos constitucionais de todo o mundo e traduzem-se nos direitos difusos em geral, entre eles, meio ambiente equilibrado, vida saudável e pacífica, progresso, autodeterminação dos povos e ao avanço das tecnologias.

Esta base de direitos está consubstanciada nos direitos metaindividuais, coletivos e difusos, vinculados à solidariedade. Aqui na terceira dimensão, Bonavides identifica cinco direitos sob o manto da fraternidade. São os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (BONAVIDES, stf,jus)

Os chamados direitos de *quarta dimensão* são os direitos dos povos, os direitos relativos à saúde, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão de filhos gerados por inseminação artificial e clonagens. Aqui estamos diante dos “novos direitos” referentes à biotecnologia, bioética e engenharia genética, conectados diretamente à questão da vida humana; é também na quarta dimensão que estariam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os direitos de *quinta dimensão* “novos direitos” advindos da tecnologia da informação, softwares, ciberespaço e realidade virtual. Nos direitos de quinta geração estão referenciados o conceito nucleador e expansivo da paz, ocorrendo sua trasladação da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais. (BONAVIDES, stf,jus)

Note-se que todo o esforço da doutrina em tentar explicar os direitos humanos dividindo-os em “dimensões” ou “gerações” demonstra que referidos direitos são resultados de lutas sociais pela obtenção da dignidade, ou seja, o acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida humana seja “digna” de ser vivida (DORNELLES, 2009).

A visão dos direitos humanos parte da premissa que eles são complexos sob vários ângulos que se observe: seja culturalmente, pois os direitos humanos surgiram no Ocidente; empiricamente, pois os seres humanos têm todos os direitos reconhecidos nos textos internacionais onde o “dever ser” depende de características com peculiaridades nacionais; juridicamente, em razão dos variados ordenamentos jurídicos existentes; cientificamente, pois os direitos humanos devem ser entendidos e investigados cientificamente; filosoficamente já que direitos humanos não podem resultar de dogmatismos no qual uns, privilegiados, querem ou pretendem convencer os desfavorecidos, ainda que vítimas; politicamente pois os direitos humanos devem ser estudados e levados à prática política dos países, a partir de um saber que revele as escolhas e conflitos de interesses e, posteriormente, inserindo-os nos contextos sociais, culturais e econômicos e economicamente, pois os direitos humanos não podem ser reduzidos a direitos de indivíduos atomizados e mercantilizados (DORNELLES, 2009).

Direitos fundamentais devem ser concebidos sob a premissa da pluralidade e diversidade, de forma que possam fazer jus às conquistas históricas de lutas da humanidade e que garantam a todos os seres humanos o pleno exercício da cidadania.

[...] ser cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e soberano. Tal situação está descrita na Carta de Direitos das Nações Unidas (ONU), de 1948, que tem como suas primeiras matizes marcantes nas Cartas de Direitos dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1798). Sua proposta mais funda de cidadania é a de que todos os homens são iguais ainda que perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor. E ainda: a todos cabem o domínio de seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer. E mais: é direito de todos expressarem-se livremente, militar em partidos políticos ou sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar pelos seus valores. Enfim, o direito de ter uma vida digna de ser homem (COVRE, 1995. p. 47).

O contexto atual dos direitos humanos se difere deveras daquele no qual foram positivados e consagrados internacionalmente, quer seja pelo decurso de tempo, bem como pela evolução cultural, social e tecnológica que se sucedeu.

A concretização destes direitos deve observar uma nova interpretação e integração normativa, aliada a mecanismos institucionais capazes de operar a efetivação dos direitos humanos, cientes de eles não se exaurem; constantemente surgem novos direitos, devido a incessante e rápida mudança social, alicerçada na tecnologia exigindo novas premissas para a cidadania.

A exemplo do que se defende, vemos a rápida evolução tecnológica na área médica relacionada às pesquisas com células tronco e até mesmo com a aventada possibilidade de clonagem humana, situação esta que demanda um olhar atento e acurado do legislador para manter e respeitar o direito à dignidade humana.

3. As contribuições do constitucionalismo para os direitos humanos

A origem formal do constitucionalismo está ligada ao surgimento do Estado Constitucional na Inglaterra na Idade Média quando da elaboração da Magna Carta Inglesa e o pacto celebrado em 1215, pelo rei João Sem Terra com os barões feudais, trazendo em seu conteúdo de forma explícita, as limitações impostas às ações do monarca, bem como à petição de direitos – *Petition of Rights* – celebrada em 1628, imposta pelos comuns ao rei Carlos I, obrigando-o a respeitar os hábitos, usos e costumes seguidos na Inglaterra. Posteriormente, uma

nova revolução e a declaração de direitos – Declaração dos Direitos – *Bill of Rights* – em 1689 acabaram por consolidar o Estado Constitucional (BULOS, 2012).

A Declaração dos Direitos da Virgínia proclamada em 1776, feita pelos representantes do povo de Virgínia, em decorrência dos anseios de independência das 13 colônias inglesas, que culminaram com a formação dos Estados Unidos da América em 1787 e a Revolução Francesa em 1791, levaram a promulgação das constituições escritas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), (MORAES, 2016).

Toda essa série de acontecimentos acabaram por fazer prevalecer a ideia de Estado de Direito, ou seja, o Estado ser organizado através de leis fundamentais e capazes de se impor aos próprios governantes, através de uma Constituição.

O processo de reconstitucionalização das nações, ocorrido após a 2.^a Guerra Mundial culminou com uma nova forma de organização política denominada de Estado Constitucional de Direito, também chamado de Estado Democrático de Direito ou ainda de Estado Constitucional Democrático. Em 1949 foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã) e em 1951 foi criado o Tribunal Constitucional Federal, e foram os responsáveis pela ascensão científica do direito constitucional. Em 1947 foi promulgada a Constituição da Itália e em 1956, foi instalada a Corte Constitucional. Em 1976 e 1978, respectivamente Portugal e Espanha passaram por uma redemocratização e reconstitucionalização.

O Brasil passou pelo mesmo processo e após diversas constituições outorgadas, viu promulgada em 1988, em um exemplar exercício de cidadania, a denominada “constituição cidadã”, que trouxe para seu bojo uma gama considerável de direitos fundamentais.

O movimento constitucionalista foi extremamente importante para os direitos fundamentais e isso se ocorreu porque dito movimento propos a regulamentação legal do exercício do poder, através da adoção de constituições escritas pelos Estados e a partir daí os atos governamentais passaram a ficar sujeitos a controle; motivando a luta contra o poder absoluto, bem como propiciando a melhor defesa dos direitos e garantias fundamentais.

O constitucionalismo moderno propiciou o reconhecimento da dimensão normativa dos princípios e a reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o direito, onde as concepções de justiça e legitimidade foram reconhecidas como indispensáveis.

A constitucionalização corresponde a um ordenamento jurídico totalmente impregnado por normas constitucionais, cujos efeitos se irradiam tanto para a legislação, quanto

para a jurisprudência e doutrina, segundo se observa pelas palavras do autor Ricardo Guastini (*apud* SPOSATO, 2010).

O constitucionalismo objetivou e ainda possui como eixo determinante, a proteção da vida humana e, na verdade, toda a sua evolução foi sempre voltada à proteção do ser humano. Neste sentido, as dimensões ou gerações de direito são apenas modalidades de amparo à vida e essência do movimento constitucionalista. (ALARCON, 2004)

Tomando-se a proteção à vida como premissa fundamental, tem-se que o desenvolvimento genético, a biotecnologia, o desenvolvimento científico encontram respaldo no constitucionalismo brasileiro, mas precisam se alicerçar também na ética. A cidadania e a dignidade humana, são fundamentos básicos e os direitos humanos encontram-se elencados na constituição; assim vários princípios constitucionais podem ser invocados transversalmente como orientadores da bioética para a proteção da vida (ROCHA, 2011)

A Constituição Federal de 1988 dedicou um Capítulo destinado à proteção do meio ambiente e ao progresso das ciências; contudo, os avanços propiciados pela ciência, tais como novos métodos investigativos, novos medicamentos, melhoria da qualidade de vida etc., devem acima de tudo, obedecer os limites da ética.

Neste contexto, a bioética tem como função primordial resguardar a humanidade sob a perspectiva dos direitos fundamentais, do mau uso dos recursos biotecnológicos, que venham a comprometer o direito à vida, à dignidade do ser humano e ao meio ambiente sustentável.

4. A bioética como dimensão dos direitos fundamentais – novos direitos constitucionais

A doutrina e a jurisprudência reconhecem as etapas de evolução que os direitos fundamentais atravessaram; entretanto a doutrina é divergente com relação à nomenclatura, ou seja, se estas etapas evolutivas podem ser denominadas gerações ou dimensões de direitos fundamentais.

Dimensões seria a terminologia mais apropriada, pois significa que os direitos fundamentais não são estanques, mas sim complementares, enquanto que a expressão gerações pressupõe um momento que sucede o outro, e em se tratando de direitos fundamentais, não há sucessão de fenômenos, mas sim uma sobreposição de fenômenos. (LÁZARI, 2017)

A jurisprudência brasileira do STF tem observado a classificação tradicional de “gerações de direitos” (MAZZUOLI, 2017).

Seguindo a moderna doutrina sobre o tema, que classifica os direitos em dimensões, a bioética se enquadraria em direito de terceira ou de quarta dimensão?

Os direitos fundamentais de terceira dimensão compreendem os direitos de fraternidade, incluindo direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia etc enquanto que os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendem os direitos dos povos e nesse contexto estão incluídos os direitos relativos à saúde, informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, e os ligados à engenharia genética. No Brasil esses direitos encontraram respaldo na Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, denominada por Lei de Biossegurança.

A bioética, que é o estudo transdisciplinar entre Ciências Biológicas, Ciências da Saúde, Filosofia (Ética) e Direito (Biodireito) que tem por premissas investigar as condições necessárias para uma administração responsável da Vida Humana, animal e ambiental.

Para alguns autores, a bioética seria o desdobramento da terceira geração, já que essa geração contempla a vida permanente e saudável na Terra, compondo os direitos integracionais a uma vida saudável ou a um ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável, onde se inclui também os limites ou restrições à ciência e especialmente à biotecnologia no que tange a liberdade, a igualdade, e a dignidade humanas. Aqui estão os direitos bioéticos ou biodireitos, ou seja, os direitos referentes à genética, à biotecnologia e à bioengenharia, sendo este pensamento de José Adércio Leite Sampaio (*apud* DANTAS, 2011)

Ivo Dantas, em uma análise da previsão constitucional do biodireito esclarece que a constatação da existência de uma nova geração de direitos em nível constitucional, não somente significa a juridicização da Bioética, como também representam um desdobramento dos Princípios da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana, enumerados nos Princípios Fundamentais contidos no art. 1º, II e III da Constituição Federal. (DANTAS, 2011)

No mesmo sentido, Walter Esteves Pinero ressalta que a juridicização, não é da bioética propriamente dita, mas dos fatos respeitantes à vida e à morte dos seres humanos, onde se inclui as novas tecnologias e o meio ambiente, que acabam por interferir na qualidade de vida do homem. (PINERO, 2002)

Assim, em que pese a divergência doutrinária quanto ao enquadramento da bioética, o fato é que se trata de um direito fundamental, recepcionado no texto constitucional brasileiro, sobre o qual é preciso dedicar vital importância, já que a ciência vem avançando rapidamente nesta seara.

5. Biotecnologia: a bioética e eugenia

Como já mencionado, a bioética é o estudo transdisciplinar entre Ciências Biológicas, Ciências da Saúde, Filosofia (Ética) e Direito (Biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da Vida Humana, animal e ambiental.

O problema que surge se relaciona a equilibrar avanço científicos com ética e direito. Quando a ciência evolui mais rapidamente do que a compreensão moral, a humanidade passa a lutar para articular seu mal-estar com conceitos de justiça, autonomia e direitos humanos.

No caso específico do avanço em tecnologias biológicas, estamos tratando de nós mesmos e das consequências que podemos proporcionar aos nossos descendentes. Assim, se torna importantíssimo equilibrar a dignidade da pessoa humana em face dessas novas possibilidades tecnológicas da área médica.

O progresso da ciência e da tecnologia com certeza é fonte de benefícios incalculáveis ao ser humano. Todavia, é preciso sopezar que são incontáveis os malefícios ocasionados em razão do mau uso da própria evolução tecnológica. Um aspecto relevante a ser considerado está relacionado ao acesso, que deveria ser universal e democrático, dos resultados da pesquisa científica.

Ocorre que sabidamente, esse acesso não se torna disponível a todos, vez que uma inovação tecnológica possui um alto custo agregado. Ademais, mesmo que o avanço obtido fosse custeado pelo Estado nos causaria certo estranhamento, em razão das próprias modificações que em si mesmas. As modificações do avanço tecnológico da área médica causam inquietação em relação não só aos meios, mas aos fins almejados por esse melhoramento que a tecnologia pode proporcionar.

Esta busca incessante por novas tecnologias na área médica nos faz ver a possibilidade de alterarmos a nós mesmos, ou seja, de nos tornarmos melhores geneticamente. Esse melhoramento é chamado modernamente de eugenia.

A eugenia, nosso principal enfoque, é a ciência que se aprofunda nos estudos das condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana. Esse termo técnico foi criado em 1883 por Francis Galton e significa “bem nascido”. Cowan afirma que Galton acreditava que o ser humano era marcado pelo determinismo biológico, ou seja, os indivíduos já nasciam prontos e seriam brilhantes ou estúpidos, geniais ou medíocres, saudáveis ou doentes, tendo em vista sua constituição física e orgânica. Na época, Galton definiu este

termo como sendo o estudo de genes que podem aprimorar ou arruinar as qualidades de um ser humano, seja de forma física ou mental.

A eugenia é conhecida como método a ser utilizado para inibir o nascimento de crianças com deformidades físicas ou mentais. Seria, em suma, a possibilidade de seleção natural da espécie humana de forma assistida, podendo atuar também como uma possível solução para doenças genéticas. (GALTON apud COWAN, 1977)

Assim, estruturada nas leis da genética, a eugenia objetiva produzir uma seleção nas coletividades humanas, ou seja, o aperfeiçoamento da espécie humana por intermédio de uma seleção genética.

A questão que exsurge desta situação é: até que ponto se admite interferir em melhorias de determinada espécie através da seleção artificial, como proposto por Francis Galton, sem infringir os direitos humanos e as normas éticas que protegem a vida? A priorização de interesses de necessidades e interesses do homem, deve ser vista com reservas e cautela, pois essas intervenções não tem gerado somente atuações benéficas, mas sim, é possível se observar que existem projetos autoritários de eugenia positiva, que contrariam direitos de liberdade e consentimento individual, desrespeitando a noção de dignidade humana.

Existe um tênuo limite entre eugenia, ciência e ética. Podemos citar como exemplos para explicar essa afirmação, a terapia gênica somática, a qual trata o DNA a partir da substituição do gene deficiente, e em outro aspecto a terapia gênica germinal, que por introdução de um novo gene nas células germinais (óvulos e espermatozoides), cria novo caráter hereditário, provocando a modificação do indivíduo e de sua descendência. Esta última tem como função a erradicação de qualquer má-formação congênita, melhorando assim, em tese, a espécie humana.

O problema ético que se identifica nesta última situação é que, baseado nesta lógica de melhoria da espécie humana, poder-se-ia chegar a uma legitimação de esterilização de doentes mentais, criminosos, alcoólatras, pobres, entre outros, descartando-se deste modo, a possibilidade de procriação de indivíduos considerados inaptos aos padrões sociais de normalidade, ou seja, impedir a perpetuação de indivíduos que não se adequassem aos padrões considerados por normais socialmente, os quais devem ser entendidos como aqueles que se referem a seres capazes de corresponder a um ideal de atuação autônoma e de produtividade, adequando-se de forma aceitável no meio social em que vivem.

Por certo ocorreria a mitigaçāo da dignidade da pessoa humana, caso situações como essas fossem permitidas indistintamente. A dignidade corresponde a uma qualidade moral que

infunde respeito e consciência do próprio valor do ser humano. Seria, portanto, um valor intrínseco de todo ser humano e que deve ser necessariamente respeitado. São de Habermas as palavras que acrescem a este sentido, entendendo que esse valor intrínseco está diretamente situado no epicentro de uma ética da espécie humana e diretamente relacionado com igualdade de condições, inclinado, portanto, à universalidade. Por suas características é direito intangível, por se tratar de vida da espécie humana. Suas idéias são bioconservadoras por ele ser contra a eugenia positiva (aperfeiçoamento humano), comungando da idéia de que a biotecnociência deveria se restringir somente à esfera da eugenia negativa (terapia) (HABERNAS, 2010)

Toda essa situação demonstra a necessidade de se avaliar com cautela a utilização prática dessa ciência, observando-se normas jurídicas para que não ocorram violações de normas protetoras da dignidade humana. Atualmente é comum e relativamente simples, devido a evolução da ciência, a transmutação de genes com objetivo de melhoramentos das qualidades e princípios nutritivos de plantas bem como fortalecimento de características dos seres humano, o que deve ser realizado e analisado com as cautelas e reservas que a ética exige.

6. Os limites da biotecnologia em face da dignidade humana

Nos dias atuais a biotecnologia pode ser considerada uma das principais fontes de vulnerabilidade dos direitos fundamentais da pessoa, inclusive da própria vida, isto porque o desenvolvimento das técnicas biomédicas desvinculado da ética, deixa de ser um aliado positivo dos direitos humanos.

Isso justifica a preocupação de se elevar a juridicização do tema a nível constitucional, para que se reconheça precípua mente o respeito às pessoas, a beneficência, a justiça que representam os princípios fundamentais para a Bioética.

A dignidade, fundamento da proteção da vida humana, deve servir de base para a ordenação da segurança e garantia constitucional do ser humano, e é por essa razão que a dignidade é tratada de modo especial nas constituições do mundo, igualmente no Brasil.

Assim no campo da eugenética, que é a forma recente da eugenia, oriunda da junção da genética, biologia molecular e engenharia genética, também se faz importante se debater se a substituição dos genes maus pelos genes bons será capaz de conceber uma humanidade nova e melhorada, livre do peso do sofrimento, o que seria o eugenismo (GARCIA, 2005) ou se na busca desta perfeição estaríamos correndo grandes riscos de fazer perecer direitos de liberdades e da dignidade humana.

Percebe-se que as questões relativas a eugenia e desenvolvimento dos procedimentos da biotecnologia que permitam ou idealizem situações como as descritas neste trabalho, demandam sérias discussões e análises tendo por premissas básicas os direitos fundamentais envolvidos, tais como a proteção da vida, da liberdade, da dignidade humana e a colisão entre eles.

Questões de alta relevância devem ser consideradas e respondidas a contento sob a ótica de direitos fundamentais no contexto apresentado, entre elas: Qual o limite da proteção à vida em face da liberdade de interromper uma existência considerada não digna. Qual o alcance da dignidade humana? E o direito à liberdade? O valor da vida de um ser humano é maior ou mais importante do que de outro? Há classes de seres humanos? O que se pode considerar por normalidade para uma sociedade?

Observe-se que, a eugenia, relacionada à bioética, se enquadra dentre os “novos direitos”, estando na quarta dimensão deles; entretanto direito genético e eugenia são matérias ligadas à engenharia genética, dais quais o Brasil é relativamente carente de regulação; assim apesar de estar evoluindo rapidamente sob o ponto de vista científico, ainda não obteve uma satisfatória regulação legal, o que é preocupante, uma vez que esses procedimentos envolvem diretamente a vida humana, e por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Não sem razão se pode dizer que a biotecnologia pode ser considerada uma das principais fontes de vulnerabilidade dos direitos fundamentais da pessoa, inclusive da própria vida; a dignidade, fundamento elementar da proteção do ser humano, deve servir de alicerce estrutural para a ordenação da segurança e garantia constitucional dos direitos humanos; não é por outro motivo que a dignidade da pessoa humana é destaque especial nas constituições do mundo.

O progresso atualmente vivido nas áreas biológicas, com bioengenharia e biotecnologia demandam uma profunda análise valorativa para regular os efeitos que a biotecnologia pode gerar sobre a sociedade. Questões como clonagem, tráfico de embriões, inseminação artificial entre outras já propostas acima, demandam um Biodireito e de uma biopolítica internacional exemplares, que venham a privilegiar os preceitos fundamentais de direitos humanos.

Com o desenvolvimento da medicina, hoje é possível a interferência em processos de fecundação e desenvolvimento do feto, chegando-se mesmo à escolha de suas características físicas como: sexo, cor dos olhos, capacidade cognitiva etc.

A biotecnologia tem evoluído em experimentos com mutação genética de plantas e animais. Nesta evolução da ciência o foco preocupante do ponto de vista da dignidade humana é se determinar até que ponto as ciências médicas estariam de acordo com os princípios morais e éticos vigentes na Constituição Federal e nas leis ordinárias de nosso ordenamento positivado.

É função dos juristas manter a atenção quanto a estes procedimentos, devendo sugerir quais os instrumentos legais serão as ferramentas do Estado em prol da proteção da dignidade humana de um cidadão, de maneira que a ciência e a sociedade respeitem as normas éticas, a partir de uma definição hierárquica dos bens jurídicos que devem ser considerados mais importantes, quais sejam: aqueles ligados à sobrevivência da espécie humana, como a vida, a liberdade, a igualdade e principalmente a dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer, portanto, que a evolução da sociedade deve ser perseguida pelo direito com a finalidade de regular as condutas e estabelecer limites à ciência em benefício dos cidadãos, evitando-se que, em nome de uma “melhoria de espécie”, sejam adotadas técnicas que mitiguem a dignidade humana.

Quando se estuda os valores de uma sociedade, se constata que eles não são perpétuos e nem imutáveis, eles variam no tempo e no espaço, levando-se em consideração as condições econômicas, culturais, tecnológicas e comportamentais. Existe, portanto, no momento atual, onde a ciência vem se desenvolvendo rapidamente, uma delicada relação entre a prática da eugenia e os direitos humanos e não se pode perder de vista que, muitas vezes o direito neste contexto, acaba sendo o próprio violador do direito à dignidade humana. As palavras de MAUS, bem definem essa situação:

(...)a intervenção militar visando os direitos humanos não pode evitar, enquanto militar, violar, simultaneamente, direitos humanos fundamentais à vida e à integridade corporal, sem poder buscar o consentimento dos indivíduos atingidos como titulares desses direitos; em outras palavras, os direitos humanos são transformados de direitos legítimos individuais subjetivos em finalidades objetivas do sistema (MAUS, 2010. p.36).

Neste diapasão, os valores de uma sociedade, em verdade são padrões abstratos, aos olhos dos quais deverão ser aferidos e orientados na vida todos os fenômenos dentro dos domínios da cultura que lhes dizem respeito, orientando escolhas e normas em prol do desenvolvimento da ciência, mas do respeito a direitos humanos arduamente conquistados.

Não é por outra razão que é importante se questionar até que ponto é relevante se melhorar determinada espécie através de seleção artificial, como se verifica na proposta de Francis Galton, que era convicto de que a raça humana poderia ser melhorada evitando-se o que

ele denominava por “cruzamentos indesejáveis” (apud COWAN, 1977), sem que através deste tipo de atitude venhamos a infringir o direito à dignidade humana e normas éticas.

Aliada a natureza ética e humana, esse questionamento também possui respaldo no fato de que a revolução científica que é observada nas últimas décadas, encaminha seus experimentos de melhoria genética para fins comerciais, o que torna, no mínimo, duvidosa a intenção de tais experimentos, se eles mantém somente fins de lucro.

Transferir esse raciocínio para a melhora do ser humano, para resolver o que se denomina por “problemas humanos” é, no mínimo, questionável do ponto de vista ético e da dignidade humana. Qual a utilidade, por exemplo de se escolher o sexo do feto e características físicas do embrião, entre outras, como já vem sendo possível do ponto de vista científico, embora no Brasil isto ainda não seja permitido?

Como forma de contenção de abusos, Habermas defende ser necessária uma linha fronteiriça que separe a eugenia liberal de uma eugenia terapêutica. É fundamental se avaliar o poder e a ameaça da técnica da eugenia sobre o planeta e a humanidade, sendo imprescindível seja ela balizada pela ética a fim de preservar a integridade do homem e da natureza, contra os abusos de seu poder. (HABERMAS, 2010)

Assim e especificamente sobre a intervenção direta sobre a natureza humana, torna-se polêmico o debate sobre o que nela deve ou não deve ser alvo de instrumentalização e manipulação. Não se pode perder o foco de que a natureza do ser humano fundamenta a dignidade, liberdade e autonomia, bem como a autocompreensão ética enquanto seres de uma espécie.

Por tal razão ela não pode ser manipulada em todos os aspectos a fim de que não tornar o ser humano um “bem manipulável”. Trata-se de uma realidade científica que demanda análise profunda sobre os quesitos éticos e legais envolvidos não apenas nesta, mas também em outras questões que permeiam a discussão acerca da eugenia em termos de bioética, tendo-se em vista o respeito aos direitos à dignidade humana.

Nesse âmbito, é prioridade que venham a ciência e o direito se debruçar sobre a Bioética no exercício de qualquer atividade relacionada à vida humana; o direito deve estar atento a regular as práticas ligadas à eugenia e abarcado pela bioética, com fito de se evitar que, sob pretexto de melhoria da raça humana, venha a ocorrer uma verdadeira “seleção” nociva e preconceituosa deturpando um juízo relevante no que tange aos direitos fundamentais, pois trata-se aqui do respeito à vida e saúde, mas sobretudo do direito à dignidade humana, que jamais pode ser mitigado.

Longe se está de esgotar tão polêmico tema, mas por derradeiro, importante se destacar que não é a eugenia negativa (prevalece atuação no sentido em prevenir e curar doenças e má formações de origem genética) quem causa preocupação, não restando dúvidas quanto à nobilidade de sua utilização quando da pesquisa com células-tronco voltada para a cura de doenças debilitantes, para promover a cura. A única ressalva é a necessidade de leis que regulamentem essas pesquisas, efetivando legalmente o progresso da biomedicina como uma bênção para a saúde.

O que preocupa é a denominada eugenia positiva, pois seu objetivo é possibilitar melhoria objetiva das capacidades humanas nas várias ordens de categoria psicofísicas, aqui residindo a polêmica ética e legal. Como ela possui o ânimo em alterar a natureza humana, surge a necessidade de interferência direta do direito, para que não sejam ultrapassados os limites traçados pelos preceitos constitucionais, respeitando-se os direitos fundamentais da humanidade.

No Brasil, a dignidade da pessoa é direito e garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988, notadamente em seu artigo quinto, sendo possível se perceber já no contexto constitucional que legislador brasileiro demonstrou certo cuidado com os efeitos das manipulações de cunho genético.

Não se pode perder a essência do ser humano, sob argumento de evolução da ciência; esta deve ter limites. Se atualmente, por exemplo, as descobertas científicas na área da genética permitem previamente detectar doenças para tratá-las, o desafio para o direito nestes casos é regulamentar os testes de diagnósticos.

Por derradeiro, temos que o princípio da dignidade humana deve ser sempre fundamento da proteção do ser humano, consubstanciando-se no alicerce para a ordenação e juridicidade da bioética, pois somente assim se poderá assegurar a segurança e garantia constitucional para a vida e dignidade humana, que não sem razão são tratadas de modo especial nas constituições do mundo.

7. Conclusão

Os direitos humanos, consagrados em documentos internacionais, são dotados de normatividade, de imprescritibilidade, universalidade e outros; entretanto, há que se temer pela sua não efetividade.

Os novos direitos humanos oriundos da evolução tecnológica e social, representam um grande desafio ao enfrentamento das questões emergentes da globalização, tecnologia e evolução na área médica, demonstrando a necessidade da interdisciplinaridade para o direito e um reestudo da epistemologia jurídica.

Se por um ângulo é necessário se reconhecer os benefícios da ciência para a melhora das condições de saúde humana, por outro lado o legislador deve se debruçar sobre o tema, gerando normas eficientes para que tal evolução científica, seja aplicada de forma a respeitar a dignidade humana, não podendo operar como meio de exclusão e de “aperfeiçoamento” direcionado da espécie humana, o que representaria apenas progresso científico, mas retrocesso moral.

A evolução da ciência permite, através da eugenia negativa mitigar doenças; entretanto essa possibilidade de manipular a genética permite também à ciência a possibilidade da criação de espécies considerada melhores – eugenia positiva, com característica genética manipuladas.

Ponderar a imposição de limites para a ciência diante dos direitos fundamentais e da bioética, já que se interfere na melhora da espécie humana de forma artificial e um imperativo para se fixar uma linha limítrofe, a partir da qual se estará atingindo a dignidade da pessoa humana.

Não se pode, por óbvio considerar que qualquer pesquisa seja de pronto antiética, o que somente se averigua no modo ou no propósito para o qual ela será usada. Para ser considerada ética, portanto, não pode atentar contra a dignidade humana.

Quanto mais evolui o conhecimento científico, maior o risco de que ele comprometa a preservação da humanidade, caso não seja contido e regrado pelo ordenamento jurídico. Um progresso de biotecnologia sem freios e contrapesos jurídicos, pode colocar em risco o futuro da humanidade e do planeta, devido o mau uso da tecnologia.

Partindo destes pressupostos aqui apresentados, se verificou ser fundamental o comprometimento das Ciências Jurídicas perante as Ciências da Vida e da Saúde, competindo papel inarredável ao Direito de ser o responsável por todo esse sistema de organização e regulação, em busca de um regramento social que traga a paz e assegure a preservação dos direitos fundamentais.

8. Referências bibliográficas

ALARCÓN, P. J. L. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Mérito, 2004.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/novasaquisicoes/2011-06/904548/sumario.pdf> acesso em 12 de nov. 2017/

BULOS, Uadi. Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

COWAN, R. S. 1977 '*Nature and nurture: the interplay of biology and politics in the work of Francis Galton*'. *Studies in History of Biology*, 2, pp. 137-42. Acesso em 07 de nov. 2017

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

DANTAS, I. Constituição e Biodireito – Religião e Ciência. Breve levantamento doutrinário. In: BERTOLDI, M. R.; SPOSATO, K. B. **Direitos Humanos: entre a utopia e a contemporaneidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 173 – 200.

DORNELLES, J. R. W. Sobre os Direitos Humanos, a cidadania e as práticas democráticas no contexto dos movimentos contra-hegemônicos. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 6 - junho de 2005.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos Direitos Humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARCIA, Kelly. Eugenia – **Ética e Direito.** 2005. <http://jus.com.br/forum/2215/eugenia-etica-e-direito/> Mattiazzo, Augusto. Dis acesso em 07 nov. 2017

HABERMAS, J. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** 2.ed. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.41-52

LAZARI, R. **Manual de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

OLIVÉ, L. Aplicando La bioética a las biotecnociencias. In: GARRAFA, et. al.(coord).

Bioéticas, Poderes e Injustiças: 10 anos depois. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012, cap. 13.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. P. 174/175. Editora Lumen Juris. RJ. 2010.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: 2017.

PALMA, Rodrigo Freitas. **O Direito Espartano**.

http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_02_03.pdf acesso em 12 de nov. 2017

PINERO, W.E.; SOARES, A. M. **Bioética e biodireito: uma introdução**. São Paulo: Loyola, 2002.

PLATÃO. **A República**. Hemus Livraria Editora Ltda,2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, M. E. G. T. **A bioética frente aos desafios da contemporaneidade**. In: BERTOLDI, M. R.; OLIVEIRA, K. C. S. (coord). **Direitos Fundamentais em Construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres de Britto**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 201 – 213

SPOSATO, K. B. A criança no Neoconstitucionalismo Brasileiro. In: BERTOLDI, M. R.; OLIVEIRA, K. C. S. (coord). **Direitos Fundamentais em Construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres de Britto**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 39 – 54.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2006.

A NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO A PARTIR DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Dennis Verbicaro

UFPA e CESUPA e Procuradoria do Estado do Pará

Lays Soares dos Santos Rodrigues

Universidade Federal do Pará

Resumo

O presente artigo, pelo método dedutivo e através pesquisa teórico-bibliográfica nacional e estrangeira, se propõe a analisar a evolução do pensamento jurídico, a partir da afirmação da dignidade da pessoa humana como o axioma fundamental de um Direito Privado mais solidário e menos individualista, buscando compreender o consumidor como a melhor definição de um novo conceito de sujeito de direito no contexto da contemporaneidade.

Palavras-Chave: Direito Privado Solidário, Dignidade da Pessoa Humana, Constituição. Sujeito de Direito, Consumidor.

Abstract/Resumen/Résumé

The present article, through the deductive method and through national and foreign theoretical-bibliographic research, proposes to analyze the evolution of the juridical thought, from the affirmation of the dignity of the human person as the fundamental axiom of a Private Law more solidary and less individualistic, seeking to understand the consumer as the best definition of a new concept of subject of law in the context of contemporaneity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Solidary Private Law, Dignity of human person, Constitution. Subject of Law, Consumer.

1. Introdução

A sociedade contemporânea tem sido palco de crescentes e intensas transformações, cujos efeitos se irradiam e refletem diretamente nos mais variados aspectos, ensejando uma remodelação dos institutos e concepções tradicionais que antes sustentavam e justificavam a ordem social.

Se, por um lado, as mudanças são algo inerente ao desenvolvimento da vida em sociedade, por outro há que se reconhecer que estas foram potencializadas nas últimas décadas principalmente em razão das duas grandes guerras mundiais, que suscitaram a reconfiguração do mundo como um todo, e, paralelo a isso, da globalização, que elevou o ritmo das transformações a um nível vertiginoso, instaurando uma verdadeira revolução não apenas tecnológica, mas social, econômica, política e cultural.

Na medida em que o mundo foi se modificando, o Direito, como ciência social que é, não ficou alheio a esse processo, demandando uma inadiável atualização para que pudesse acompanhar a velocidade dessa verdadeira metamorfose experimentada em todas as demais esferas.

Diante disso, especialmente a partir da segunda metade do século XX, o pensamento jurídico passou por inúmeras transformações, que impactaram profundamente na forma de se conceber o Direito, passando-se a questionar a própria subsistência dos arranjos jurídicos e institucionais até então dominantes, pautados na estrita legalidade, no dogmatismo, no individualismo jurídico, no excessivo patrimonialismo do direito privado e na rigidez dos conceitos a eles inerentes.

Com efeito, na medida em que a sociedade foi evoluindo, novas situações foram surgindo e acarretando a modificação na forma como se desenvolvem as relações entre os indivíduos. Aos poucos, tudo foi se tornando tão relativo e, ao mesmo tempo, tão singular, que se o pensamento jurídico permanecesse o mesmo seria simplesmente incapaz de responder à complexidade de uma nova e desafiante conflituosidade social. Toda a previsibilidade preconizada pela pura racionalidade foi se revelando insuficiente para regular a infinidade de novos acontecimentos e situações desencadeadas pelo novo panorama que se erigia.

Desse modo, a hermenêutica jurídica foi sendo transformada, abandonando-se gradualmente a supremacia da lei e dos Códigos para ceder lugar à força normativa da Constituição, o que motivou a releitura de todos os tradicionais conceitos e do próprio modo de

se conceber o ordenamento jurídico, cuja legitimidade passou a depender da sua conformidade com os preceitos constitucionais.

Assim, a Constituição deixa de ser concebida como mero repositório de promessas e passa a ter eficácia direta e imediata, e a dignidade da pessoa humana se torna o verdadeiro cerne axiológico do sistema, simbolizando essa nova etapa do pensamento jurídico.

Em meio a tantas mudanças, há um elemento crucial que por vezes tem sido negligenciado quando se procede a uma análise do novo cenário jurídico. De fato, muito se fala acerca das mudanças ocorridas nos aspectos estruturais e formais do Direito, mas pouco se reflete sobre o sujeito de direito que se firma nesse cenário.

Partindo do pressuposto de que o sujeito de direito representa peça estratégica na ordem jurídica, constituindo, pois, sua verdadeira razão de ser, surge uma inquietude que pode ser traduzida nas seguintes indagações: Quem é o sujeito de direito do novo panorama que se edifica? Quem é o destinatário das principais mudanças ocorridas no pensamento jurídico? Qual é a figura jurídica que melhor caracteriza a imagem de pessoa dos tempos atuais?

Em face dessas interrogações, com frequência esquecidas no debate jurídico, o problema que motiva o presente estudo consiste em analisar quem seria esse novo sujeito de direito, uma vez que se acredita que a nova roupagem almejada para o Direito somente alcançará sua completude se for dada a devida atenção a este elemento fulcral da sociedade.

Para os fins pretendidos no presente trabalho, o artigo será dividido em duas partes. Primeiramente, buscar-se-á apresentar uma breve trajetória do pensamento jurídico até a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como o atual eixo axiológico do Direito, para então, na segunda parte, completar a análise ora proposta através da compreensão acerca de quem seria esse novo sujeito de direito. Na condução deste estudo, a metodologia a ser utilizada é a dedutiva, alicerçada em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

2. Algumas considerações sobre a trajetória do pensamento jurídico até a consagração da Dignidade da Pessoa Humana como o atual eixo axiológico da ordem jurídica

Em um mundo essencialmente fluido, dinâmico e marcado pela globalização, a rigidez de alguns conceitos e institutos já não faz mais sentido. O cenário modificou-se em um ritmo inimaginável, as distâncias encurtaram e tudo parece ter sido relativizado. O novo horizonte instaurado com a globalização traz consigo a necessidade de que se proceda a uma releitura de

certas concepções que durante tanto tempo dominaram o pensamento jurídico, mas que hoje se revelam totalmente obsoletas e insuficientes para responder aos anseios da sociedade.

Em face de tantas mudanças, nada mais adequado – e necessário – do que tentar compreendê-las e, assim, possibilitar o avanço dos institutos e conceitos jurídicos para que estes possam, efetivamente, penetrar nas relações sociais, protegê-las e regulá-las, de forma consentânea com a realidade social.

As transformações trazidas pela intensa globalização deram ensejo a uma remodelação da sociedade como um todo, que requer a adoção de uma perspectiva que transcenda os habituais maniqueísmos e dogmas, que tanto limitam a evolução na proteção da pessoa humana enquanto tal.

Com efeito, hoje se vive aquilo que Maria Celina Bodin de Moraes (2003) denomina de “crise generalizada da razão prática”, corolário do intenso progresso científico e da transição para um outro panorama: o da chamada pós-modernidade, ou, como considera-se mais acertado, o da hipermodernidade, na esteira daquilo que Gilles Lipovetsky (2004) preconiza.

Para a sociedade atual, o termo “pós-modernidade” já parece inapropriado para descrever todas as inovações e peculiaridades verificadas no cotidiano. A intensa velocidade do fluxo informacional, a preocupação com o futuro, o consumo exacerbado, o poder das mídias sociais: todas essas são características indissociáveis do homem contemporâneo.

Segundo Lipovetsky (2004, p. 25), um termo mais consentâneo para designar a realidade hodierna seria hipermodernidade. Como decorrência da terceira fase da modernidade, essa nova era é evidenciada por uma sociedade marcadamente fluida, líquida, e inevitavelmente paradoxal. Na sociedade hipermoderne, todas as mudanças trazidas pela pós-modernidade foram potencializadas, o que fez com que tudo adquirisse um novo sentido. Assim, todas aquelas transformações pós-modernas passam a conviver com outras perspectivas e valores, numa ótica paradoxal de valores invertidos, antagônicos e fluidos.

De todo modo, independente da denominação que se considere mais adequada para descrever o momento atual, trata-se de um panorama instaurado a partir do desencantamento com o mundo e com as promessas não cumpridas da modernidade.

A aludida crise da razão prática, característica desse novo cenário, é evidenciada por três circunstâncias. A primeira delas é a constatação da impossibilidade de dominar os efeitos da tecnologia. A segunda circunstância é o que pode ser designado como “explosão de ignorância”, que se manifesta através da constatação de que quanto mais se ampliam os horizontes do saber, crescem na mesma medida as sensações de desconhecimento e de

incapacidade de se alcançar todas as respostas, dando ensejo à formação de uma consciência geral acerca da própria ignorância. Uma terceira circunstância é representada pelo esfacelamento das instituições¹, que deixaram de representar referências coletivas importantes (MORAES, 2003, p. 60-63).

A confluência destas três circunstâncias gerou um quadro de incertezas, que refletiu, principalmente, nas tradicionais percepções, acarretando a sua reformulação. Esse novo paradigma, cuja inauguração foi desencadeada com os horrores que o mundo testemunhou durante as duas grandes guerras mundiais e com a desilusão ocasionada pelas promessas não cumpridas da modernidade, surgiu como uma reação em face da constatação acerca da inaptidão da pura racionalidade, preconizada como um dos ideais da era moderna, e da legalidade em sentido estrito para acompanhar as mudanças da vida social e garantir a efetiva proteção dos indivíduos.

Nesse sentido, Dennis Verbicaro (2017, p. 11) defende o ideal de solidariedade como justificativa para essa transição de paradigmas, quando afirma:

A ideia de solidariedade aqui apresentada redimensiona a importância não só da participação político-deliberativa, mas também desperta uma nova consciência gregária na sociedade, pois se antes se reconhecia como heterogênea, complexa e desigual na manifestação de vontade de seus indivíduos, cujos desejos seriam aparentemente antagônicos, agora, se autorreconhece como heterogênea, complexa, mas garantidora de um pluralismo jurídico, que produz as mesmas capacidades de falar a todos os indivíduos e que terão seu discurso valorizado pela sociedade e, principalmente, pelo próprio Estado, que perdeu a exclusividade na elaboração do Direito e na solução dos grandes desafios da humanidade.

Os novos arranjos institucionais e valorativos que começaram a se impor determinaram a revisão da própria divisão entre Direito Público e Direito Privado, típica da era

¹ Sobre o fim da sociedade estamental, Zygmunt Bauman assevera: “A antiga modernidade ‘desacomodava’ a fim de ‘reacomodar’. Enquanto a desacomodação era o destino socialmente sancionado, a reacomodação era tarefaposta diante dos indivíduos. Uma vez rompidas as rígidas molduras dos estamentos, a tarefa de ‘auto-identificação’posta diante de homens e mulheres do princípio da era moderna se resumia ao desafio de viver ‘de acordo’ (não ficar atrás dos outros), de conformar-se ativamente aos emergentes tipos sociais de classe e modelos de conduta, de imitar, seguir o padrão, ‘aculturar-se’, não sair da linha nem se desviar da norma. Os ‘estamentos’ enquanto lugares a que se pertencia por hereditariedade vieram a ser substituídos pelas ‘classes’ como objetivo de pertencimento fabricado. Enquanto os estamentos eram uma questão de atribuição, o pertencimento às classes era em grande medida uma realização; diferentemente dos estamentos, o pertencimento às classes devia ser buscado, e continuamente renovado, reconfirmado e testado na conduta diária.

Retrospectivamente, pode-se dizer que a divisão em classes (ou em gêneros) foi um resultado secundário do acesso desigual aos recursos necessários para tornar a auto-afirmação eficaz. As classes diferiam na gama de identidades disponíveis e na facilidade de escolher entre elas e adotá-las. As pessoas com menos recursos e, portanto, com menos escolha, tinham que compensar suas fraquezas individuais pela ‘força do número’ — cerrando fileiras e partindo para a ação coletiva. Como assinalou Claus Offe, a ação coletiva, orientada pela classe, era tão natural e corriqueira para os que estavam nos níveis mais baixos da escala social quanto a perseguição individual de seus objetivos de vida o era para seus patrões.” (BAUMAN, 2001, p. 40).

moderna. Naquela fase, a rígida separação entre as duas esferas era manifestada pelas funções atribuídas aos Códigos e às Constituições: enquanto os Códigos, com a sua aspiração à perenidade e à completude, se destinavam a regular todos os aspectos da vida privada dos indivíduos, bem como das relações entre eles travadas, as Constituições eram utilizadas, tão-somente, para orientar a organização e o funcionamento do Estado.

Foi com base nessa lógica que, durante muito tempo, mormente na vigência do Estado Liberal, houve a predominância dos Códigos em detrimento das próprias Constituições. Enquanto os Códigos refletiam os valores mais caros à burguesia, tendo como pilares fundamentais a proteção da propriedade e a liberdade contratual, as Constituições eram vistas como algo distante, principalmente em razão da sua reduzida eficácia jurídica, decorrente da escassez de instrumentos de jurisdição constitucional que permitissem sua efetivação. Tudo isso reforçava a primazia conferida, naquele período, ao privado em detrimento do público (SARMENTO, 2005).

No que tange à clássica dicotomia entre público e privado, tão arraigada no pensamento jurídico, político e social brasileiro, é importante perceber que as fronteiras entre o público e o privado são extremamente móveis e instáveis. Assim, embora o pensamento tradicional e ortodoxo costume associar a esfera pública aos interesses gerais da coletividade e o âmbito privado como algo não concernente à sociedade em geral, mas sim a cada um enquanto indivíduo, o fato é que essa rígida separação entre público e privado nunca correspondeu à realidade brasileira, que se caracteriza mais pela confusão entre o público e privado do que por uma separação rigorosa entre estas esferas (SARMENTO, 2005).

Entretanto, apesar da inconsistência desta lógica com o contexto brasileiro, esta foi forçosamente difundida e utilizada, inúmeras vezes, para encobrir e até mesmo legitimar relações arbitrárias, de autoridade e poder, desenvolvidas no âmbito da convivência privada, como, por exemplo, a família.

A partir de uma visão crítica acerca desse panorama, em que há uma manifesta imprecisão entre o público e privado, Zygmunt Bauman (2001, p. 49) observa que:

Não é mais verdade que o “público” tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas.

[...]

Para o indivíduo, o espaço público não é muito mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas. Os indivíduos retornam

de suas excursões diárias ao espaço “público” reforçados em sua individualidade *de jure* e tranqüilizados de que o modo solitário como levam sua vida é o mesmo de todos os outros “indivíduos como eles”, enquanto — também como eles — dão seus próprios tropeços e sofrem suas (talvez transitórias) derrotas no processo.

Conclui, portanto, que:

[...] o espaço público está cada vez mais vazio de questões públicas. Ele deixa de desempenhar sua antiga função de lugar de encontro e diálogo sobre problemas privados e questões públicas. Na ponta da corda que sofre as pressões individualizantes, os indivíduos estão sendo, gradual mas consistentemente, despidos da armadura protetora da cidadania e expropriados de suas capacidades e interesses de cidadãos. Nessas circunstâncias, a perspectiva de que o indivíduo de jure venha a se tornar algum dia indivíduo de facto (aquele que controla os recursos indispensáveis à genuína autodeterminação) parece cada vez mais remota. (BAUMAN, 2001, p. 49)

De fato, uma das principais consequências desse novo cenário de reestruturação do poder foi o estabelecimento de um estado de patente individualismo, que foi se instalando na medida em que o espaço privado foi penetrando na esfera pública. Esse é, por assim dizer, o lado obscuro da ampliação do universo privado. O homem vai aos poucos abandonando a sua condição de cidadão para assumir a de indivíduo, preocupando-se tão-somente com as suas questões pessoais e com a preservação da sua liberdade para geri-las, esperando do Estado a garantia de que poderá realizar seus intentos sem interferências externas.

O excessivo individualismo se manifestou no plano jurídico através do fenômeno da codificação², que trouxe a fragmentação do ordenamento jurídico como um verdadeiro instrumento para a sustentação desse cenário onde tudo o que mais importava era a autonomia individual. O arquétipo da codificação estava intimamente relacionado ao pensamento liberal, traduzido na primazia do “ter” sobre o “ser”.

O modelo de codificação do Estado Liberal precisava se sustentar, portanto, na rígida separação entre o Direito Público e o Privado, sendo que a prioridade axiológica recaía, por óbvio, sobre o aspecto privado. Nesse contexto, o Código Civil funcionava como uma espécie de “Constituição” das relações privadas, regulando pormenorizadamente todas as condutas humanas consideradas juridicamente relevantes (SARMENTO, 2004, p. 92).

² Sobre o movimento de codificação, Daniel Sarmento (2004, p. 89) ensina que: “O movimento de codificação, que se desenvolveu na Europa ao longo do século XIX, a partir da experiência precursora do Código de Napoleão de 1804, representou, na época, o coroamento dos ideais racionalizadores do Iluminismo, que buscava assentar o direito sobre bases seguras e unitárias. A consagração política do princípio da igualdade, com a abolição dos privilégios estamentais, exigia a existência de um direito único para todas as pessoas, que deveria primar pela generalidade e abstração, e regular, de modo completo e exaustivo, as relações sociais.”.

Apesar da histórica prevalência desta divisão entre público e privado, a identificação acerca da insuficiência – e, por que não dizer, da arbitrariedade – desse rígido e artificial critério, constitui um aspecto crucial para a nova roupagem propugnada para o Direito, a partir do reconhecimento de que as dimensões da vida humana, tanto a pública quanto a privada, são indissociáveis e elementares para a plena realização do valor da dignidade da pessoa humana. Compartimentar o ordenamento jurídico em duas esferas rígidas e distintas acarreta não apenas um retrocesso nos níveis de proteção dos indivíduos como também, em última análise, evidencia um desrespeito à própria natureza da noção de dignidade da pessoa humana, que visa conferir unidade valorativa e sistemática à ordem jurídica, e não sua desintegração.

Destarte, tornou-se necessário abandonar a natureza puramente formalista do Direito para tentar se alcançar alternativas mais eficazes, capazes de garantir o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana. Aceitar que se trata de um múnus incondicional implica em reconhecer que é a dignidade da pessoa humana que passa a conformar todo o ordenamento jurídico, trazendo consigo uma série de princípios nucleares, consubstanciados em valores, que têm o poder de afastar a incidência de normas jurídicas que se revelem arbitrárias ou injustas. Assim, na medida em que a lógica da legalidade estrita expressou toda a sua fragilidade e falibilidade, principalmente durante as duas guerras mundiais – em que a lei “legitimou” atrocidades, servindo como fundamento para a prática de tanta destruição e morte –, percebeu-se que era necessário ir além, alicerçando-se em um núcleo mínimo de valores fundamentais, que nenhum interesse ou poder fosse capaz de sobrepujar.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana se converte no eixo axiológico do Direito, sendo a principal razão para a renovação dos seus institutos e preceitos. A consciência acerca da centralização da dignidade da pessoa humana conduz à constitucionalização do Direito Privado, que importa na reconstrução do Direito Privado à luz dos preceitos constitucionais.

Esse fenômeno, verificado no ordenamento jurídico brasileiro especialmente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, consiste na imposição de uma releitura das normas e institutos de Direito Privado segundo a lógica da axiologia constitucional. Isso envolve não apenas a redefinição dos institutos de Direito Privado, mas também o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (SARMENTO, 2005).

O reconhecimento da força normativa da Constituição³ possibilitou a concepção do ordenamento jurídico como uma unidade, sendo a Constituição o verdadeiro elo que unifica a legislação infraconstitucional e que funciona como uma espécie de filtro legitimante, fazendo com que a validade de todos os demais diplomas legais dependa da sua harmonia com o texto constitucional.

Houve, então, uma alteração substancial na exegese da norma jurídica. A lei deixou de ser vista como a principal fonte do Direito e passou a ser subordinada à Constituição, tendo validade apenas se em conformidade com a Constituição e adequada aos direitos fundamentais. A nova exegese que operacionaliza o desenvolvimento da constitucionalização do Direito Privado é orientada pela preponderância conferida aos princípios, com a valorização do seu efeito irradiante e maior flexibilidade, que possibilitam sua penetração no Direito Privado, permitindo o remodelamento dos seus institutos tradicionais.

Foi assim que, com o desenvolvimento do Direito durante o século XX, todo o projeto moderno de regulação – bem como a rígida divisão, a ele inerente, entre a esfera pública e a privada – foi posto em xeque. As incertezas, hesitações e desilusões advindas desse panorama acarretaram uma crise, manifestada, em um primeiro momento, pelo avanço do espaço público no Direito Privado, e, em um segundo momento, pela globalização e pela perda do poder dos Estados nacionais e a reafirmação do mercado como o novo espaço hegemônico de regulação social (TEDESCHI, 2001). Em face dessas transformações, surge a necessidade de se examinar quem é o novo sujeito de direito que emerge nesse cenário. É o que será visto no próximo tópico.

³ Como um ponto de equilíbrio entre o normativismo Kelseniano, que no plano constitucional isola a Constituição da realidade social, e o sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional, surge o pensamento de Hesse com sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”. Para Hesse, a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados de maneira isolada. A realidade social influencia a Constituição, até porque quem a aplica é um ser humano que vive dentro de uma comunidade e partilha dos seus valores e tradições. Mas a Constituição tem uma pretensão de eficácia, pois almeja ordenar o fato social e influir sobre ele, não se contentando em ser um mero espelho das relações de poder.

O fator primordial para a força normativa da Constituição, no pensamento de Hesse, é o que ele chamou de “vontade de Constituição”, que significa o anseio de realização concreta da Constituição, isto é, a efetiva mobilização da sociedade neste sentido. Nesse sentido, quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade social poderá lhe impor. Mas os limites sempre existirão, e será preciso respeitá-los. (SARMENTO, 2004, p. 75-76).

3. Examinando a identidade do novo sujeito de direito do panorama global: o consumidor, enquanto peça fundamental para a atual roupagem humanitária do direito

A distribuição do poder, até então concentrada no aparato estatal, passa por uma reconfiguração e se difunde entre os mais variados setores privados, levando a uma relativização da própria noção de soberania estatal. Desenvolve-se, assim, um espaço paralelo de soberania, ocupado pelos grandes agentes econômicos, cujo poder, muitas vezes, supera o estatal.

Há que se falar, portanto, não apenas de uma globalização em termos gerais, mas, especificamente, de uma globalização da economia, cujos principais efeitos no campo jurídico podem ser resumidos em duas constatações: o enfraquecimento do papel do Estado concomitante ao fortalecimento e à expansão do espaço do mercado.

Nesse cenário, os agentes econômicos vão criando uma espécie de direito comum – a *Lex Mercatoria* –, impulsionado pela racionalidade própria do mercado e que, formal ou informalmente, vai se impondo aos Estados. Consequentemente, a ideia do monopólio do Direito pelo Estado é aos poucos mitigada, na medida em que o ordenamento jurídico vai se transformando em uma ordem policêntrica, permeada por normas instituídas não somente pelo Estado, mas também por atores privados e entidades supranacionais (SARMENTO, 2004, p. 47)

Diante dessa nova conjuntura que se edifica, surge a necessidade de se repensar a própria noção de sujeito de direito, cuja concepção representa a pedra angular de todo e qualquer ordenamento jurídico. Segundo as lições de Sébastien Tedeschi (2001, p. 171-172), quando se coloca em questão a noção do sujeito, se está movendo uma peça que sustenta toda a estrutura do sistema jurídico moderno, ensejando a reformulação do discurso jurídico como um todo, o que inclui todas as categorias nele inseridas.

Partindo desse entendimento, e com vistas a proceder a uma releitura do pensamento jurídico à luz do axioma da dignidade da pessoa humana, é preciso refletir mais detidamente sobre a ideia do sujeito de direito que permeia o pensamento jurídico da atualidade, para que se possa, assim, ressignificar o próprio Direito. Com efeito, a noção de sujeito de direito preconizada pelo ordenamento jurídico traduz a imagem do indivíduo em cada etapa da evolução do Direito, refletindo seus anseios e norteando a atuação estatal.

Em outras palavras, a partir da forma como o ordenamento jurídico concebe o sujeito de direito é que as diretrizes da atuação estatal serão formuladas, influenciando desde a criação dos institutos até a forma pela qual estes são interpretados. Em contrapartida, justamente por se estar diante de uma peça fundante do sistema jurídico, a adoção de uma concepção errônea ou defasada acerca do sujeito de direito leva à inaptidão do ordenamento jurídico em assegurar a plena realização da dignidade da pessoa humana.

Considerando a relevância do sujeito de direito, a noção a ele correlata deve não somente ocupar o epicentro do ordenamento jurídico, como, acima de tudo, refletir fielmente as características e expectativas dos indivíduos, para que o Direito possa realizar plenamente o seu desígnio de servir como instrumento para a realização da pessoa humana. Isso tudo vai ao encontro do princípio da dignidade, que pressupõe a primazia da pessoa humana sobre o Estado, com o reconhecimento de que este deve servir como um genuíno meio para a garantia e promoção dos direitos fundamentais da pessoa, que deve ser tratada como fim e razão de ser de toda e qualquer atividade estatal.

Superar o excessivo formalismo, reconhecer a força normativa da Constituição e conceber o princípio da dignidade da pessoa humana como o cerne do sistema jurídico: todos esses fatores constituem, certamente, etapas necessárias para o avanço na humanização do Direito e na máxima proteção da pessoa humana. Não obstante, é preciso ir além. Ressignificar o papel do Direito, bem como dos seus institutos, sem antes – ou ao menos concomitantemente – ponderar sobre a imagem do sujeito de direito, implica em uma transformação superficial e incompleta do Direito.

Em face dessas reflexões, questiona-se então: quem seria esse novo sujeito de direito? Qual seria a definição jurídica que melhor o caracteriza?

Acredita-se que a melhor roupagem para esse novo sujeito de direito dos dias de hoje seja o consumidor, importante ator no contexto de relações privadas globalizadas, sobretudo pela inegável ascensão do consumo como força motriz da vida econômica e social.

A expansão do consumo como fenômeno transnacional, a partir do desenvolvimento tecnológico dos meios de produção, avanço das transações comerciais eletrônicas, necessidades de consumo forjadas pelo assédio de consumo, relativização forçada da privacidade e da liberdade de escolha, sem contar a propagação de novos métodos comerciais coercitivos, exigiu a repaginação do direito privado tradicional, seja para romper com a lógica patrimonialista de direitos, seja para elastecer o conceito de subjetividade para muito além do caráter individual.

O Direito passou a ter uma feição mais humana, a partir do reconhecimento de grupos vulneráveis, como o consumidor.

Como uma decorrência quase que lógica da intensa globalização hoje vivenciada, verificou-se o desenvolvimento do consumo em um ritmo vertiginoso, cujo vigor deu ensejo ao surgimento deste novo ator no campo do Direito (TEDESCHI, 2001, p. 160), que, segundo o entendimento aqui esposado, é a figura que melhor retrata o sujeito de direito da era hipermoderna.

Com efeito, o consumo se tornou parte fundamental do cotidiano humano, sendo possível afirmar que hoje todos ostentam a qualidade de consumidor. O consumo se imiscuiu na rotina diária dos indivíduos, desde as necessidades mais básicas às mais supérfluas, passando todos a depender do consumo e o ato de consumir passa a representar um traço característico do ser humano, um atributo indissociável do sujeito.

A veracidade do que acaba de ser afirmado pode ser apurada a partir da resposta oferecida a uma simples – mas pertinente – indagação: Quem, nos dias de hoje, não exerce o papel de consumidor, nem que seja em um rápido momento do seu cotidiano? Em outros termos, existe alguém, no mundo globalizado em que vivemos, que possa exercer a opção de simplesmente não consumir?

A resposta só pode ser negativa. Não se pretende, com isso, menosprezar as demais classificações jurídicas, nem muito menos esvaziar-lhes o significado. Almeja-se, tão-somente, chamar a atenção para o fato de que a melhor moldura dessa nova feição humanitária do Direito seja a proteção normativa do consumidor, constituindo-se este como uma figura de feição transnacional, e cuja dignidade será assimilada como valor universal.

O consumidor passa a exercer um papel mais determinante do que nunca. Ser consumidor deixa de representar uma mera circunstância e se torna um novo papel sociológico, refletindo a imagem de pessoa em tempos de globalização econômica e cultural. Nesse contexto, o consumidor se sobreleva como o verdadeiro símbolo da globalização (MARQUES, 2013, p. 33-34).

Consequentemente, o Direito do Consumidor é hoje um dos temas de maior relevância e destaque do cotidiano global, em virtude do seu caráter não apenas nacional, mas acima de tudo universal, com normas jurídicas que retratam os interesses predominantes e o próprio panorama global e nacional.

Assim, muito embora cada ordenamento jurídico possua suas especificidades, a verdade é que todos têm algo em comum: a figura do consumidor e as inevitáveis questões

relacionadas ao exercício deste papel. Por conseguinte, por mais diferentes que sejam as soluções aventadas por cada ordenamento jurídico para as referidas questões, sempre haverá um ponto de confluência, vislumbrado na existência do papel de consumidor e a vulnerabilidade a ele inerente.⁴

Mas a proeminência desta figura jurídica vai muito além de expressar um simples ponto em comum entre os diversos sistemas jurídicos.⁵ Mais que isso, trata-se do retrato de um ator global, que transita entre essa miríade de ordens jurídicas de forma extremamente líquida, volátil e fugaz.

Com isso, pode-se afirmar que a globalização transformou a própria noção de ser consumidor. Na medida em que as distâncias se encurtaram e os contornos entre o que é nacional e o que é global ficaram cada vez mais indefinidos, aumentaram-se as possibilidades de consumir. Com efeito, se não há mais limites territoriais aptos a impedir o consumo – basta pensar na alternativa, cada vez mais utilizada, da realização de compras virtuais –, como chegar à outra conclusão senão a de que é o consumidor o novo sujeito de direito do século XXI?

Houve, portanto, a partir da globalização, uma modificação substancial na imagem da pessoa, que passou a ser espelhada na posição de consumidor, e não mais do trabalhador ou empresário, como o autêntico “protótipo de pessoa” da era contemporânea. Assim, a imagem do *homo faber*⁶ já não mais reproduz fielmente a identidade da pessoa típica dos tempos hipermodernos, podendo-se falar, hoje, na emergência de um novo protagonista do cenário global.

Segundo Cláudia Lima Marques (2013, p. 35), esse novo sujeito pode ser definido como o *homo oeconomicus et culturalis*, identificado como um consumidor pós-moderno, rápido e emocional, global e local, consciente da sua própria identidade cultural e de seus direitos, e ao mesmo tempo com um forte desejo de comunicação com as demais pessoas das outras partes do mundo e uma fascinação pelas suas novas liberdades econômicas.

⁴ Cumpre anotar, neste ponto, que o presente estudo parte do pressuposto de que a vulnerabilidade é um atributo intrínseco do consumidor, que independe do fato de o ordenamento jurídico em que ele esteja inserido a reconhecer como tal. Trata-se, de acordo com o entendimento ora adotado, de uma característica indissociável desta figura jurídica. Logo, acredita-se que ainda que em algum ordenamento jurídico não se reconheça de forma explícita essa qualidade, o simples fato de praticar o ato de consumir já suscita a presunção de vulnerabilidade daquele que o faz.

⁵ Entende-se que independente da forma como o Direito do Consumidor é regulamentado em cada ordenamento, ele deve se pautar em uma premissa básica: a de que o consumidor, enquanto agente econômico, jamais vai ter (e nem quer ter) a mesma expertise do empresário ou fornecedor, mas mesmo assim ele deve receber todas as informações e esclarecimentos como sinal de respeito e boa-fé, principalmente no mundo globalizado, em que o consumo se tornou uma verdadeira força motriz da sociedade (MARQUES, 2013, p. 32).

⁶ Famosa expressão utilizada por Hannah Arendt (2010) para designar o homem típico da era moderna, que se dedicava exclusivamente à produção.

A descoberta acerca da importância desta nova figura que se firma no cenário global traz consigo a possibilidade de se encontrarem novos caminhos para o diálogo entre a esfera pública e a privada, e, sob uma perspectiva mais ampla, para a construção de um novo espaço de cidadania, por meio da valorização do papel do consumidor nesse panorama que se erige e do incentivo à sua participação política e social através da sua atuação no mercado.

Em outras palavras, o reconhecimento do protagonismo do consumidor e da sua consagração como o sujeito de direito por excelência da atualidade traz uma nova alternativa para o exercício da própria cidadania, na medida em que o mercado passa a ser compreendido como um espaço de deliberação pública, que diz respeito a todos.

Nesse sentido, a necessidade de se publicizar as questões consumeristas surge como uma forma de denunciar a falta de proteção frente à vulnerabilidade das pessoas, sobretudo na esfera do mercado, o qual constitui, nos dias de hoje, um poder transnacional com grande influência sobre os Estados, um soberano privado difuso supranacional, que enxerga o Estado como um perigoso obstáculo para suas transações. É importante atentar para o fato de que as demandas consumeristas são demandas que ocorrem no espaço público, mas afetam o Direito Privado na medida em que a relação que têm por objeto se desenvolve no mercado, fora do âmbito estatal. Considerando isso, se torna muito difícil pensar no mercado como um espaço exclusivamente privado, o que denota a sua relevância para a atual conjuntura. (TEDESCHI, 2001, p. 176).

A partir do momento em que se enxergam as transformações – sejam as já ocorridas, sejam as que ainda estão por vir – à luz desse ponto de vista, acredita-se que a releitura do pensamento jurídico encontra a diretriz mais adequada a ser seguida, e, acima de tudo, mais consentânea com a realidade. A maior correspondência possível entre a nova roupagem propugnada para o Direito e a realidade é um requisito básico para que se possa falar em uma evolução substancial, apta a gerar efeitos concretos e favoráveis à almejada plenitude da proteção da pessoa humana, devendo-se, para tanto, perceber e valorizar todo o potencial dos direitos do consumidor para esse propósito.

Com isso, o potencial da atuação do consumidor surge como uma nova perspectiva para o aprimoramento da cidadania e, em última análise, para a proteção à pessoa humana. Deve-se ter em mente que a participação mais ou menos ativa do cidadão enquanto consumidor nas questões que lhe digam respeito interfere, fatalmente, no nível da sua vulnerabilidade. Assim, não obstante a vulnerabilidade seja um aspecto intrínseco do consumidor enquanto tal,

conforme já fora dito, entende-se que a possibilidade de participação nas deliberações políticas tem o condão de mitigar essa deficiência.

Logo, em um mundo onde todos são consumidores, vulneráveis e submetidos ao intenso poder dos grandes agentes econômicos, atentar para a importância de se assegurar uma voz mais ativa a esse sujeito de direito, com vistas à sua realização e à atenuação do seu estado de patente vulnerabilidade, implica em seguir um novo caminho – singular, mas possivelmente mais frutífero –, para a plena realização da pessoa humana.

Portanto, se o que aproxima os indivíduos, independentemente de onde estejam localizados, é o exercício dessa condição, respeitá-la e valorizá-la passa a representar uma nova forma de conceber a situação sob a ótica de que todo e qualquer progresso no tratamento jurídico que é conferido ao consumidor produz efeitos positivos no desenvolvimento da proteção da pessoa humana em si, que, em um mundo global, inevitavelmente ostenta a qualidade de consumidor.

Logo, falar da pessoa humana do século XXI é falar de um consumidor. Essa correspondência, uma vez identificada, pode e deve ser utilizada em favor da melhor tutela possível da pessoa, alicerçada no postulado da dignidade da pessoa humana. Assim, o consumidor, no papel multifacetado que passa a exercer na sociedade global, deve, mais do que nunca, ser valorizado e ver reconhecida a sua aptidão deliberativa.

Considerando que atualmente a vulnerabilidade do consumidor vem alcançando níveis insólitos, é crucial perceber a participação do consumidor no cenário político, econômico e social como um instrumento propício à pretendida humanização do ordenamento jurídico, uma vez que, ao se fortalecer e proteger esse sujeito de direito, se estará, automaticamente, amparando a pessoa humana em si.

É preciso, portanto, que seja assegurada ao consumidor a possibilidade de se articular politicamente para ocupar os espaços políticos e interferir no processo de criação e aperfeiçoamento daquelas normas que vão melhor reconhecer sua vulnerabilidade e fornecer-lhe instrumentos protetivos em face dessa realidade.

Ante o exposto e considerando a inerente dinamicidade do mundo global e das relações de consumo que lhe são inerentes, apenas um arquétipo aberto e sensível a essa realidade, com a valorização do diálogo plural e constante, será capaz de atenuar a vulnerabilidade do consumidor, ao torná-lo consciente do seu poder de influenciar nas questões políticas que lhe digam respeito, e, assim, refletir positivamente na concretização do princípio da dignidade da

pessoa humana e, ainda, atender aos desafios de uma sociedade eminentemente plural e sujeita à massificação cultural.

4. Considerações finais

O presente trabalho dedicou-se ao estudo do novo panorama vivenciado pelo Direito, ínsito ao que se considera como a terceira etapa da modernidade: a denominada hipermodernidade, na esteira daquilo que preconiza Lipovetsky (2004). Diante de tantas mudanças vivenciadas no mundo, o Direito não poderia – e nem deveria – permanecer o mesmo.

Com efeito, todas as modificações ocorridas no âmbito social, cultural e econômico e, ainda, em escala global, refletiram diretamente na própria significação do Direito, ensejando uma releitura dos seus tradicionais institutos e a superação de certos dogmas que tanto limitam a evolução do pensamento jurídico.

A partir da breve análise, ora realizada, acerca da trajetória percorrida pelo pensamento jurídico nas últimas décadas, foi possível perceber que muitos fatores contribuíram para essa nova perspectiva jurídica, notadamente as duas grandes guerras mundiais, em que verdadeiras atrocidades foram cometidas sob a égide da lei, e evidenciaram a crise da racionalidade científica e do individualismo jurídico.

Esses dois fatores foram cruciais para evidenciar a falibilidade de um positivismo excludente em relação a grupos vulneráveis e marginalizados pelo Direito, bem como para sinalizar a premente necessidade de que medidas fossem adotadas para garantir a salvaguarda de um núcleo mínimo de valores fundamentais, de modo que nenhuma norma jurídica, interesse ou poder fosse capaz de sobrepujar.

Para tanto, tornou-se primordial abdicar da rigidez e intransigência de certas convicções e instituições jurídicas, substituindo-se o dogmatismo e o excessivo formalismo por uma ótica mais humanitária, voltada para os princípios, estes consubstanciados em valores, com o condão de afastar a incidência de normas jurídicas que se revelem arbitrárias ou injustas.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana foi convertida no eixo axiológico da nova roupagem propugnada para o Direito, trazendo consigo a reformulação da ordem jurídica e a consequente releitura dos seus tradicionais institutos, principalmente no âmbito do Direito Privado, em que o patrimônio e a autonomia da vontade perderam o protagonismo como referências de uma norma jurídica insuficiente e não menos excludente.

Diante de tais constatações, percebeu-se que o êxito na reestruturação da ordem jurídica à luz dessa nova percepção depende não apenas da releitura dos seus principais institutos e da

superação de concepções inconsistentes com tais desígnios, mas, principalmente, de se repensar a própria noção de sujeito de direito, sendo o consumidor a imagem que melhor representa essa nova subjetividade não apenas individual, mas coletiva e transnacional.

Destarte, uma vez verificada a íntima relação existente entre a proteção à dignidade da pessoa humana e a adequada concepção acerca da noção de sujeito de direito adotada, procurou-se analisar quem seria esse novo sujeito de direito e qual a definição jurídica que melhor o caracteriza.

E, considerando-se que uma das principais transformações trazidas pela globalização foi a elevação do consumo ao status de atributo indissociável do ser humano do século XXI, a conclusão não pôde ser outra a não ser de que é o consumidor a figura jurídica que melhor espelha a nova imagem de pessoa na atual era da hipermodernidade.

A partir dessa conclusão, almeja-se atentar para o fato de que o reconhecimento do protagonismo do consumidor no cenário global e a sua efetiva valorização abre margem para um novo espaço de cidadania, por intermédio do incentivo à participação política e social deste sujeito de direito através da sua atuação no mercado e do combate à sua vulnerabilidade.

5. Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. trad. Roberto Raposo. rev. Adriano Correia. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *Studium Generale* sobre o consumidor como *Homo Novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, jan./fev. 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.127-225.

MARTINS, Fernando. Os lugares do Direito do Consumidor na Pauta Humanitária: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (org.). *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.88-119.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El Waterloo del Código Civil Napoleónico. Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian (org.). *Desde Otra Mirada: Textos De Teoria Crítica Del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001.

VERBICARO, Dennis. *Consumo e cidadania*: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FAKE NEWS E AUTENTICIDADE DAS ELEIÇÕES BRASILEIRAS

Edilene Lobo

Professora Doutora da Universidade de Itaúna-MG

Pedro Henrique Costa e Moreira

Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo

O presente trabalho objetiva promover o debate sobre fake news e seu impacto na exteriorização da vontade popular, pilar do Estado Democrático, cujo referencial teórico não exime de responsabilidade quem ofereça veículos para tais manifestações, ainda que pela internet. Lançando mão da técnica de revisão bibliográfica, o artigo realça que o foco apenas na repressão dos usuários, sem igual responsabilidade das empresas que oferecem os serviços viabilizadores das redes sociais, é descolado da realidade mundial e pode incursionar pela liberdade de manifestação do pensamento, descambando para a censura. Por isso, sem resultados úteis, pode revelar alto custo de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: *Fake News, Eleições, Responsabilidade, Internet, Soberania popular.*

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to promote the debate on fake news and its impact in the manifestation of the will of the people (pillar of the democratic state) which theoretical reference doesn't exempt those who offer vehicles to such manifestations, even if in the internet. Using bibliographical revision, the article emphasizes that the sole focus on user repression, without equal liability to companies offering services comprising social networks, is detached from the global reality and may foray into freedom of speech, degenerating to censorship. That's why it can lead to high costs to fundamental rights without useful results.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: *Fake news; Elections; Liability; Internet; Popular sovereignty.*

1. Introdução

A noção de vida boa defendida por Dworkin (2011) passa pela necessidade de encontrar a autenticidade na condução da vida cotidiana. Isso implica, conforme assevera aquele autor, em um processo contínuo e uma tarefa que nunca está completa. Aplicando-se essa ideia na sociedade atual e no contexto em que se têm desenvolvido as eleições em todo mundo, a importância da autonomia ganha contornos ainda mais expressivos. Isso porque a ideia de democracia, tal qual posta na Constituição brasileira, se sustenta na possibilidade de escolha dos candidatos pelo eleitor. A escolha do eleito por parte do eleitor, deve, por força de um imperativo constitucional, ser livre.

Segundo Eneida Desiree Salgado (2015, p.30), a ideia de democracia assumida pela Constituição brasileira é ambiciosa, pois inclui a necessidade de autenticidade eleitoral. É, portanto, como se verá adiante, necessário que ao exercer o direito de escolher seu representante o eleitor deve estar consciente de que seu ato possui consequências para o sistema democrático e que por isso deve fazê-lo com total discernimento e conhecimento das propostas. Essa noção, aliada ao imperativo constitucional de liberdade de escolha de candidatos, impõe a necessidade de fiscalização e coerção a toda e qualquer forma de maquiagem que possibilite a subversão da vontade popular livre.

Para se determinar se o voto é exercido com o máximo de liberdade e autonomia, é preciso que se tracem alguns contornos objetivos, vez que por ser um direito altamente subjetivo, seu exercício, apesar de público, tem conteúdo secreto.

Dentre os requisitos que podem se aferidos está a veracidade das informações que chegam ao cidadão para que forme seu convencimento de que aquele candidato que será laureado com seu voto tenha, de fato, as propostas que apresenta ou se tudo aquilo que foi veiculado durante sua campanha possui correspondência com a realidade. Mais, em tempos de beligerância digital, é necessário ainda saber se as notícias veiculadas contra ou a favor dos candidatos são reais.

Exatamente nesse ponto é que se situam as *fake news* e o seu papel na formação, ou deformação, da vontade do eleitor e na materialização do voto. O potencial de alavancar ou arruinar uma candidatura é alto, principalmente se levarmos em consideração que no ano de 2018 o período permitido por lei para a realização da propaganda eleitoral se resume a quarenta e cinco dias. Tempo suficiente para apresentação de propostas e plataformas de governo, mas

escasso para combater as notícias falsas e recompor uma campanha que tenha sido alvo dessas malversações.

Durante as eleições presidenciais dos Estados Unidos da América foram grandes os rumores de participação da indústria de criação de notícias falsas e de impulsionamento de conteúdo na internet. Tais suspeitas demonstraram o potencial de influência dessas notícias. Há que se ressaltar que a utilização de maquiagem em notícias ou fatos para fins eleitorais não é novidade nas disputas políticas. A novidade está no potencial destrutivo que essas notícias apresentam e na facilidade de disseminação de seu conteúdo. A conformação dos meios de comunicação atualmente proporciona o acompanhamento em tempo real de acontecimentos que ocorrem em local antipodal, possibilitando ainda a participação de qualquer um que esteja de posse daquela informação ou transmissão por meio de curtidas ou compartilhamentos.

Some-se ainda, a dificuldade em deletar do mundo virtual qualquer informação ali tenha sido inserida. Por maior que sejam os esforços para se garantir um mínimo de segurança, a legislação sobre a retirada de dados ou o direito ao esquecimento ainda é claudicante.

Nessa esteira no final do mandado do ministro Gilmar Mendes como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, foi criado o Conselho Consultivo Sobre Internet e Eleições (BRASIL, 2017), composto, basicamente, com integrantes da Justiça Eleitoral, do Governo Federal, da Polícia Federal, do Ministério Público Federal, do Exército Brasileiro. Esse Conselho foi redesenhado pela Portaria nº 232, de 06 de março de 2018.

A justificativa para sua instalação veio por meio do quanto se apresentou como atribuições desse órgão pela referida portaria:

- a) desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da Internet nas eleições, em especial o risco das fake news e o uso de robôs na disseminação das informações;
- b) opinar sobre as matérias que lhe sejam submetidas pela Presidência do TSE;
- c) propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas.

Necessário frisar que por *fake news* não se entende apenas a notícia publicada e produzida dolosamente, com conteúdo falso, mas também aquela cujo conteúdo é verdadeiro, mas que não guarda correspondência com a atualidade. Assim, o aproveitamento de um fato que tenha verdadeiramente ocorrido no passado, mas que seja utilizado descolado da atualidade, como forma de confundir, pode ser considerado notícia falsa. No mesmo sentido, todas as informações produzidas com verossimilhança com a atualidade, mas que não guardam correspondência com a realidade podem ser enquadradas na categoria de *fake news*.

Objetiva-se, no desenvolvimento do trabalho, demonstrar a inadequação da proposta voltada apenas para a repressão dos usuários, sem atuar na fonte de difusão, ainda mais que com a possibilidade de restrição a direitos fundamentais.

2. Liberdade de Expressão e Fake News

Para que haja o pleno exercício da liberdade de formação, é necessário que haja a liberdade de informação. A produção de conhecimento seja ele científico, literário, jornalístico etc, deve ser livre. Não é possível coexistir a noção de democracia com censura.

A Constituição de 1988, destacou, com muita precisão os direitos de liberdade de expressão. Seja a liberdade de consciência e de crença, de livre exercício dos cultos religiosos, a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, todas foram contempladas pelo texto constitucional e elevadas à categoria de direitos fundamentais.

Especificamente a liberdade de expressão, pode ser compreendida conforme ensina Aline Osório (2015, p. 44), em três aspectos: a) liberdade de expressão stricto sensu; b) liberdade de informação e c) liberdade de imprensa. Independente de qual seja a categoria escolhida, é necessário ter em mente que o conteúdo do direito de liberdade é uma via de mão dupla na qual o sujeito tem o direito de transmitir e de receber as manifestações. Assim, se alguém tem o direito de expressar algum pensamento, essa mesma pessoa, ou outra que se coloque como receptor da mensagem, tem o direito de recebê-la.

De outra banda, assim como se tem o direito a produzir e acessar as manifestações, há também o dever de trata-las como a seriedade que o exercício de um direito fundamental comporta, vez que, por mais importante que seja um direito ele não é absoluto e, portanto, pode ser limitado conforme a situação.

As *fake news* atingem exatamente o componente da liberdade de expressão que consiste no esperado comprometimento para com a verdade dos fatos. Ao lançar mão de notícias falseadas, o produtor da informação abusa do seu direito de transmitir aquela manifestação e atinge a esfera do outro. Ao fazer isso em um contexto eleitoral, o dano extrapola a relação entre os particulares e alcança o espaço público já que interfere diretamente na escolha dos candidatos e com isso no exercício da soberania popular.

No sistema eleitoral brasileiro, o artigo 22 da Lei Complementar 64/90, cuida de regular o exercício do direito de liberdade de assegurando que aqueles que utilizem de forma

indevida daqueles meios sejam puníveis com a sanção máxima no campo eleitoral que é a inelegibilidade.

É fato que a discussão acerca das *fake news* ainda é incipiente no mundo, logo não é fenômeno brasileiro. A título de exemplo, recorre-se à última eleição realizada nos Estados Unidos que elegeu, sob fortes indícios de manipulação midiática, Donald Trump. Contudo, muito se disse até aqui do exercício do direito de liberdade de expressão dos usuários, aqueles que alimentam as plataformas com os dados, sejam eles verdadeiros ou não.

O ordenamento constitucional brasileiro, como já dito assegura a liberdade de expressão como direito fundamental. Da mesma forma é assegurado a livre iniciativa. Todavia, tais direitos, assim como todos os outros direitos, não são absolutos. Aplicam-se lhes restrições que servem para garantir segurança jurídica aos demais, por isso que, a título de exemplo, a liberdade de expressão pode ser limitada quando seu conteúdo é explicitamente discriminatório ou que se exija que empresas que desejem se estabelecer no país cumpram certos requisitos.

Orbitando na noção de liberdade de expressão, sua materialização mais palpável no período eleitoral talvez seja a propaganda política. Em qualquer de suas modalidades, propaganda partidária, intrapartidária ou eleitoral, é nessa seara que a expressão de pensamento ideológico do candidato ou do partido se faz mais contundente.

O Código Eleitoral, ao tratar da propaganda aponta em seu artigo 242 a vedação de emprego de meios publicitários que possam gerar “artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”. Exatamente o que se pretende com a publicação de *fake news*. Não é de difícil intuição que tais notícias existem a margem da legalidade, avançando muito além dos limites determinados pelas restrições. A artificialidade das *fake news*, em tempos de internet tem a potencialidade de criar estados mentais, emocionais ou passionais, muito mais agudos que aqueles verificados quando da ocorrência do caso Orson Welles.

O dispositivo citado vale-se ainda de outro importante conceito para delimitar a restrição aos direitos: opinião pública. A opinião pública é muito mais ampla que a opinião do eleitorado. Infere-se que do dispositivo que pretende-se resguardar a opinião daqueles que mesmo não sendo o público alvo imediato da propaganda política, são destinatários de seu conteúdo.

A garantia de autenticidade da opinião pública, como pretendido pela norma, alcança a autenticidade da formação do convencimento do eleitor para então escolher livremente seus candidatos. É imprescindível que a opinião pública, geral, se forme sem influência de elementos

contaminadores para que então a opinião eleitoral, específica se cristalize. A contaminação daquela, certamente refletirá nesta.

Por tais motivos que não se pode conceber uma discussão profunda do assunto, sem que se envolva as plataformas de disseminação do conteúdo e incorrer no equívoco de deixá-las à margem do debate. O papel desempenhado por elas vai muito além daquele de alojar a notícia. É necessário compreender que o essencial é a prevenção, não a punição, o que se faz com educação para a paz, com combate ao discurso de ódio e, essencialmente, a imposição de responsabilidade às plataformas na internet, que lucram, e muito, com a disseminação dessas falsidades.

Nesse ponto necessário recorrer à Lei 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet. Esse diploma legal “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil” e dispõe que liberdade de expressão como condição para exercício pleno da internet. Ora, se o conteúdo das mensagens produzidas é elemento essencial ao exercício dessa liberdade, não se pode negar que a publicação de conteúdos falsos e mentirosos afrontam o direito fundamental e por isso há inequivocamente a necessidade de combate-los.

As plataformas a que se refere neste trabalho são o Facebook, Twitter, Instagram e Snapchat, basicamente, porque a presença dessas redes na sociedade brasileira é largamente reconhecida e o uso amplamente disseminado. Ademais, necessário lembrar que enquanto empresa, o Facebook, detém, segundo pesquisa recente (RITCHER. 2018), quatro dos cinco maiores meios de comunicação social do mundo. Facebook (aqui compreendido como a rede social), Whatsapp, Messenger e Instagram.

Para se ter uma noção, em sua página o Facebook em 2016 informava ser acessado por 102 milhões de brasileiros (FACEBOOK, 2018). Já os dados mais atualizados do IBGE (2018) dão conta de que a população brasileira é de 209 milhões. Tendo por base tais dados, é de se concluir que quase metade da população brasileira acessa o Facebook, o que faz dessa plataforma um importante palanque para aqueles que sabem se valer de seus recursos.

No campo eleitoral o TSE (2016) dá conta de que o eleitorado na última eleição realizada em 2016 foi de 144 milhões de eleitores. Fato é que nem todos aqueles que estão inseridos no Facebook, são eleitores já que a idade mínima para se criar uma conta é de 13 anos, todavia, é impressionante imaginar que, aplicando-se uma lógica aritmética, os eleitores presentes no Facebook seriam cerca de 70 milhões ou 50% do eleitorado brasileiro.

Retomando o papel da internet nas eleições, a utilização de tecnologias é antiga e intrínseca ao exercício da política. Os meios digitais são uma ferramenta que desde seu

nascedouro auxiliam a prática da comunicação eleitoral. Carlos Neves Filho (2012, p.19), diz que a tecnologia acresceu novos métodos à propaganda política, quebrando fronteiras geográfico-temporais, mas mantendo os mesmos apelos emocionais de outrora.

Em sua época o rádio e a televisão, que ainda hoje são muito presentes nas campanhas eleitorais, impactaram de forma considerável na relação entre eleitor e candidato. O protagonismo das redes sociais causa *frisson* em razão de dois fatores principais: alto raio de abrangência e baixo custo de produção.

Em relação ao primeiro, em que pesa a presença hegemônica da televisão em 97,2% dos lares brasileiros, a internet consegue estar presente em 69,3% das casas. A esse fato, deve se somar a possibilidade de ela ser acessada pelo telefone celular, cujo alcance chega a aproximadamente 3/4 da população com 10 anos ou mais. Ou seja, o acesso à informação veiculada pela internet está, literalmente, na palma da mão (IBGE, 2018a). No tocante aos custos de produção, não é difícil inferir que o orçamento dos vídeos, mesmo os mais profissionais, quando feitos para a internet são bem menores que aqueles direcionados para a televisão.

A proposta do TSE de criar o Conselho Consultivo Sobre Internet chama atenção pois seus membros não desempenham funções pedagógicas, mas repressivas, oferecendo como objetivo essencial a criação de manual para orientar juízes eleitorais na tomada de decisões sobre remoção de conteúdo, além da elaboração de cartilhas educativas para conscientizar os eleitores sobre a disseminação de notícias falsas nas redes sociais.

Parece pouco, à vista do desafio de intervir num mundo tão vasto e desconhecido como é a internet. Tampouco parece se coadunar com o objetivo da criação da justiça eleitoral que seria “afastar a mentira eleitoral” (SALGADO, 2015, p. 35) da época imperial e promover o desenvolvimento de um processo eleitoral que, com a vigência da Constituição de 1988 deve, mais do que nunca servir de garantia do cidadão à implementação de direitos fundamentais. Nesse sentido mister consignar:

Em uma democracia representativa como a brasileira, o processo de escolha dos representantes do povo é essencial para a existência da própria sociedade política, de seus princípios, fundamentos, direitos e garantias; assim como a participação ativa dos cidadãos é imprescindível para alimentar o modelo democrático, em uma espécie de carga e retrocarga. É dela que nasce o vínculo entre os eleitos e os eleitores, conferindo legitimidade aos atos dos primeiros no exercício do mandato outorgado pelos segundos, em cumprimento ao dispositivo constitucional, paradigma do Estado Democrático de Direito, segundo o qual “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição) (LOBO, 2003, p.5).

Por tais razões é que ao se pensar criticamente a participação do cidadão no processo eleitoral, deve se ter em mente que a proteção e a promoção de direitos fundamentais deve ser a tônica da discussão. No atual contexto constitucional em que como bem lembrado “todo poder emana do povo” esse poder deve ser exercido de forma livre e consciente e caso haja o interesse do judiciário, por meio do Conselho Consultivo Sobre Internet, em controlar isso deve acontecer com a participação do povo.

Ainda a par de notícias extraídas do próprio TSE (2018), no seu portal eletrônico, buscou-se a experiência do FBI no combate às *fake news* naquele País (e a respectiva influência destas nas eleições), o que parece inútil, porque restou visível que as eleições americanas foram vencidas com apoio na manipulação de informações extraída de plataformas da internet e com base nas malsinadas *fake news*, sem que esse órgão policial fizesse algo de destaque na prevenção. Logo, não parece que haveria lições de inteligência investigativa e preventivas a se extrair daí!

Esses fragmentos sobre o assunto dão conta que o Conselho criado pelo TSE se direciona para o campo da repressão e da criminalização de cidadãos, pessoas comuns, reforçando conduta policial que poderá se apresentar ineficiente no seu propósito, eis que o foco deve ser a fonte, as plataformas mencionadas, que, se não são coniventes (como o recente do Facebook e a empresa Cambridge Analytica no conhecido escândalo americano e inglês), lucram absurdamente com a propagação de notícias de tal jaez.

Calha trazer a lição de Luiz Gustavo Gandanhatti Castanho de Carvalho (1999, p.302), que nos idos de 1999 já alertava para a necessidade de se pensar a internet, naquela época ainda engatinhando. Segundo ele “(...) serve a internet de veículo a todas as espécies de informação e o tratamento de cada uma delas deve ser feito de acordo com o conteúdo da mensagem(...)”. Contudo, ao contrário do que se disse naquele tempo, a internet hoje tem tratamento jurídico próprio, fazendo com que não apenas o conteúdo da mensagem, mas também o seu meio de disseminação, seja considerado.

Certo que candidatos e partidos que se beneficiarem de tais postagens falsas podem ser responsabilizados por abuso do poder econômico (sendo desnecessário que participem da conduta ilícita, apenas que delas se beneficiem) e fraude (se contribuírem com recursos para realização e geração de tais materiais). As penas, como se têm na legislação, são as mais variadas: prisão, multa, cassação de mandato e inelegibilidade.

No entanto, sobre políticas de restrição ao discurso de ódio, da misoginia, do racismo e da discriminação de minorias, aí sim, há uma longa e fatigante tarefa a cumprir. Isso, se se pretender tratar o assunto sob o processo histórico da longa duração, pela educação das pessoas. Não basta que se vigie e puna usuários. É preciso que as empresas sejam vigiadas, multadas e responsabilizadas civilmente, antes mesmo do cidadão que, infrator, não se exime da responsabilidade.

O combate às *fake news* encontra albergue não apenas na necessidade de trazer transparência às eleições, mas principalmente na prevalência de direitos fundamentais que cercam o pleito. O momento do voto é a exteriorização da vontade do eleitor cidadão e do cumprimento de um dever constitucional. O voto é, nas palavras de José Jairo Gomes (2016, p. 61), “um dos mais importantes instrumentos democráticos, pois enseja o exercício da soberania popular e do sufrágio (...) por ele concretiza-se o processo de manifestação da vontade popular”.

Essa manifestação, mais que qualquer outra dentro do Estado Democrático, deve ser livre e consciente. Isso significa que, ao se dirigir à urna, deve o eleitor estar munido de toda a informação possível sobre seus candidatos. Assim, divulgação de falsidades a fim de macular esse direito público merece combate eficaz, sem prejuízo para o direito de livre manifestação do pensamento.

Calha trazer a baila mais uma vez o apontamento preciso de Eneida Desiree Salgado agora sobre a autenticidade do voto aliada a ideia de democracia que até aqui se defendeu, qual seja a de participação ativa do cidadão enquanto destinatário final da Constituição.

(...) a autenticidade do voto não pode estar vinculada a um modelo de cidadão padrão que forme sua vontade eleitoral tendo por exclusivo fundamento o interesse público. Não que isso não seja desejável: ao contrário, o é, além de ser uma decorrência do ideal republicano. Isso não pode chegar a determinar, no entanto, a invalidade ou a ilegitimidade do voto baseado em preferências pessoais, sob pena de imposição de uma concepção perfeccionista ao indivíduo. Não se pode exigir do eleitor, uma decisão “racional em relação a fins”. Essa possibilidade de formação do voto – e, portanto, indiretamente de formação da vontade política a partir de concepções individuais – não elide contudo, a responsabilidade do membro da comunidade política pela decisão coletiva formada, ou, mediamente, pela formação dos órgãos representativos (SALGADO, 2015, p.39).

É de se ter em mente que as plataformas de internet são importantes membros da comunidade, ainda que se denominem como redes sociais, possuem como dito, personalidade jurídica que autoriza que assim sejam consideradas. Diante disso, é patente que devem ser responsáveis pela efetivação do ideal republicano e consequentemente na colaboração para a construção da vontade pública livre e desimpedida.

2.1 O problema da verdade

Como asseverado, o conceito de *fake news* comporta diversas interpretações. A discussão que se coloca gira em torno do problema do que seria a notícia verdadeira. É possível que um fato ou notícia guarde correspondência com a realidade, mas não guarde coerência.

Uma notícia que em determinado espaço de tempo tenha sido verdade, pode num tempo posterior não mais corresponder com os fatos narrados. Essa descontextualização pode ser interpretada como *fake news* se utilizada dolosamente fora do seu contexto original com o intuito de induzir o receptor ao erro.

Nesse sentido, é necessário que durante o período eleitoral, objeto específico do presente estudo é necessário que se certifique as informações guardem correspondência e coerência com seu conteúdo.

A desvelação da verdade é o grande dilema que se levanta nos dias atuais, uma vez que com o grande número de informações que aporta pelas mais variadas plataformas fica cada vez mais difícil estabelecer um protocolo de checagem da veracidade das informações. Todavia, no tocante ao exercício da democracia é preciso não descuidar para que a soberania popular não seja contaminada por falsidades.

'Truth' is to be understood as a system of ordered procedures for the production, regulation, distribution, circulation and operation of statements. 'Truth' is linked in a circular relation with systems of power which produce and sustain it, and to effects of power which it induces and which extend it. A 'régime' of truth.

O desafio que se apresenta diante do desafio posto pela proliferação das *fake news* não é apenas de estabelecer um juízo crítico sobre o conteúdo mas a necessidade de estabelecer a consciência coletiva de que é necessário estabelecer uma nova política de construção da informação.

Essa por sua vez, pautada no compromisso de todos em construir uma democracia verdadeiramente participativa, baseada no respeito às diferenças e nas escolhas individuais de cada um. Considerando sempre que por vezes, o mais importante não é a questão política que permeia o fato ou a ideologia que se advoga mas a veracidade daquilo que se dissemina.

3. Libertas Quae Sera Tamem

Dentro do ordenamento constitucional brasileiro, a liberdade, ladeada pela vida, igualdade, propriedade e segurança (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 489), serve de corolário aos direitos fundamentais ali previstos. O texto constitucional não resguarda apenas uma espécie de liberdade, mas antes, assegura que todo e qualquer tipo de liberdade, quando ameaçada, deve ser tutelada. Dessa forma, a liberdade de locomoção, de expressão, de religião, de orientação sexual e tantas outras, são abarcadas mesmo não tendo previsão expressa.

A liberdade de escolha, enquanto direito subjetivo, se realiza na possibilidade de se materializar por meio da negativa. Assim, somente se é livre para exercer o voto livre e consciente quando se pode escolher votar ou não votar em alguém. Isso somente é possível quando o convencimento é livre e, portanto, formado sem que haja coerção e que comporte a alternatividade de comportamento (CANOTILHO, p. 1.260). Daí se extrai outra grande característica da democracia plena, o pluralismo, pois não é possível haver alternatividade sem que haja um leque de possibilidades dentre as quais se possa eleger uma.

Historicamente, a alternatividade tem sido um privilégio de poucos. O voto censitário apesar de abolido em 1891 ainda hoje produz efeitos nefastos na manutenção de currais eleitorais. Currais esses que na era da internet foi se modificando e transformando-se na versão cosmopolita, as bolhas digitais. O que antes era determinado pela dependência econômica, hoje deu lugar aos algoritmos de seleção de conteúdo que impedem que opiniões divergentes possam penetrar na grossa casca digital.

Esse ambiente hermeticamente fechado das bolhas, propicia a proliferação das *fake news* já que a diversidade de opiniões e informações tem o papel fundamental de servir como contraponto. O modelo de freios e contrapesos, tão caro ao bom funcionamento do sistema constitucional democrático, encontra aqui sua aplicação no micro sistema das informações. Saber verificar a fonte de determinada informação e comparar seu conteúdo com aqueles provenientes de outras fontes é assegurar fidedignidade à informação e a possibilitar o bom uso.

É de se concluir que:

Si el mundo que vivimos há sido enmarcado de uma única manera, resulta inverosímil pensar en visiones alternativas. Los ciudadanos vivirán conforme esa visión, hasta que alguien se atreva, quizás, ponerla en cuestión. (...) La censura y el control de la información es la manifestación más rotunda de la lucha por evitar la existencia de marcos y relatos alternativos. (ARROYO, 2015, p. 122)

O caminho da formação da vontade eleitoral autônoma passa pela escolha livre de vícios e impedimentos. A alternatividade por sua vez implica no conhecimento profundo de, se não todas, ao menos o máximo das opções disponíveis.

Como consequência da garantia de pluralidade, a implementação da igualdade se concretiza. Isso porque, quanto maior a representatividade no momento da eleição, maior a chance de presença dos vários segmentos da sociedade. Lado outro, quanto mais pessoas estão admitidas a votar mais autêntico será o voto.

Nesse aspecto o direito ao voto, é elementar para a concretização da democracia. Sua inexistência evidencia que o controle de qualidade do regime apresenta alguma falha pois sem o voto a expressão popular fica subjugada a um substituto autocrático. Somente a expressão secreta e individual da vontade é que pode chancelar o exercício do poder estatal em um Estado realmente democrático.

Poliana Pereira dos Santos, relaciona a qualidade de informação que chega aos cidadãos com a qualidade democrática.

Um aumento da qualidade de informação poderia, portanto, afetar positivamente os indicadores de qualidade da democracia das dimensões procedimentais, sobremaneira os referentes à participação, que deverá ser qualificada e ao accountability vertical. Assim, a partir da informação o eleitor é capaz de atuar para premiar os mandatários por meio da reeleição ou puni-los, não os reelegendo. (SANTOS, p.55)

Acrescenta-se que a informação por parte do eleitorado, pode premiar não apenas o mandatário mas também o candidato que disputa sua primeira eleição. A qualidade da democracia também se revela na capacidade de renovação do quadro dos mandatários e não somente pela manutenção. A alternatividade é um elemento importante de oxigenação do poder público e essencial para a realização do Estado Democrático.

É de se dizer, portanto, que a realização da liberdade está atrelada a participação popular tanto no papel de eleitores quanto de candidatos. Essa participação deve ser efetiva, consciente e informada. A mácula pode pôr em risco sua autenticidade e até mesmo o próprio regime democrático.

4. Conclusão

Não se pretende nem de longe sugerir que se criem mecanismos de censura por parte das plataformas da internet ou análise prévia do conteúdo gerado, mas que se tenha consciência

da amplitude e da responsabilidade dessas plataformas na divulgação de conteúdo. Em que pese a previsão de não responsabilização por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros¹, o fato de haver a possibilidade de impulsionamento pago atrai a necessidade de avaliação do conteúdo que está sendo comercializado.

Ao contrário do que ocorre com muitos elementos do mundo virtual, como curtidas, visualizações, compartilhamentos e seguidores, que possuem valor monetário em alguns nichos, não se pode permitir que o voto e a vontade popular sejam precificados. Não se pode aceitar, em uma sociedade verdadeiramente democrática, a informação eleitoral seja tratada como um punhado de dados, formando um *big data* a ser compartilhado por grandes empresas de acordo com interesses comerciais.

É preciso ter em conta que na conformação atual, as redes sociais desempenham um papel de grande importância na vida cotidiana, seu potencial de influenciar a tomada de decisões não pode e nem deve ser desconsiderado. É possível, inclusive, que se aproveite esse raio de abrangência para que se estourem bolhas digitais e se promova a real inclusão, digital, social e democrática.

Restou comprovado pelo exemplo da eleição norte americana que as redes sociais são o principal foco de disseminação das *fake news* e que essas notícias falsas têm o poder de desequilibrar a balança democrática. Ignorar esse dado é se alhear da participação democrática legítima e permitir a atuação sem qualquer compromisso com os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Certo é que participação popular é essencial para a construção da democracia, contudo, deve ser livre e autêntica, sem contaminações promovidas por robôs ou por fontes sem confiabilidade cujo único objetivo é tumultuar o processo eleitoral.

Há que se considerar ainda, o outro extremo da participação ativa e consciente, qual seja, o alheamento eleitoral, tão pernicioso quanto a participação despreocupada, mas que não pode ser desconsiderado. Essa inércia democrática, que pode ser um sintoma de revolta contra as opções apresentadas, deve ser levada em conta para se verificar a autenticidade eleitoral, pois pode estar sendo exercida com tanta consciência quanto a atividade. Entretanto, se tomada como mero alheamento, seja por falta de vontade de participação ou de informação, as plataformas da internet apresentam um altíssimo potencial de mobilização

¹ Assim dispõe o artigo 18 do Marco Civil da Internet.

Por todos esses motivos, não se pode permitir que as plataformas operem à margem da legislação, servindo de palanque para a proliferação de falsidades e crimes e não sejam responsabilizadas. É necessário que todos os envolvidos no processo eleitoral, direta ou indiretamente, estejam engajados para que a exteriorização da vontade popular ocorra de forma livre e desimpedida, o que se poderá pretender mais a par de política educacional dirigida à proteção da liberdade de manifestação do pensamento.

5. Referências Bibliográficas

ARROYO. Luiz. **El poder político escena**. 2^a ed. Barcelona. RBA. 2015.

BRASIL. **Portaria Nº 949, de 7 de Dezembro de 2017**. Tribunal Superior Eleitoral. Secretaria de Gestão da Informação. Coordenadoria de Jurisprudência. Ano 2017. Nº 239. Brasília, DF, 12 dez. 2017. p 1-2. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/prt/2017/PRT09492017.html>> Acesso em 15 maio 2018.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7^a ed. Lisboa. Almedina. 2003.

CARVALHO. Luiz Gustavo Gandanhatti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Renovar. Rio de Janeiro. 1999.

DWORKIN. Ronald. **O que é uma vida boa**. Revista Direito GV. Jul-Dez 2011. São Paulo. Pg 607-616.

FACEBOOK. **102 milhões de brasileiros compartilham seus momentos no Facebook todos os meses**. Abril. 2016. Disponível em <<https://www.facebook.com/business/news/102-milhes-de-brasileiros-compartilham-seus-momentos-no-facebook-todos-os-meses>> Acesso em 15 maio 2018.

FILHO. Carlos Neves. **Propagando eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Fórum. Belo Horizonte. 2012.

FOUCAULT. Michel. **Truth and power**. p. 317-321. In LYNCH. Michael P. **The nature of truth. Classic and contemporary perspectives**. MIT Press. Massachusetts 2001.

GOMES. José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12^a ed. Atlas. São Paulo. 2016.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Agência IBGE Notícias. **PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens**. Editoria: Estatísticas Sociais. Fev. 2018a. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens.html>> Acesso em 15 maio 2018

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Maio. 2018. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em 15 maio 2018.

LOBO. Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte. DelRey. 2003.

MANHÃES. Eduardo. **Facebook notifica usuários sobre vazamento pela Cambridge Analytica**. Abril. 2018. Disponível em <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/04/facebook-notifica-usuarios-sobre-vazamento-pela-cambridge-analytica.ghtml>> Acesso em 15 maio 2018

OSORIO. Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte. Fórum. 2015.

RITCHER. Felix. **Facebook Inc. Dominates the Social Media Landscape**. Jan. 2018. Disponível em <<https://www.statista.com/chart/5194/active-users-of-social-networks-and-messaging-services/>> Acesso em 15 maio 2018.

SALGADO. Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2^a ed. Belo Horizonte. Fórum. 2015.

SARLET. Ingo Wolfgang. MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7^a ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo. 2018.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2016 – Eleitorado**. Maio. 2016. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>> Acesso em 15 maio 2018.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **FBI expõe ao TSE sua experiência no combate às fake news**. Mar. 2018. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/fbi-expoe-ao-tse-sua-experiencia-no-combate-as-fake-news>> Acesso em 15 maio 2018

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: A NECESSÁRIA TRANSVERSALIDADE DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Dirce do Nascimento Pereira

Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Zilda Mara Consalter

Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Resumo

O protagonismo judicial precisa ser discutido, especialmente o do STF. É neste cenário de tensão que se propõe buscar equilíbrio na atuação entre os Poderes. Durante o percurso epistemológico, assentado em trabalhos de Peter Hogg e Allison Buschell, avalia-se a possibilidade da adoção da prática dialógica entre os Poderes. Para a abordagem utilizou-se o método dedutivo, partindo-se de uma análise quanto ao protagonismo judicial, tratando ainda dos fundamentos do princípio democrático e da jurisdição constitucional, para culminar com a necessidade de compatibilização dos diálogos institucionais pelo Estado. A técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa documental indireta (legislativa e doutrinária).

Palavras-chave: jurisdição constitucional, princípio democrático, diálogos institucionais.

Abstract/Resumen/Résumé

Judicial protagonism - especially by Supreme Court - shell be discussed. About this tension it intends to seek the balance of actions between the Branches. Epistemologically based on papers Hogg and Buschell, it analyses the possibility of adopting the dialogical practice among the Branches. To the approach the deductive method was used, starting from an analysis of the judicial protagonism - also dealing with the foundations of the democratic principle and the constitutional jurisdiction - to culminate with the need to make institutional dialogues compatible by the State. The research technique used was the indirect documentary research (legislative and doctrinal).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, democratic principle, institutional dialogues.

1. Introdução

O atual cenário de demandas complexas que proliferam em vários países - e em especial no Brasil - atribui ao Poder Judiciário o papel de protagonista, pois além de decidir questões eminentemente jurídicas, também passa a atuar em questões políticas, econômicas e sociais, além de interpretar de forma expansiva lacunas legislativas que precisam ser supridas pelo intérprete constitucional.

Esta atuação propicia a caracterização de fenômenos que, a depender do procedimento adotado e do conteúdo discutido, pode variar desde a prevalência de um dos Poderes constituídos até a dialógica interação entre eles, buscando a convergência de interesses individuais e coletivos objetos de discussão.

Esta discussão é ampliada quando se vislumbra a possibilidade de invasão de competências privativas e ainda eventual violação ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes, inclusive com manifestações pontuais, por parte tanto do Poder Legislativo, ao propor emendas constitucionais restritivas à atuação do Poder Judiciário e, este em alguns momentos, refutando a supremacia parlamentar e defendendo a supremacia judicial, a partir da prevalência da última palavra atribuída à corte constitucional.

Nesta arena de debates é evidente a tensão que paira na relação entre os Poderes. No entanto, é necessário demonstrar que assim como o protagonismo judicial é uma realidade, principalmente em se tratando da atuação do Supremo Tribunal Federal, não é somente o Poder Judiciário o intérprete único da Constituição, mas que deve existir uma interação efetiva entre estes poderes, partindo da admissibilidade e do estímulo ao diálogo institucional, principalmente no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, a fim de reduzir a tensão atualmente instalada, bem como buscar a maior responsabilidade e eficácia por ocasião da interpretação constitucional.

Para tanto, neste texto busca-se perpassar pelo fenômeno do protagonismo judicial, bem como suas vertentes e fatores que direcionam e justificam esta atuação expansionista, revelando alguns riscos e temores que possam advir deste comportamento.

Isto porque, diante da evidente tensão na relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, faz-se necessário abordar aspectos relacionados ao princípio democrático e

precisamente à jurisdição constitucional, visando evidenciar a aparente antinomia existente entre estes preceitos.

Assim, para concretizar o estudo, adotou-se como marcos teóricos as ideias esposadas por Peter Hogg e Allison Buschell, notadamente quanto à possibilidade da adoção da prática dialógica entre os Poderes. No que tange ao método de abordagem, utilizou-se o método dedutivo, eis que se partiu de uma análise quanto ao protagonismo judicial, seja no que se refere à sua concepção, bem como quanto aos fatores que permeiam a expansão global do Poder Judiciário, tratando ainda dos fundamentos do princípio democrático e da jurisdição constitucional, para culminar com a necessidade de compatibilização dos diálogos institucionais pelo Estado brasileiro enquanto detentor de um modelo extraforte de controle de constitucionalidade. Quanto à técnica de pesquisa, foi utilizada a análise documental indireta, notadamente a legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

Tudo isso porque, dada à importância do equilíbrio na atuação dos Poderes constituídos com a finalidade da preservação dos direitos e garantias fundamentais busca-se evidenciar o início da superação desta tensão a partir da abertura, por parte dos poderes Legislativo e Judiciário, à compatibilização do diálogo institucional com o princípio democrático, o que afasta interesses eminentemente institucionais e dá lugar à proteção dos direitos individuais e coletivos objetos de demandas e discussões.

2. Protagonismo judicial: implicações semânticas e fatores indicativos

A expansão global do Poder Judiciário, segundo Tate e Torbjorn (1995), tornou-se uma das tendências mais significativas do milênio. A ampliação da atuação judicial, no entanto não significa necessariamente a supremacia deste Poder, mas sim a existência de previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional, bem como a atuação proativa, porém limitada, à concretização dos valores constitucionais.

Em outras palavras, quando ao Poder Judiciário, é concedida a atribuição de interpretar a Constituição e também validar ou invalidar determinados atos normativos, isto não implica em assegurar que a sua manifestação corresponde a um ato conclusivo ou em última palavra, remetendo à supremacia judicial.

O expansionismo ou protagonismo judicial abrange uma série de fenômenos que retratam a atuação do Poder Judiciário diante das situações complexas que emergem de uma sociedade que clama por resposta aos seus anseios, não somente a partir da manifestação de

uma maioria, mas também pela preservação de uma reduzida parcela de interesses, muitas vezes caracterizada pela vulnerabilidade.

Assim, faz-se necessário buscar a distinção das terminologias utilizadas, a fim de evitar desacordos epistemológicos e delimitar a temática que ora se pretende discutir. E desta forma, é importante identificar a conceituação básica de supremacia judicial, *judicial review*, judicialização da política e ativismo judicial.

As formas de intervenção do Poder Judiciário são variantes distintas, a depender da cada cultura e desenho institucional existente em cada Estado. Neste sentido, o fundamento desta abordagem está direcionado ao modelo institucional brasileiro, mas para incursão da temática é necessário a indicação de bases que norteiam o debate.

Gargarella (2006) distingue *judicial review* e supremacia judicial, afirmando que a primeira consiste na atividade pela qual os juízes revisam a validade das normas legais e administrativas, enquanto que a segunda denominação está relacionada com a noção de que os juízes têm a última palavra em se tratando da interpretação constitucional e ainda, que suas decisões determinam o significado da Constituição para todos.

A supremacia judicial também é tratada por Brandão (2017), que afirma se tratar da possibilidade dos outros Poderes interpretarem a Constituição, porém conferindo ao Poder Judiciário a palavra final. Em contrapartida *judicial review* (revisão judicial), controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional são termos que podem ser utilizados como sinônimos e são caracterizados pelo poder atribuído às Cortes de invalidarem leis que reputarem contrárias à Constituição, seja de forma incidental, tendo em regra efeitos *inter partes* (controle difuso) ou em tese, quando os efeitos serão *erga omnes* (controle abstrato).

A judicialização da política, por sua vez, consiste na indicação de que “conflitos sociopolíticos passam a ter sua discussão no campo do Direito, bem como permeados pelo protagonismo do Poder Judiciário” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 22 e 23).

Em se tratando do cenário americano, Tocqueville (2005, p. 317) afirmava que “quase não há questão política que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária”. Hirschl (2009, p. 140), séculos após Tocqueville, afirmou que a judicialização da política “é o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”.

Neste aspecto Hirschl (2009) engloba tanto questões vinculadas às violações de direitos fundamentais, como discussões sobre políticas públicas, controle de

constitucionalidade e também conteúdo da megapolítica, que seria uma face bem específica do mencionado fenômeno. O autor apresenta distinção entre três categorias abrangentes de judicialização, considerando que a prevalência do discurso dos direitos fundamentais é uma forma pouco refinada de tratar este fenômeno:

A primeira delas é denominada como disseminação de discursos, regras e procedimentos (“judicialização vinda de baixo”) que compreendem a judicialização das relações sociais, uma vez que é invocada por pessoas comuns que buscam se opor a políticas, decisões e prática do Estado, considerando que a formal previsão dos direitos e garantias no texto legal não é suficiente para sua efetiva implementação. (HIRSCHL, 2009, p. 144).

A segunda face da judicialização compreende a promoção de justiça processual por meio do controle judicial de atos administrativos. Nestas duas faces – judicialização das relações sociais e a revisão judicial de atos administrativos – Hirsch (2009, p. 145) afirma que “na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro ‘governo com juízes’”, que poderia significar tanto uma governança exercida ao lado dos juízes ou servindo, os próprios juízes, como instrumento para o efetivo exercício dos poderes governamentais.

A terceira e última face da judicialização seria o emprego de tribunais e juízes para atuar na chamada “megapolítica” (HIRSCHL, 2009, p. 146) que compreende “controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras” como, por exemplo, a decisão judicial sobre o futuro de Quebec e da federação canadense e ainda, a constitucionalidade do acordo político pós-apartheid na África do Sul.

Outro fenômeno que também caracteriza o protagonismo do Poder Judiciário é o ativismo judicial que pode ser evidenciado quando “entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la” (GARAPON, 2001, p. 56).

Refutando a face negativa, o Ministro Barroso (2010, p. 11) enxerga apenas o lado bom do ativismo, afirmando-o como um ato de vontade, uma atitude proativa de interpretar a Constituição, procurando “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.

Estes fenômenos foram impulsionados por diversos fatores, entre eles a intensa positivação de direitos fundamentais por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, bem como pela recepção pelo direito doméstico de tratados e convenções internacionais; a

concepção da preservação e respeito aos direitos de minorias, a fim de se evitar uma cultura tirânica da maioria; a difusão de instrumentos de fiscalização como o controle de constitucionalidade, buscando garantir o acesso a grupos e interesses minoritários e marginalizados pelo processo político.

Outro fator que também contribuiu para o protagonismo judicial é o arranjo institucional brasileiro, uma vez que o sistema presidencialista, considerado como um sistema mais rígido de separação de poder, pressupõe a necessidade de atuação do Poder Judiciário como um terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais poderes ou entre os Estados-membros e a União.

Além disso o descrédito no resultado futuro da política também transforma a atuação do Poder Judiciário como uma forma de amparo àqueles que não tiveram seus interesses atendidos pelo processo político.

Se a alternância dos grupos políticos no poder e a incerteza eleitoral são características básicas das democracias bem ordenadas e também da expansão do Judiciário, pode-se dizer que uma das causas principais para a ampliação dos poderes dos juízes foi a expansão – também global – da democracia (BRANDÃO, 2017, p. 89).

Por outro lado, Hirschl (2004) afirma que somente um Estado com um sistema político disfuncional e que consagra a constitucionalização como a melhor maneira de superar a ingovernabilidade política pode gerar a expansão do poder judicial. Afirma, ainda, que as chamadas elites políticas hegemônicas, continuamente ameaçadas, associadas às elites econômicas e jurídicas lideram um pacto estratégico para a constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade, buscando evitar mudanças em razão da política democrática.

Desta forma, como as elites políticas e econômicas não conseguem mais mobilizar maiorias, elas recorrem ao apoio das elites jurídicas e judiciárias para conseguirem o seu intento. Neste raciocínio as Cortes somente protegeriam os interesses da minoria caso fossem coincidentes com os interesses das elites detentoras do poder. A este fenômeno Hirschl (2004) denominou como juristocracia que pode ser caracterizado como fator indicativo do expansionismo judicial.

A identidade entre membros do Judiciário e elites foi constatada em estudos realizados por (ALMEIDA, 2014), (COSTA; BENVINDO, 2014) entre outros. No que se refere às elites institucionalizadas, Almeida (2014) realizou pesquisa a partir da análise da composição do Supremo Tribunal Federal de 1889 a 2008, a fim de extrair informações importantes acerca da

características e peculiaridades dos membros que integram a Suprema Corte. Entre os resultados obtidos verificou-se percentual significativo de ministros que tiveram passagem por cargos políticos legislativos e executivos, tendo diminuição neste percentual durante o transcorrer dos anos, mas sem o desaparecimento total desta característica, o que leva a “identificação da importância do associativismo profissional para a formação de capital político próprio desse campo” (ALMEIDA, 2014, p. 86).

Outra perspectiva da pesquisa foi a análise da trajetória profissional dos ministros do Supremo Tribunal Federal, concluindo que a maioria, nesta ordem, eram advogados ou magistrados ou ainda integrantes do Ministério Público, o que demonstra “como certas experiências profissionais são mais importantes do que outras na construção de trajetórias de juristas que chegam ao STF”. (ALMEIDA, 2014, p. 86).

No que se refere à Instituição de Ensino de origem, identificou-se que a grande maioria era proveniente de universidades públicas federais, afirmando que “a posse de diplomas superiores de certas faculdades de direito constitui o capital simbólico mais homogeneamente distribuído entre todos os indivíduos e grupos de elite analisados”. (ALMEIDA, 2014, p. 92).

Outra pesquisa relacionada a atuação do Supremo Tribunal Federal foi realizada na Universidade de Brasília (UnB), sob coordenação do Professor Juliano Zaiden. Foram analisadas as decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012 e o resultado foi a revelação de que o controle concentrado de constitucionalidade vem funcionando muito mais como instrumento para a defesa de interesses corporativos do que para defender direitos e garantias fundamentais. (COSTA; BENVINDO, 2014).

Diante desta perspectiva admite-se que são vários os fatores que se complementam e consequentemente contribuem para o protagonismo judicial, não sendo, portanto, excludentes e não havendo limitação a eventuais justificativas que permeiam a atuação dos integrantes do Poder Judiciário (de maneira geral) e do Supremo Tribunal Federal (em especial).

O protagonismo judicial é um fato incontestável. No entanto, há que se ter muito cuidado para avaliar não necessariamente a legitimidade desta expansão, mas sim os limites que norteiam a atuação do Poder Judiciário, uma vez que para fundamentar a preservação do princípio democrático na sua totalidade é necessário que as vozes sejam emanadas, a partir de um mesmo tom, qual seja, a preservação dos valores abrigados constitucionalmente.

Assim, se o Poder Judiciário está atuando em benefício de uma minoria privilegiada é papel do Poder Legislativo buscar a reversão deste quadro, a fim de que a invisibilidade da minoria vulnerável seja afastada pelo pragmatismo das decisões judiciais.

3. Princípio democrático e jurisdição constitucional: uma aparente antinomia diante do protagonismo judicial

Em que pese a variedade de situações complexas, bem como mecanismos jurídicos utilizados para solucioná-las, mesmo em períodos mais remotos da civilização humana, já se verificava a necessidade de limitação da atuação do legislador por meio de um controle judiciário como, por exemplo, no Século XVII, em que se fundou a doutrina de Edward Coke em relação a autoridade exercida pelo juiz entre o Rei e a Nação (CAPPELLETTI, 1992).

Neste sentido, o juiz não pode atuar cumprindo meramente um papel de autômato (ROSS, 2000), pronunciando exclusivamente o conteúdo da lei, mesmo porque muitas vezes o texto de lei é silente em determinados aspectos e em outros reproduz violações a princípios e valores que emergem do texto constitucional. Os juízes devem buscar a melhor interpretação levando em consideração não a arbitrariedade, mas o limite da discricionariedade de sua atuação que deve estar diretamente relacionada a compreensão do alcance e dos reflexos vinculativos de sua decisão, bem como a existência de “um grau de comprometimento do intérprete com o sistema, uma vez que a atividade decisória não se esgota com o ‘compreender’”, pois a manifestação interpretativa requer um *plus* que é a “aceitação das regras do sistema” (KOZICKI, 2014, p. 68).

Deve-se evitar contudo, a transformação do Poder Judiciário em um instrumento de tirania, fundamentado na privação da legitimação democrática, mas por outro lado, a democracia também não pode subsistir em um sistema que desconsidere a proteção aos direitos e as liberdades fundamentais (CAPPELLETTI, 1989).

Neste aspecto se identifica uma certa inquietude da sociedade de maneira geral, acerca da eventual tensão existente entre a atuação judicial e a preservação de uma arena decisória democrática. Em outras palavras, a discussão está na (i)legitimidade do Poder Judiciário em limitar a liberdade de atuação dos representantes do povo sem que para tanto tenham sido submetidos ao processo democrático, por meio do sufrágio universal.

A fim de buscar em relação aos direitos do homem “qual é o modo mais seguro para garantí-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente

violados" (BOBBIO, 2004, p. 25) é que se pretende a seguir trazer alguns apontamentos acerca da concepção democrática e da jurisdição constitucional.

A democracia enquanto meio de exercício do poder político é discutida por Bobbio (2017) a partir de três concepções, quais sejam: descriptiva ou sistemática; prescritiva ou axiológica e histórica.

A primeira delas denominada descriptiva ou sistemática está relacionada à classificação da tipologia das formas de governo historicamente existentes. Neste caso a democracia é identificada como a forma de governo exercida "por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos, e enquanto tal se distingue da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um e por poucos". (BOBBIO, 2017, p. 179).

A segunda concepção denominada prescritiva ou axiológica comporta uma série de juízos de valor em que a democracia pode ser considerada como uma forma louvável ou totalmente reprovável. Neste aspecto, Bobbio (2017, p. 183) menciona a discussão referida por Heródoto entre três personagens persas. Um dos personagens, defensor da democracia, "chama o governo do povo com o nome mais belo que qualquer outro: igualdade de direitos, e o define como aquele em que o governo está sujeito à prestação de contas e todas as decisões são tomadas em comum".

Por outro lado, um dos personagens, incrédulo da concepção democrática, afirma que "não há nada mais estúpido e mais insolente do que uma multidão inapta e incapaz, e, portanto, não é tolerável que para fugir da prepotência de um tirano deva-se cair na insolência de um povo desenfreado". Por fim, o terceiro personagem critica a democracia afirmando que "quando é o povo que governa, é impossível que não nasça a corrupção na esfera pública, a qual não gera inimizades, mas, antes, sólidas amizades entre os perversos".

Na concepção de Platão (1965, p. 47) a democracia deve ser criticada, afirmando que o homem democrático

[...] para alcançar as mais altas funções, não é preciso estar preparado por longos trabalhos, ter auferido os benefícios de excelente educação e ter-se exercitado, desde a infância, na prática de todas as virtudes. Ao homem que ingressa na carreira política, ninguém pede que dê prova de sua ciência e sabedoria, assim como da honestidade de seu passado. Basta para que lhe concedam confiança, que afirme seu devotamento à causa do povo.

A terceira e última concepção trazida por Bobbio (2017) é a histórica, utilizada para descrever os vários momentos sucessivos que foram ocupados pela democracia em grandes

sistemas. Em determinados momentos a democracia era vista como uma forma de degeneração da forma precedente (fase regressiva) em outros momentos a democracia era concebida como uma forma de aperfeiçoamento da forma de governo precedente (fase progressiva).

Diante destas concepções em que a democracia tanto pode ser vislumbrada a partir de fundamentos que a enaltecem e por outro lado que a depreciam, é importante compreender que atualmente a democracia não pode consistir exclusivamente na concepção do chamado governo da maioria, sendo o voto majoritário seu principal fundamento, pois governos despóticos tiveram sua legitimidade lastreada pela decisão majoritária, sem que isso tenha representado o interesse ao bem-comum de todos.

Além disso, as pretensões políticas imediatistas dos parlamentares, em razão do interesse em eventual reeleição, por exemplo, poderiam levar ao convencimento da maioria em prejuízo de uma minoria contrária a este comportamento utilitarista (BRANDÃO, 2017).

Neste sentido, o direito das minorias, muitas vezes acoimado pelo estigma do preconceito e da vulnerabilidade também deve ser preservado, em razão de que ninguém deve ficar à mercê de violações aos seus direitos e garantias fundamentais, principalmente em se tratando de um Estado Democrático de Direito como é o caso do Estado brasileiro.

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. (DWORKIN, 2010. p. 419)

É neste contexto de proteção aos valores que emanam da Constituição que surge o constitucionalismo, o qual é evidenciado por uma série de movimentos constitucionais com características peculiares a cada cultura, mas que pode ser conceituado como uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

O constitucionalismo, portanto, tem como pilar estruturante os direitos fundamentais que se solidificam na manifestação da soberania popular, representando uma garantia ao funcionamento da democracia, na medida em que protegem “o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio Poder Constituinte” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 156).

Se o constitucionalismo pode ser conceituado a partir de uma teoria, a jurisdição constitucional representa os instrumentos aptos a dinamizar o funcionamento da democracia, a partir da preservação do bem-comum de todos. Para Canotilho (2003) a jurisdição constitucional representa um conjunto de atividades desenvolvidas por um ou mais órgãos judiciais com o objetivo de fiscalizar a observância e o cumprimento dos valores constitucionais vigentes.

Em relação aos fundamentos que inauguraram a chamada *judicial review* ou ainda jurisdição constitucional, estes apresentam-se relativamente divergentes, no entanto uma das decisões mencionadas com maior frequência em se tratando do marco inicial da discussão nos Estados Unidos é a decisão no caso *Marbury v. Madison*, proferida em 1803, sob a vigência da Constituição de 1787. Na mencionada Constituição não havia previsão de revisão judicial, mas foram delineados, seus principais fundamentos pelo então juiz da Suprema Corte norte-americana, John Marshall.

John Marshall desenvolveu sua tese com base, entre outros fatores, no raciocínio constante no escrito O Federalista nº 78, em que se afirma que o Poder Judiciário, em governos em que os poderes estão bem separados, é o menos temível dos três poderes. Esta afirmação fundamenta-se no fato do Poder Judiciário, ser o poder que possui a menor possibilidade de atacar a Constituição, uma vez que não possui a espada (entendida como a força pública) como Poder Executivo, nem mesmo o poder de decidir sobre os direitos e deveres dos cidadãos como ocorre com o Poder Legislativo. A tese estabelece ainda os seguintes parâmetros: em primeiro lugar que o Poder Judiciário de fato é o mais fraco dos três e que nunca poderá pôr em perigo a liberdade geral, ao menos enquanto estiver convenientemente separado dos outros dois. Além disso não pode o Poder Judiciário atacar com resultados positivos nenhum dos outros poderes e, por fim que é necessário dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois (HAMILTON, MADISON, 1984).

Assim os meios a que se refere a clássica obra são materializados nos instrumentos que viabilizam o controle de constitucionalidade, a fim de que haja um necessário equilíbrio entre o exercício do poder pelos três pilares de sustentação. Desta forma, não haveria supremacia judicial, mas sim supremacia da Constituição. (HAMILTON, MADISON, 1984)

No entanto, há posicionamento no sentido de admitir a “dupla paternidade” no fortalecimento do controle de constitucionalidade em Estados contemporâneos (SILVA, 2009, p. 199). Historicamente o *judicial review* foi sustentado pelo posicionamento da Suprema Corte norte-americana, no célebre caso *Marbury v. Madison* em que o juiz John Marshall foi autor da

profícuas argumentações que levou ao reconhecimento do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. No pós-Guerra, contudo, coube ao teórico austríaco, Hans Kelsen, a proposta de um desenho institucional que favorecesse a realização do controle pelo Poder Judiciário, posição expressa em seu anteprojeto para a Constituição austríaca vigente nos anos 30.

Portanto, jurisdição constitucional não se trata simplesmente de um fato, mas sim do exercício de uma responsabilidade atribuída ao Poder Judiciário pelo Poder Constituinte originário que assim estabeleceu no próprio texto constitucional. “A extensão do poder judiciário no mundo político deve ser, portanto, correlativa à extensão do poder eletivo. Se essas duas coisas não caminharem juntas, o Estado acaba caindo na anarquia ou na servidão”. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 86)

Não se busca enaltecer a figura dos juízes enquanto intérpretes supremos e exclusivos dos ditames constitucionais, sendo imunes à falibilidade inerente à figura humana, nem tampouco estabelecer como pressuposto a prevalência da interpretação legislativa como única e necessária manifestação da vontade do povo, sendo a atuação do Poder Legislativo, ideal e inquestionável. O objetivo é demonstrar a necessidade de uma dialógica correlação de interesses comuns entre os Poderes, qual seja a preservação dos direitos e garantias fundamentais daqueles que dependem da atuação do Estado para materializar os valores contidos no texto constitucional.

4. Diálogos institucionais como instrumento de preservação do princípio democrático

A chamada doutrina dos diálogos constitucionais é debatida por Hogg e Buschell (2014, p. 19), a partir do cenário canadense, levando em consideração a Carta de Direitos de 1982, que apresenta características que facilitam o diálogo entre os juízes e os legisladores afirmando que: “*la revisión judicial es parte de um ‘diálogo’ entre los jueces y las Legislaturas*”. A ideia fundamental é que a possibilidade de reversão de decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo representa um mecanismo de estímulo ao diálogo entre as instituições democráticas, viabilizando a harmonização entre os interesses individuais e coletivos em debate.

A concepção dialógica busca afastar a lógica da supremacia judicial ou parlamentar para oportunizar a construção do diálogo entre as instituições, de modo a que nenhuma delas

seja detentora da chamada última palavra, mas quiçá de uma manifestação provisória que pode ser revertida seja por uma ação do judiciário ou do parlamento.

Vozes dissonantes manifestam-se criticamente à admissão do diálogo entre os Poderes, inclusive por iniciativa de Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT/PI) foi apresentada proposta de Emenda à Constituição (PEC 33/2011) alterando a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade, condicionando o efeito vinculante das Súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e ainda submetendo ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Neste caso, a PEC 33/2011 dava ao Legislativo a última palavra para decidir questões diretamente relacionadas a atos típicos do Poder Judiciário. Em janeiro de 2015 a PEC 33/2011 (BRASIL, 2011) foi arquivada e desarquivada dois meses após para ser apensada à PEC 171/2012 (BRASIL, 2012) por haver correlação entre as matérias. Atualmente aguarda criação de Comissão Temporária para análise.

Estas iniciativas têm como justificativa permitir que o Congresso Nacional exerce fiscalização sobre os demais Poderes, bem como Tribunal de Contas da União e demais órgãos que detêm poder regulamentar de expedir atos normativos.

Em que pese a latente prevalência da supremacia parlamentar evidenciada nas razões da proposta (PE 33/2011), a fundamentação apresentada pontua a necessidade de assegurar a existência de uma vigilância recíproca de um poder em relação ao outro. No entanto não é esta a real proposta de alteração do artigo 49 da Constituição contida na PEC 171/2012, que “estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Público que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. (BRASIL, 2012). Neste caso, é a supremacia parlamentar suplantando em especial a atuação do Poder Judiciário.

O Ministro Marco Aurélio de Mello manifestou-se contrariamente à mencionada Proposta de Emenda à Constituição reafirmando a supremacia judicial que segundo ele, está resguardada na Constituição de 1988, e por tratar-se de cláusula pétrea, não poderia ser afastada sequer por Emenda Constitucional:

Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo. Afinal, o que implica essa proposta? O afastamento de uma cláusula pétrea, que é a separação de Poderes da República. Harmonia e separação dos Poderes da República. (MINISTROS, 2013)

Estes posicionamentos demonstram a busca ora pela supremacia parlamentar, ora pela supremacia judicial. No entanto, não há equilíbrio quando cada Poder fundamenta seu posicionamento em seus próprios interesses, afastando por completo a possibilidade de interação entre eles. É necessário contrabalançar e buscar a convergência de interesses direcionados ao bem comum entre os Poderes, sob pena de se transformar em um jogo de forças e interesses institucionais, ficando a proteção aos direitos e garantias fundamentais, em segundo plano neste cenário.

Em que pese manifestações divergentes, é possível evidenciar atualmente, mesmo que de forma incipiente, a compatibilização da teoria dos diálogos institucionais pelo Estado brasileiro, mesmo sendo ele detentor de um modelo de controle de constitucionalidade “ultraforte” assim definido porque “além de reunir as características típicas dos modelos fortes, o Brasil tem uma Constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as chamadas ‘cláusulas pétreas’” (SILVA, 2009, p. 217).

A primeira hipótese de identificação da tendência acima mencionada é a possibilidade de manifestação do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X da Constituição, de suspender a execução, com efeitos *erga omnes*, em sede de controle difuso, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2009).

O julgamento do HC 82.959/SP, pelo Plenário do STF, em que foi declarado inconstitucional o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), é um exemplo desta possibilidade de atuação do Senado Federal.

No entanto, *in casu*, o Senado Federal permaneceu silente em relação a eventual suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional. Em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no HC 82.959/SP, foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, a Reclamação 4.335 (BRASIL, 2014) em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, alegando o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos. A Reclamação foi julgada procedente, tendo sido aprovada Súmula Vinculante nº 26 com efeito *ultra partes*, atribuindo caráter expansivo à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso.

Nesta hipótese, a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário foi viabilizada, a fim de dar cumprimento ao respectivo dispositivo constitucional que assegura a participação do órgão legislativo, mas o resultado foi a ausência de atuação do Senado Federal no exercício de

sua competência privativa e, a consequente manifestação do Supremo Tribunal Federal, por meio da edição de Súmula Vinculante, gerando efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que demonstra que a omissão do órgão legislativo foi suprida pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, é possível afirmar que em determinados casos "o STF da Nova República foi concebido como instituição responsável por controlar, inclusive, a inércia do legislador". (MENDES, 2008, P. 47)

A partir de uma breve análise das Resoluções promulgadas pelo Senado Federal no período compreendido entre 2007 e 2013 (AMARAL JÚNIOR, 2014) foi constatado que 29 Resoluções foram emitidas com fundamento de validade no artigo 52, X da Constituição, demonstrando o efetivo exercício da competência privativa do Senado Federal em sede de controle difuso da constitucionalidade, seja em relação a leis ou atos normativos provenientes da esfera federal, estadual ou municipal, demonstrando assim a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

A aprovação de Emenda Constitucional também representa um mecanismo de superação de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A Emenda Constitucional nº 58/2009 alterou a redação do artigo 29, IV da Constituição de 1988, suprimindo a regra da proporcionalidade e fixando o limite máximo de vereadores maior, ao ser comparado ao número anteriormente estabelecido na redação original do mencionado artigo.

Em razão da repercussão social da medida, o Congresso Nacional optou por manter o número de vereadores e reduzir os repasses orçamentários aos legislativos municipais, mas fez previsão da retroatividade na criação dos cargos de vereadores para aplicar ao processo eleitoral de 2008. Neste caso foi proposta a ADI 4.307, em que foi concedida liminar para suspender a retroatividade dos efeitos da emenda constitucional, por entender violador dos direitos políticos do cidadão e do devido processo eleitoral (BRANDÃO, 2017).

Em 2013 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade confirmou a medida liminar deferida em 2009 por flagrante violação ao disposto no artigo 16 da Constituição de 1988, que proíbiu a aplicação de lei que objetiva alterar o processo eleitoral, à eleição que ocorra até um ano após a data de sua publicação. Neste caso, em que pese a legitimidade de atuação por parte do Poder Legislativo, houve atenta fiscalização e atuação do Poder Judiciário, buscando impedir a validade de um ato atentatório aos ditames constitucionais.

A legislação ordinária também pode representar uma forma de superação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (BRANDÃO, 2017), é o caso da Lei 11.301/2006 (BRASIL, 2006) que ampliou no artigo 67 da Lei 9.394/1996, a definição das funções de magistério para além daquelas exercidas por professores:

Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.” (NR) (BRASIL, 2006)

A mencionada ampliação foi de encontro à então interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal que havia sumulado a matéria nos seguintes termos: “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula” (Súmula 726 STF).

No entanto, em que pese o conteúdo colidente com a jurisprudência sedimentada pela Corte, a Lei 11.301/2006 foi declarada constitucional na ADI 3.772 que reconheceu a possibilidade de reversão legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Novamente há evidência de interação entre os Poderes, afastando a supremacia para dar lugar à cedência e o reconhecimento da melhor interpretação constitucional.

No RE 661.256 em que se discutia a possibilidade de conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação, o Relator Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se reconhecendo a necessidade de viabilizar um “diálogo institucional” entre os Poderes.

[...] a decisão aqui lançada, **sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos**, fez questão de **abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes**. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem. (BARROSO, 2014) (grifou-se)

Em que pese a iniciativa de interação manifestada em sede de Recurso Extraordinário e a tramitação de Projeto de Lei do Senado 91/2010, até a presente data não houve a sanção de Lei disciplinando a matéria, no entanto não há dúvida que o diálogo institucional foi viabilizado.

Diante da apresentação de alguns exemplos de atuação mais recente do Supremo Tribunal Federal, bem como do Congresso Nacional identifica-se a propensão por partes dos Poderes em possibilitar a interação e consequente sopesamento dos interesses individuais e coletivos em discussão.

5. Considerações finais

Diante da aparente tensão existente entre os Poderes, no que se refere aos ideais democráticos, é possível conceber, dentro dos parâmetros estabelecidos atualmente pela legislação brasileira, a possibilidade de adoção de comportamentos proativos e de maneira horizontalizada, objetivando a interação institucional, no que se refere à interpretação das normas constitucionais, afastando sobremaneira a visão hierarquizada de qualquer dos poderes, bem como a acirrada disputa pela última palavra no controle de constitucionalidade.

Outro fator é o reconhecimento da importância da compreensão das experiências alienígenas, mas reconhecendo que o arranjo institucional estabelecido no Brasil é diferenciado e que fundamentos previamente definidos como cláusulas pétreas não podem ser objeto de supressão.

Neste cenário, compartilha-se da concepção manifestada por Silva (2009) no sentido de defender a oportunidade de aperfeiçoar o modelo de controle de constitucionalidade ora existente e não buscar a importação de modelos prontos que não correspondem e não se adequam a nossa atual realidade.

Essa linha de raciocínio permite afirmar-se que é possível adequar o arranjo institucional existente e principalmente a concepção dos integrantes dos Poderes constituídos, a fim de que possam obter o equilíbrio das decisões e a importante e necessária interação e cooperação entre os poderes, buscando o diálogo entre os órgãos com o objetivo de propiciar a efetiva prevalência da supremacia Constitucional, a partir da preservação dos direitos e garantias fundamentais.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Frederico de. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 22, n. 52, p. 77-95, Dec. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000400006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2017.

AMARAL JUNIOR, Levi Mello do. Suspensão de norma inconstitucional está em pleno uso pelo Senado Federal (2014). **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-31/suspensao-norma-inconstitucional-pleno-uso-senado-federal?imprimir=1>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 12, p. 3-41, fev.-maio, 2010.

_____. Retrospectiva 2014. **Conjur**. Disponível em: [BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.](http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federalConsultor Jurídico, 31 dez. 2014. Acesso em: 01 ago. 2017.</p></div><div data-bbox=)

_____. **Estado, governo, sociedade**: fragmentos de um dicionário político. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 33/2011**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544680>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 171/2012**. Altera o inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544680>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL. Lei 11.301 de 10 de maio de 2006. Altera o art. 67 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º. do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11301.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2014). Reclamação 4.335 Acre. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 01 ago. 2017.

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

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2509541>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião de promessas. Trad. Maria Luiz de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Verbete nº 78 Brasília: Universidade de Brasília, 1984

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Towards juristocracy. **The origins and consequences of the new constitutionalism**. Boston, Ms: First Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter W.; BUSCHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas: o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo In:

GARGARELA, Roberto. **Por uma justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequencia**, nº 56, p. 151-176 jun. 2008.

_____. **Herbert Hart e o positivismo jurídico**: textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 267 f. Tese (Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas). Universidade de São Paulo: São Paulo, 2008.

MINISTROS do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, abril 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso>. Acesso em: 18 jul. 2017.

PLATÃO. **A república**. Trad. J. Guinsburg, Vol. I, São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

TATE, C. Neal; TORBJORN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Trad. Eduardo Brandão, Martins Fontes: São Paulo, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

**O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXECUÇÃO
PENAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

Carolina Merida

Universidade de Rio Verde, Brasil

UNISINOS, Brasil

Arício Vieira da Silva

Universidade de Rio Verde, Brasil

UNISINOS, Brasil

Resumo

Após o julgamento das primeiras Ações Penais relacionadas à “Operação Lava Jato”, que teve como finalidade investigar as movimentações financeiras ilícitas de alguns doleiros e, no seu desenrolar, gerou diversos Inquéritos Policiais e Ações Penais contra vários réus com foro privilegiado junto ao STF, ressurgiu a possibilidade da execução antecipada da pena. Nesse contexto, a pesquisa pretende demonstrar que a Corte maior do país pratica ativismo judicial quanto à execução da pena antes do trânsito em julgado. Será debatida a constitucionalidade da execução provisória no processo penal, bem como o atual entendimento do STF a respeito do tema.

Palavras-chave: Ativismo judicial, princípio do estado de inocência, execução provisória da sentença penal condenatória, direito de recorrer em liberdade, hermenêutica.

Abstract/Resumen/Résumé

After the trial of the first Criminal Actions related to the "Operação Lava Jato", which aimed to investigate the illicit financial movements of some money dealers and, in its development, generated several Police Inquiries and Criminal Actions against defendants with privileged forum at STF, resurged the possibility of early execution of the sentence. In this context, the research intends to demonstrate that the country's largest court practices judicial activism regarding the execution of the sentence before finality of res judicata. The constitutionality of

provisional execution in criminal proceedings will be debated, as will the current STF understanding of the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, the principle of innocence, provisional execution of a criminal conviction, the right of free trial; hermeneutics

1. Introdução

As instituições brasileiras responsáveis pela efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais, que são essenciais no Estado Democrático de Direito, têm se demonstrado inseguras quando chamadas para garantia da aplicação de princípios constitucionais que foram implantados a duras penas quando da promulgação da Carta Magna no dia 05 de outubro de 1988.

A pesquisa aqui realizada analisou as questões fundamentais que dizem respeito ao início do cumprimento da pena antes de ocorrer efetivamente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como averiguou o aspecto da constitucionalidade deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Visando um melhor entendimento dos institutos do trânsito em julgado e da presunção do estado de inocência, realizou-se estudo sobre os métodos de interpretação das normas jurídicas, de forma especial na Hermenêutica Jurídica, buscando desvelar, se é que seja possível, os critérios utilizados pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ao permitir o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O ativismo judicial também teve destaque no presente estudo, dada a importância do tema em apreço, haja vista que a decisão do STF coloca em risco a segurança jurídica diante da mudança de posicionamento ou interpretação que a Corte havia aplicado em face da possibilidade de uma execução penal, ferindo princípios constitucionais até então pétreos.

Ao final, com base nos temas expostos, analisou-se o entendimento do STF antes de 2016, assim como o novo entendimento a partir do Habeas Corpus (HC) n. 126.292.

2. Trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a execução provisória da pena

Sob o modelo democrático, a decisão jurisdicional transitada em julgado traduz o impedimento de retratação ou modificação, eis que se exaure os poderes, faculdades e deveres

das partes no processo, dado que tal julgamento se constituiu através de um procedimento em contraditório, que proporcionou as partes o assentimento como autores e destinatários do objeto de deliberação.

Um dos efeitos do trânsito em julgado é a formação da coisa julgada. Para Lopes Júnior (2014, p. 821), coisa julgada “significa decisão imutável e irrevogável; significa imutabilidade do mandamento que nasce da sentença”. Ainda, o autor destaca que existem duas dimensões da coisa julgada: a primeira seria de disposta como uma garantia individual, de modo que asseguraria que ninguém fosse julgado novamente pelo mesmo fato¹; a segunda, trataria da preclusão e a imutabilidade da decisão.

Em perspectiva diversa, convém ressaltar que em uma sentença condenatória o trânsito em julgado gerará a formação de culpa, conforme dispõe o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (CF)². Na esfera infraconstitucional, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)³ disciplina a prisão no ordenamento jurídico pático.

Destarte, tanto a lei quanto a Constituição são condizentes em afirmar que somente há culpa, e, por consequência, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se dá com a conclusão do processo após o julgamento de todos os recursos.

Assim, no momento em que a sentença se torna irrecorrível haverá o trânsito em julgado, gerando efeitos para o condenado de acordo com o artigo 91 do Código Penal (CP), dentre os quais, ressaltamos o cumprimento da pena privativa de liberdade na forma determinada na sentença.

3. O princípio da presunção de inocência

A gênese da prerrogativa fundamental da presunção de inocência ou não culpabilidade surgiu, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano⁴, por meio do preceito “*in dubio pro reo*” (FERRAJOLI, 2014).

¹ Prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

² “Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³ “Ninguém poderá ser preso senão em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 1941).

⁴ (...) Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, senão completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Bastar recordar que no processo medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.

Posteriormente, tal princípio foi seriamente rebatido, principalmente, na Baixa Idade Média, momento no qual a atividade persecutória passou a regular-se por novos procedimentos desenvolvidos de acordo com o sistema inquisitorial.

Consta-se, outrossim, que a partir do Século XII até o final do XVIII, a Europa vivenciou um processo penal inquisitorial, no qual o direito de liberdade individual ficava contido ante a superioridade do poder estatal, segundo Lopes Júnior (2014).

Nesse período, complementa Lopes Júnior (2014), vigorava um processo penal escrito, sem contraditório, secreto e existia, ainda, a presunção da culpabilidade, ou seja, o indivíduo era tratado, desde o começo, pelo Estado-Juiz como se culpado fosse.

Ante este período de grande perversidade e domínio do Estado, no final do Século XVIII, surgiu um movimento na Europa contra abusos governamentais, denominado Iluminismo (LOPES JÚNIOR, 2014).

Sob os ideais iluministas, a presunção de inocência veio a ser consagrada, primeiramente, no artigo 8º da Declaração de Direito do Bom Povo da Virgínia em 1776 (FERRAJOLI, 2014).

Nesse prisma, em 1789, o Estado Francês, através da sua Assembleia Constituinte, formulou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada no dia 26 de agosto de 1789.

Em síntese, esta Declaração insurgiu-se contra o tratamento inquisitorial que dominava até então o processo penal, positivando, pela primeira vez, em seu artigo 9º, o que denominamos presunção da não culpabilidade, in verbis: “Artigo 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendêlo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (FRANÇA, 1789).

Nessa esteira, Francesco Carrara, seguindo as premissas da Escola Clássica, elevou a presunção de inocência a “postulado fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo” (FERRAJOLI, 2014, p. 507).

Nos termos de Jaime Vegas Torres, Carrara considerava a presunção de inocência “un principio estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia” (TORRES, 1993, p. 22)⁵.

⁵ Tradução livre: “um princípio estructurador que estende sua eficácia sobre o processo penal no seu conjunto. Todo o processo penal se põe a serviço da presunção de inocência”.

A partir de então, houve um novo dever de tratamento para aquele que se submetia a um processo criminal, ou seja, não era tratado como culpado antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Contudo, devido ao aumento da criminalidade em razão da Revolução Industrial, no final do Século XIX, o preceito da presunção de inocência veio a ser atacado pelas escolas Positivista e Técnico-Jurídica (FERRAJOLI, 2014).

Inicialmente, o ataque começou pela Escola Positivista, nas figuras dos seus representantes Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, os quais consideravam vazia, absurda e ilógica a presunção de inocência, “o primeiro exigindo a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substância além das provas de culpabilidade” (FERRAJOLI, 2014, p. 507).

Não obstante, as críticas mais severas foram construídas por Vincenzo Manzini, expoente da Escola Técnico-Jurídica, o qual considerava a presunção de inocência “inaceitável”. Discorrendo sobre o tema, Ferrajoli (2014, p. 507) bem coloca o assunto quando adverte:

Mas o golpe decisivo foi desferido em princípio pela autoridade de Vincenzo Manzini, que estigmatizou a fórmula como um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês” e a julgou “grosseiramente paradoxal e irracional” baseada em uma cadeia de petições de princípio: a apriorística valorização dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados, a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que maior parte dos imputados são na realidade culpados.

Com o passar do tempo, houve a superação das discussões dogmáticas das escolas penais italianas, sendo restabelecido globalmente o princípio da presunção de não culpabilidade.

No Brasil, em que pese as constituições brasileiras que precederam a atual terem mencionado várias garantias fundamentais⁶, nenhuma delas explicitou o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

⁶ No entanto, é importante frisar que os textos constitucionais antecedentes mencionavam que os direitos e garantias fundamentais ali delineadas não era um rol taxativo, admitindo, deste modo, a existência de outras garantias fundamentais que estivessem de acordo com a natureza do regime e dos princípios que o informam (Constituição de 1934, artigo 114; Constituição de 1946, artigo 144; Constituição de 1967, artigo 150; Constituição de 1981, artigo 78).

Nesse sentido, Lima (2016, p. 8) relata que “no ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal”.

Com o advento da CF/88, o princípio da não culpabilidade passou a constar explicitamente no inciso LVII do artigo 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo Badaró (2003, p. 280):

A invocação do benefício da dúvida pelo réu no processo penal remonta a tempo imemoriais. Desde os primórdios do processo penal acusatório vigorava a denominada presunção de inocência. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo.

Por meio deste princípio, o acusado é considerado inocente desde o início de qualquer investigação, o que comina em uma divisão de características, as quais se identificam em internas e externas. Na faceta interna, considera-se que a carga de prova deve ficar inteiramente a cargo do acusador, ficando o juiz a mercê das provas trazidas por ele. Já no âmbito externo, referem-se às fases externas ao processo, como por exemplo, a proteção do réu à publicidade abusiva a que é exposto. Há de ser salientado, que nessa última característica o princípio da presunção de inocência deve ser utilizado como um limite democrático à exploração jornalística utilizada em certos crimes.

Em outra vertente, consta ressaltar que com a entrada em vigor da CF/88, traçaram-se incontáveis debates na doutrina. Discutia-se, entre outras coisas, a diversidade terminológica: princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade?

É sabido que em nos Tratados Internacionais é mencionado o princípio da “presunção de inocência”, à medida que a CF/88 “em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado” (LIMA, 2016, p. 8), passando, a ser denominada presunção de não culpabilidade.

Adotando a equivalência de ambas as fórmulas e transpassada a divergência, podemos afirmar que “o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essências da pessoa humana” (BADARÓ, 2013, p. 284).

4. Interpretação do princípio de presunção de inocência no texto constitucional e a oativismo judicial

A interpretação dos dispositivos constitucionais⁷ pode ser definida como sendo um conjugado de procedimentos, desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência, baseados em critérios diferentes, no entanto, reciprocamente complementares (LENZA, 2012).

Como decorrência da superioridade hierárquica das normas constitucionais, além dos métodos de interpretação das demais normas jurídicas, aplica-se a este tipo de normas alguns princípios e métodos próprios.

A constituição não pode ser o que eu quero que ela seja. Ela é o que o Constituinte quis que ela fosse, independente da minha vontade ou da vontade dos magistrados, ainda que sejam Ministros do STF. Nesse ponto, vale mencionar que, muito embora existam vários métodos de interpretação constitucional, importam, para os propósitos desta pesquisa, o destaque do método hermenêutico.

4.1 Método jurídico ou hermenêutico clássico

De acordo com Lenza (2012, p. 153), “para os que se valem desse método, a Constituição deve ser encarada como uma lei, e, assim, todos os métodos tradicionais de hermenêutica deverão ser utilizados na tarefa interpretativa (...)".

Os elementos tradicionais de hermenêutica são: 01) elemento genético, o qual procura investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador; 02) elemento gramatical, filológico, literal ou semântico, que utiliza o sentido textual ou literal do dispositivo; 03) elemento lógico, que tem por fim, a harmonia lógica das normas constitucionais; elemento sistemático, que busca a análise do todo; 04) elemento histórico analisa o projeto de lei, assim como sua justificativa, exposição de motivos, discussões, pareceres, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma; 05) elemento teleológico ou sociológico procura busca a finalidade para qual foi instituída a norma; 06) elemento popular, o exame se implementa partindo da participação da massa; elemento doutrinário, parte da interpretação feita pela doutrina; e, por fim, elemento evolutivo, que segue a linha da mutação constitucional

⁷ Conforme preceituam Alexandrino e Paulo (2011, p. 68), “interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional”.

(LENZA, 2012). Complementando esta visão, Alexandrino e Paulo (2011, p. 70) lecionam sobre este método⁸, trazendo a importância no texto constitucional.

4.2 Método hermenêutico-concretizador

Este método considera a importância do aspecto subjetivo da interpretação, isto é, da pré-compreensão que o intérprete possui sobre os elementos envolvidos na matéria a ser interpretada:

Essa pré-compreensão faz com que o intérprete na primeira leitura do texto, extraia dele um determinado conteúdo, que deve ser comparado com a realidade existente. Desse confronto, resulta a reformulação, pelo intérprete, de sua própria précompreensão, no intuito de harmonizar os conceitos por ele preconcebidos àquilo que deflui do texto constitucional, com base na observação da realidade social. Essa reformulação da pré-compreensão e consequente leitura do texto, cotejando cada novo conteúdo obtido com a realidade social, deve repetir-se sucessivamente, até que se chegue à solução mais harmoniosa para o problema (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 71).

A tal respeito, o renomado professor Streck (2017, p. 89-90) assim preleciona:

Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, em ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. As palavras não carregam o seu próprio sentido ou seu sentido próprio. Trata-se de entender que entre texto (lei) e norma (sentido da lei) não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização.

Assim sendo, o método hermenêutico-concretizador reconhece a supremacia do texto constitucional e, por este motivo, parte da norma constitucional para o problema.

4.3 Ativismo judicial

O ativismo está associado a uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. Cunha (2018), apoiado em Marshall (2002), destaca-se quatro dimensões do ativismo e suas características:

⁸ Por esse método, atribui-se grande importância ao texto da Constituição, uma vez que este é adotado como ponto de partida para a tarefa do intérprete, e, sobretudo, como limite de sua atuação: a função do intérprete é desvendar o sentido do texto, sem ir além do teor literal dos seus preceitos, menos ainda contrariá-los.

- a) Ativismo contra majoritário – relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; fortalecimento da jurisdição constitucional; poder judiciário como legislador negativo;
- b) Ativismo jurisdicional – ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário; correção, modificação ou complementação de leis e atos administrativos;
- c) Ativismo criativo – utilização da hermenêutica como forma de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais; hermenêutica concretista e princípio da proibição da proteção insuficiente (Konrad Hesse); fundamentação em conceitos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo e por fim;
- d) Ativismo remedial – imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos; determinação de políticas públicas, criação ou remodelação de órgãos, regulamentações legais etc.

Nesse diapasão, Streck (2016, p. 100-101) leciona que:

Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? No mais, decisões contra legem são práticas ativistas, porque, nesse caso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar do constituinte e/ou legislador ordinário. Também é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, remetendo o direito aos cânones formalistas.

Na lavra do voto preferido pelo ministro Luis Roberto Barroso nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, que têm como objeto a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, face à decisão proferida pelo STF no famigerado HC n. 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, verifica-se uma interpretação da norma jurídica por meio de ativismo judicial (BRASIL, 2016).

Em seu voto (tópico 15), o Ministro Luis Barroso assim se manifestou:

Terceiro, promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição. Assim, ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, fortalece - se a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal, bem como restaura - se a própria confiança da sociedade na Justiça Criminal (BRASIL, 2018).

Em outras palavras, os direitos e garantias fundamentais são tachados de protetores de bandidos, a busca e a efetivação desses direitos torna-se sinônimo de afronta à sociedade e de garantia de impunidade. Os valores constitucionais são violados face a inúmeras omissões estatais, uma delas seria por não garantir ou permitir com um melhor aparato humano e maquinário, a celeridade nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário.

A interpretação do ministro Barroso no sentido de que o cumprimento imediato da pena após julgamento por órgão colegiado seria uma forma de moralizar o Poder Judiciário, afronta claramente o termo normativo expresso na norma infraconstitucional, qual seja, o início do cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A vontade do legislador infraconstitucional e constitucional certamente não foi essa, se assim o fosse, constaria expressamente no texto normativo, o que não é o caso.

Quando se utiliza da moral para justificar a aplicação da norma penal, adentra-se em uma seara em que o campo da pessoalidade do julgador pode falar mais alto do que o conteúdo propriamente dito da norma jurídica. Na relação da justificação do direito pela moral, assim preceitua Hans Kelsen em sua festejada obra Teoria Pura do Direito:

Uma justificação do Direito positivo pela Moral apenas é possível quando entre as normas da Moral e as do Direito possa existir contraposição, quando possa existir um direito moralmente bom e um Direito moralmente mau... a ideia de que não há uma única moral, “a” moral, mas vários sistemas de moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos, e que uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder, no seu conjunto, às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe é submetida (KELSEN, 1996, p. 76-77).

Ora, a lei é o que está expressamente previsto no seu texto legal e não aquilo que seu intérprete quer que ela seja.

Como dito pelo professor Lenio Streck em seu artigo publicado no dia 22 de março de 2018:

Na verdade, há que se admitir que a tese de que é possível prender a partir do segundo grau é uma tese moral. E não uma tese jurídica. A tese moral é a de que ‘devemos combater a impunidade’. Então, podemos substituir a lei pela moral ou por argumentos de clamor social (...) (STRECK, 2018).

Portanto, se fosse essa a vontade do legislador, o texto normativo traria em seu conteúdo a permissiva da custódia do condenado para dar início ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Crê-se que não o fez quando da redação

do artigo 283 do CPP, pela reforma conferida pela Lei n. 12.403/2011, por ser clara a ofensa ao princípio constitucional da presunção do estado de inocência.

O STF, ao permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado, realiza um verdadeiro ativismo judicial, assumindo o papel do Poder Legislativo, a quem incumbe precipuamente a função de legislar.

Assim, declarar legalidade de tal conduta é ir muito além de sua atribuição, que se restringe na aplicação da norma legal vigente, não usurpando da vontade do legislador, que certamente não é a mesma da interpretação dada pelo STF o caso em análise.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além de abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação (STRECK, 2017).

Não há produção democrática de um direito ou de uma norma jurídica quando emanada de um órgão constitucionalmente ilegítimo para criação ou mutação de um direito que atingirá grande parcela da sociedade. O STF está criando novo entendimento jurídico em contrariedade total ao texto normativo da CF/88 e de Leis Ordinárias federais, competência clara da casa de lei, ou seja, do Congresso Nacional, onde de forma participativa e democrática se constrói leis.

4.4 Precedente do STF em face do ativismo judicial via HC

A Lei n. 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, fruto de momento da Lei e da Ordem, sancionada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, editada com a finalidade de dar maior eficácia no controle da criminalidade impondo maior rigor na aplicação de normas penais, que teve como um dos idealizadores o sociólogo alemão Ralf Dahrendorf (Movimento Político-Criminal da Lei e da Ordem), vedou no seu artigo 2º, § 1º a Progressão de Regime aos condenados por crimes equiparados os considerados hediondos (BRASIL, 1990).

O STF foi acionado por diversas vezes a analisar o aspecto constitucional do referido dispositivo, haja vista que ocorria uma afronta ao artigo 5º, inciso XLVI da CF/88 o qual dispõe que “a lei assegurará a individualização da pena”. No caso em apreço ao vedar a progressão de regime nos crimes hediondos, referido diploma legal impedia ao magistrado de aplicar o artigo 59, inciso III do Código Penal (CP), onde deveria indicar o regime inicial do cumprimento da

pena privativa de liberdade, possibilitando o cumprimento da pena de forma progressiva como elencado no artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Por diversas vezes o STF via julgamento de HC entendeu pela constitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, entendemos que se tratava de uma exceção a regra do artigo 33 do CP.

O tema veio novamente à baila quando da edição da Lei n. 9.455/97 (Crime de Tortura), quando o legislador disse textualmente que pena seria cumprida em regime inicialmente fechado, ou seja, possível a progressão de regime. Por ser um tipo penal equiparado a hediondo por força do artigo 5º, inciso XLIII, causou novo transtorno na ordem jurídica, tendo em vista que alguns estudiosos e aplicadores do direito entenderam ser possível a progressão de regime a todos os crimes hediondos.

Novamente chamada a manifestar sobre o tema no dia 09/10/2003 a Suprema Corte editou a Súmula 698: “não se estende aos demais crimes hediondos à admissibilidade de progressão de execução da pena aplicada ao crime de tortura” (SÚMULAS, 2017).

Após inúmeros HCs impetrados no STF sobre o tema, quase 16 anos após a edição da lei dos crimes hediondos, no dia 01 de setembro de 2006, julgando o HC n. 82.959, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, o Pleno do STF assim se manifestou:

Pena - regime de cumprimento - progressão - razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena - crimes hediondos - regime de cumprimento - progressão - óbice - artigo 2º, § 1º, da lei nº 8.072/90 - inconstitucionalidade - evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Ante a referida decisão, mesmo em sede de HC com efeito apenas para a parte impetrante, diversos tribunais e magistrados de imediato aplicaram progressão de regime aos crimes equiparados e considerados hediondos.

Por fim, a Lei Federal n. 11.464, de 28 de março de 2007, disciplinou a matéria em consonância com o entendimento do STF permitindo a progressão de regime nos crimes hediondos, criando uma fração diferenciada da Lei de Execuções Penais, qual seja, 2/5 para reeducando primário e 3/5 para reeducando reincidente.

5. Oscilação da posição do stf acerca da matéria

O STF a partir de 2009, no julgamento do HC n. 84078/MG, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, contudo eximia a viabilidade de decretação de medidas cautelares, se satisfeitos os requisitos do artigo 312 do CPP (BRASIL, 2009b).

A partir do citado julgamento se encontrou pacificado, perante a Corte Suprema, a impossibilidade de execução da pena quando restar ao acusado o direito de recorrer da decisão dos Tribunais Superiores, tendo em vista que a constrição de liberdade, nesse caso, só será possível quando revestido de medida cautelar.

Tendo como base o princípio da presunção de inocência e o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o STF afirmou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, quando a sentença não houver transitado em julgado, admitindo-se, portanto, a prisão somente a título cautelar⁹.

Com a escalada da insegurança, formação e corporificação de organizações criminosas, endoestatais e paraestatais, confundidas entre si, organizações criminosas armadas, aumento de índices de homicídios e crimes de impacto social, resolveu-se então, no seio jurídico, por pressão social e inclusive estatal derruir esta visão unilateralista e/ou finalista, a fim de construir uma saída interpretativa que acatava a prisão do condenado em segundo grau jurisdicional ou em segunda instância.

Ocorreu, neste meio tempo, aliado a esta nova visão judicante e legiferante, o início da condenação de judicial e prisão de cidadãos políticos que ostentavam alto grau de poder e respeitabilidade social, permeada por amplo conhecimento e até no passado serem aqueles que nomearam os próprios agentes políticos em segundo grau jurisdicional nos Tribunais pátios, que posteriormente os julgariam. É fato. Mensalão e Operação Lava-Jato conferem fidedignidade a esta realidade, concordem ou não com os meios e instrumentos utilizados pelas autoridades policiais ou judiciais.

Aos 17 dias do mês de fevereiro de 2016, o Plenário do STF, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki negou a ordem de HC n. 126.292 (SP), por sete votos a quatro, entendendo possível o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença penal em segundo grau, respeitando, no entanto, o princípio da presunção da inocência.

⁹ Vide HC n. 93.062, julgado pela 1ª Turma do STF (Brasil, 2009a).

O relator do julgamento destacou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Não obstante, após proferir a sentença, esgota-se o princípio da não culpabilidade, inclusive porque, após a decisão de segundo grau, pode-se discutir, em sede recursal, apenas matéria de direito, sendo vedado rediscutir fatos e provas:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. (...) É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por quanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória (STF. HC 126.292/SP - SÃO PAULO. Relator: Min. Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016) (BRASIL, 2016).

Nessa mesma trilha de intelecção, Luís Roberto Barroso, em seu voto, afirma que ocorreu mutação constitucional, vejamos¹⁰.

Apoiaram este novo posicionamento ainda os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Divergiram os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A contrario sensu do relator, o Ministro Celso de Mello destacou o seguinte:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

(...)

¹⁰ Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição (...) (STF. HC 126.292/SP - SÃO PAULO. Relator: Min. Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016) (BRASIL, 2016).

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (STF. HC 126.292/SP - SÃO PAULO. Relator: Min. Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016) (BRASIL, 2016).

Em momento posterior, por maioria, o Plenário do STF reiterou o entendimento de que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e, consequentemente, indeferiu liminares pleiteadas nas ADCs 43 e 44.

As ações foram propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tendo como um dos advogados impetrante o Dr Lenio Luiz Streck, os quais requereriam concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Os requerentes afirmaram que o julgamento do HC n. 126.292, em fevereiro de 2016, no qual foi firmada a possibilidade da execução provisória da pena, gerou profunda controvérsia jurisprudencial sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, eis que, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que ignoram o disposto no artigo 283 do CPP.

O Plenário do STF não aguardou a conclusão do julgamento das ACDs, sendo que no dia 11 de novembro, manifestou novamente o seu posicionamento sobre a possibilidade da execução antecipada da pena por meio do Plenário Virtual, no qual, os ministros julgaram um Recurso Extraordinário com Agravo que tratava dessa matéria. Contudo, o tribunal superou o Agravo e julgou o mérito do recurso, reafirmando a jurisprudência instalada a partir de fevereiro de 2016.

6. A execução antecipada da pena como ofensa ao princípio da não culpabilidade/presunção de inocência

Após anos de posicionamento contrário, o STF entendeu ser possível a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, admitiu o cumprimento prematuro da pena imposta após confirmação da condenação em segunda

instância, ainda que pendente julgamento dos recursos aos tribunais superiores. Tal decisão vem gerando incansáveis debates no mundo jurídico.

Passar-se-á a analisar cuidadosamente os aspectos desta decisão, a qual abriu um temerário precedente ao relativizar o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

A presunção de inocência está consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, restando absolutamente claro que somente há culpa após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Harmoniosamente com tal cláusula pétrea, o artigo 283 do CPP, com redação aprovada pela Lei n. 12.403, de 2011, dispõe que:

Ninguém poderá ser preso senão em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2011).

De fato, a Exposição de Motivos n. 22 do Ministério da Justiça, de 25 de janeiro de 2001, que acompanhou o Projeto da Lei n. 12.403/2011 (BRASIL, 2011), deixa evidente que não existe possibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar.

Desta forma, conjugando ambos dispositivos, entende-se que somente há culpa e, consequentemente, execução da pena, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, após julgados todos os recursos.

Há, portanto, uma única possibilidade de restringir a liberdade do acusado antes do trânsito em julgado: decretando a prisão cautelar, desde que presentes os pressupostos autorizadores para tal medida. Fora este caso, o acusado deverá ser tratado durante todo o processo como inocente.

No entanto, diverso é o novo entendimento do STF, que dispõe que a sanção imposta ao acusado em segundo grau será imediatamente aplicada, ainda que existam recursos para os Tribunais Superiores. Ocorre que, se existem recursos pendentes de julgamento, a condenação não transitou em julgado e a decisão não é terminante, e, segundo a redação constitucional, o acusado não será considerado culpado.

Ao aceitar a execução antecipada da pena, permite-se a punição de alguém não culpado, assim apontado pela CF/88, além de omitir a vigência do artigo 283 do CPP, sem haver, contudo, a declaração formal de sua constitucionalidade.

Para procurar fundamentar esta nova interpretação, os Ministros valeram-se de exemplos de ordenamentos jurídicos estrangeiros, assim como também apontaram a necessidade de se evitar a prescrição e os recursos meramente protelatórios, além do clamor público que está cansado da tardança da justiça. Contudo, tais razões não se sustentam.

A invocação do direito comparado usada não leva em consideração as incontáveis particularidades dos sistemas jurídicos invocados, que começam desde a fase policial até o sistema recursal e carcerário. Além disso, em nenhuma Constituição de algum dos países citados está prevista a presunção de inocência até o trânsito em julgado, o que por si só já impede a infundada comparação.

Por outro lado, no tocante ao exagero recursal com intuito protelatório, deve-se ressaltar que para os recursos de natureza extraordinária existem inúmeras condições que dificultam a sua interposição desmedida, tal como a demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário.

Entretanto, ainda há outra medida a ser tomada: cabe ao legislador limitar as hipóteses de recursos de natureza extraordinária, aumentando seus requisitos com a finalidade de dificultar a sua interposição. Não é atribuição de o judiciário promover uma mudança revestida de caráter legislativo.

No que tange ao assunto da prescrição da pretensão executória, bastaria que fosse modificada a redação do artigo 112, inciso I, do CP¹¹, passando a constar que o início do prazo prescricional somente seria iniciado após o trânsito em julgado para ambas as partes.

Percebe-se que a decisão da Suprema Corte se mostra inadequada ao cenário de um Estado Democrático de Direito, porquanto relativiza uma cláusula pétreia, alterando a própria redação constitucional por meio de uma estratégica interpretação insustentável, afastando-se, inclusive, da sua missão: a guarda da constituição¹².

O direito de ser presumido inocente, pela própria redação constitucional, não é um direito que vai se esgotando ao decorrer do processo, mas ao contrário, ele permanece constante e impassível durante o decorrer da persecução criminal. Existe apenas um único elemento que pode afastar tal presunção: a sentença condenatória penal transitada em julgado.

¹¹ “Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;”

¹² Art. 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...)” (BRASIL, 1988).

7. Considerações finais

O STF, ao permitir e entender constitucional o cumprimento antecipado da pena, criou um precedente contrário ao que preceitua o texto estampado no artigo 283 do CPP, porquanto a prisão pena somente poderia ocorrer por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Portanto, fora criada pela Suprema Corte uma nova modalidade de prisão preventiva.

Referida decisão fere indubitavelmente preceitos constitucionais estampados no artigo 5º incisos LVII e LXI (presunção de inocência e ordem de prisão devidamente fundamentada pela autoridade competente) da CF/88, meio totalmente inidôneo para alterar cláusulas pétreas, que deveria ser feito pelo Poder Legislativo por meio de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

O STF realiza um verdadeiro ativismo judicial, indo muito além de sua esfera de competência, não sendo o órgão constitucionalmente originário para proceder tais alterações nos textos normativos descritos na presente pesquisa. Claramente, o texto constitucional foi raspado, sem motivos plausíveis, ocorrendo um verdadeiro retrocesso social, pois o princípio da presunção de violência foi nitidamente violado, havendo, por conseguinte, grande afronta aos direitos humanos.

Lançar mão do argumento que defende ser a presunção de não culpabilidade¹³ um princípio e que, bem por isso, deva ser efetivado em cotejo com outros princípios, sofrendo temperamentos para a harmônica coesão do ordenamento jurídico, é passar ao largo da teoria dos princípios e regras, fazendo do argumento principiológico uma prótese para colmatar uma subjetividade nada constitucional.

A presunção de não culpabilidade supera, inclusive, o caráter de regra probatória e de tratamento, conformando, em verdade, um status político do acusado, pois diz diretamente com a democraticidade e força normativa dos tratados sobre direitos humanos subscritos pelo Estado ao qual está vinculado o indivíduo. E, sabemos, o grau de conformação constitucional alcançada pelo processo penal – máxime no que toca em garantias de liberdade – serve de termômetro para aferir os elementos autoritários ou democráticos da Constituição.

¹³ O CF/88, ao estatuir a presunção de não culpabilidade como garantia fundamental, o fez com os olhos postos no odioso regramento que onerava o acusado com a prova de sua inocência, vigente durante o regime de exceção instalado em 1964 e, sobretudo, a partir do recrudescimento autoritário de 1968 com o Ato Institucional n. 05.

Por fim, houve uma mudança de paradigma hermenêutico, vislumbrando uma situação de excepcionalidade manifesta, segundo maioria dos Ministros votantes, concedendo uma liminar sob pretexto de que o próprio Supremo demoraria demais no julgamento do caso Lula, abrindo-se uma janela orbital e intergaláctica para que o Supremo reafirme ou não que a execução da pena se dará após o trânsito em julgado da condenação em segundo grau jurisdicional, por interesse pontual, desmoralizando a Suprema Corte e reafirmando o princípio da relativização da coisa julgada *ad eternum*.

Espera-se que a Corte Maior possa refletir melhor e, num futuro próximo, devolver o status a quo do texto constitucional, prismando pelo respeito e proteção do princípio constitucional da presunção de inocência.

8. Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 7.ed. São Paulo: Método, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Diário Oficial da Justiça, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o/1946.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o/1934.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o/1891.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

_____. **Ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44**. Relator: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/votoministrobarroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Diário da Justiça da União, Brasília, 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. **Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. **Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.**

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em 11 jan. 2018.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências.**

_____. Supremo Tribunal Federal. (Quinta Turma). **HC 126.292/SP.** Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento em: 17 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 16 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **HC 93.062.** Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento em: 10 de fevereiro 2009a. Diário da Justiça da União, 12 de março de 2009a.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **HC n. 84.078/MG.** Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em: 05 de fevereiro 2009b. Diário da Justiça da União, 12 de março de 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC n. 82.959/SP.** Relator Ministro Marco Aurélio. Informativo n. 417 (23.02.2006). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CUNHA, Jose Ricardo. **Ativismo judicial, limites e possibilidades.** Disponível em: <<http://www.esmarn.org.br/cursos/aperfeiçoamento>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, 1789.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed.-São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2016.

_____. Curso de Processo Penal. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. V. 73, set. 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos direitos Humanos**. 1948.

STRECK, L. L. **Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim? 2018**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomumsegundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento 2017.

_____. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de PósGraduação em Direito Unisinos: mestrado e doutorado. Livraria do Advogado, 2016.

SÚMULAS. Verbo Jurídico. 2017. Disponível em:

<<http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/sumulas-atualizadas.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

TORRES, Jaime Vegas. Presunción de inocéncia y prueba em el processo penal. Madrid: La ley, 1993.

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL DO SÉCULO XXI: A FUNÇÃO DE GARANTE DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL E A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Fábio Tavares Amorim

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Rubens Beçak

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo

O presente artigo científico busca promover a breve análise dos efeitos decorrentes do constitucionalismo abrangente adotado pelo Brasil na perspectiva da Jurisdição Constitucional do Século XXI, argumentando o protagonismo do Poder Judiciário na análise de questões político-jurídicas. Utilizamos como método a revisão doutrinária e a análise de precedentes, sendo pesquisa explicativa e exploratória com estudo de casos (jurisprudência). Ao final, evidenciaremos o descompasso do mito do legislador negativo com o Estado Democrático de Direito, buscando-se, também, que o leitor conheça a função de garante da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Legislador Negativo. Estado Democrático de Direitos.

Abstract/Resumen/Résumé

This piece of academic work aims to promote a brief analysis of the fundamental positive laws and its resulting judicial aspects, exposing the mismatch in the negative legislator myth through a historical analysis of the Brazilian Constitutional Jurisdiction. It is also sought that the reader is familiar with the guarantee function of the constitutional jurisdiction, understanding that the commitment made by the constituent legislator leads to deep verticalization in the juridical ordainment interpretation, promoting the binding between the concepts of justice and moral, in such way to justify and demand neo-constitutional interpretation, in strict observance of the Democratic State of Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neo-constitutionalism, Negative Legislator, Democratic State of Rights.

1. Introdução

A história recente do Brasil compreendida no período democrático pós-1988 tem sido marcada pelo protagonismo do Supremo Tribunal Federal em inúmeras questões da vida em sociedade. O compromisso da jurisdição com o Estado Democrático de Direitos passou a consistir o pilar de fundamento e garantia da sua própria existência, e, em decorrência disto, as Cortes Constitucionais não podem se furtar de analisar, com a profundidade necessária, as questões que legitimamente lhe forem submetidas.

Não se pode perder de vista a dificuldade de obtenção de consensos sobre determinados, seja perante a sociedade, perante o Poder Legislativo ou, ainda, no Poder Judiciário. O Brasil, assim como outros países que cujos territórios têm dimensões continentais, possui fronteiras terrestres e marinhas, sendo o quinto país com a maior população mundial.

O presente artigo objetiva contribuir com a discussão acerca do modelo de jurisdição constitucional que é adotado no Estado Brasileiro, buscando apurar se o mesmo legitima a análise de questões republicanamente sensíveis e, por vezes, que evidenciam posicionamento contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, principalmente na perspectiva do Século XXI.

Este debate nos parece importante eis que a função de garante da jurisdição constitucional eventualmente adentrará caminhos tortuosos, ocasionando o questionamento quanto ao poder/dever de sua atuação, sobretudo em virtude da usual prática de autocontenção, tendo se permitido ser reduzida, por anos, a mera condição de corte de cassação.

Inexoravelmente, a discussão que se trava é se a Suprema Corte ao verticalizar a aplicabilidade dos princípios e direitos fundamentais estaria legislando ou meramente interpretando conforme a constituição, pois conforme reafirmado por CANOTILHO (2002, pag. 1386), "*os direitos fundamentais não devem responder à justiça em abstrato*", não podendo mais ser disfarçado que vivemos "*um mal-estar constitucional*"¹ já que o Estado de Direito Democrático não se efetivou para boa parte da população, surgindo deste fato, mas não isoladamente, o poder/dever da Corte Suprema em reduzir a defesa da Constituição ao aparato instrumental, implicando não somente na tarefa de conservar direitos, mas também de realizá-

¹Expressão utilizada pelo Ministro do STF Luiz Roberto Barroso na sua obra " o direito constitucional e a efetividade de suas normas", obtemperando o insucesso da realidade jurídica desenhada pela Constituição.

los.

O presente trabalho busca assim, oferecer um panorama sobre a influência dos direitos fundamentais na verticalização da interpretação constitucional brasileiro pós-1988, promovendo a breve ponderação entre direito e moral, buscando apurar em suporte jurídico a necessidade do neoconstitucionalismo, seus atuais entraves ao Estado Democrático de Direitos e os fundamentos filosóficos e históricos da referida discussão (direito x moral).

2. Considerações Iniciais

Como prólogo da temática, relembra-se que por anos no mundo houve efetivo debate sobre a legitimidade do órgão que deveria promover a análise da conformidade e da validade dos atos do parlamento e do governo à luz da legislação, vez que no Estado Absolutista esta função centrava-se unicamente no Rei.

Ante o declínio do absolutismo e o surgimento do Estado Liberal, surgiu a necessidade de separação dos poderes, objetivando-se maior proteção da liberdade individual e o aumento da eficiência do Estado. Assim, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, surgiu a função jurisdicional, de modo que somente o juiz poderia interpretar (dizer) o direito, consistindo em atividade extremamente limitada, vez que sua função era exclusivamente de declarar a lei, sem produzir direitos novos.

A conformação da separação de Poderes, sobretudo com Kelsen, resumiu de forma exacerbada os ideais liberais e, portanto, com forte carga de influência do positivismo. Se antes no Estado Absoluto prezava-se pelo Direito Natural neste outro momento prezava-se pelo Direito Positivo, de modo que a Lei justa é a lei concreta, pouco importando os critérios de validade de justeza/moralidade.

Para Kelsen, o Poder Judiciário possuía a função estritamente supressiva² e qualquer novo conteúdo adicionado aos dispositivos, quer por criação ou alteração das regras, esbarraria na inviabilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo, tal como no caso de definir a validade do foro por prerrogativa de função, da (a)tipicidade do aborto praticado até o 3º mês de gestação e definição dos requisitos para ocupação dos cargos de chefia e direção do Poder Legislativo (casos analisados pelo STF), dentre os outros.

²Neste sentido, importante mencionar o atual posicionamento do E. STF na Adi n.1063-8-DF, Voto Ministro Celso de Mello: “A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser usada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador Positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar”.

O esgotamento deste modelo deu-se, sobretudo, após a Alemanha Nazista, demonstrando que não bastava para o Estado o mero respeito às normas, posto que legalmente válidas, se estas não forem, ao mesmo tempo, justas. Introduziu-se, com o pós-positivismo, a reintrodução das ideias de justiça e legitimidade.

Assim o Poder Legislativo passa a ser efetivamente igualado ao Poder Executivo e Judiciário, passando, a lei, a ser passível de limitação, evidenciando a mudança de paradigma até então existente.

No Brasil, embora outras constituições tenham previsto o controle de constitucionalidade, faz-se mister ressalvar o avanço democrático promovido pela Constituição de 1988 e legislações posteriores, as quais conferiram maiores autonomias ao Poder Judiciário, ocasionado o protagonismo deste último em questões afetas à área jurídico-política do Estado Brasileiro³.

Essas mudanças nos mecanismos de controle vieram acompanhadas de declaração formal e descritiva pelo legislador originário acerca dos direitos fundamentais entre outras questões. A Constituição Brasileira legisla sobre organização dos poderes, processo legislativo, direitos fundamentais, assim como as constituições em geral, mas também legisla sobre criança e adolescente, idosos, sede do colégio Dom Pedro II, entre outros temas de natureza não constitucional, possibilitando uma vasta gerência do Poder Judiciário sobre as diversas questões afetas à sociedade e ao Estado.

O aumento do número de legitimados a promover o controle de leis e preceitos perante o Supremo Tribunal também foi acrescido com a Constituição de 1988, de forma que raramente assuntos pouco relevantes para a sociedade deixarão de ser submetidos ao crivo da Suprema Corte.

A esta ação de levar para o debate jurídico questões a seara política, denomina-se judicialização da política, ato que, para o bem e para o mal, tem ocasionado tensões entre os poderes, evidenciando, como dito, a necessidade do estudo proposto.

De lado outro, mais em evidência na esfera criminal, rotineiramente tem-se notícias de que a efetivação do ordenamento jurídico tem se mostrado popularmente questionável, vez que a população, adormecida no seu estado de inação republicana, não consegue promover a

³Neste sentido, podemos mencionar a ampliação do rol de legitimados para interposição de ações de controle (adi, adc, ado); a criação da inconstitucionalidade por omnissão; criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, positivada no ordenamento jurídico junto à promulgação da Constituição do Brasil, conforme consta no art. 102, §1º (inicialmente com previsão no parágrafo único, tendo havido a modificação topográfica do instituto com a EC n.º 3/1997); a criação da ação direta de constitucionalidade (EC n.º 3/1997); a atribuição de efeito vinculante as decisões proferidas em controle concentrado; entre outros.

cobrança daqueles que deviam proteger de forma legiferante os seus interesses. Em outras palavras, há evidente crise de representatividade no Estado Democrático, a qual ocasiona reflexos prejudiciais ao Poder Judiciário, pois a este cumpre, tão somente, a interpretação do ordenamento jurídico, não podendo inová-lo, salvo algumas estritas hipóteses.

Assim, tem-se afirmado que o Poder Judiciário tem “lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando dogmática fluida, com elevado grau de liberdade⁴” e que as decisões do sodalício “vão além do que o caso concreto exige, *criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador*”.

Mas a bem da verdade, pelo modelo de ordenamento jurídico escolhido pelo legislador, o Poder Judiciário não pode se furtar do conhecimento das questões que lhe são submetidas, devendo aplicar o ordenamento jurídico, ainda que contra os anseios na população ou dos demais Poderes, como forma máxima de dar efetivos contornos aos princípios fundamentais consagrados na Carta da República.

Isto porque, a Carta da República não pode ser relegada a mera carta de intenções, cujos direcionamentos constituam verdadeira letra morta sem efetiva atuação e influência no ordenamento jurídico e na vida em sociedade.

A história da jurisdição constitucional e o atual ordenamento jurídico requerem, como se demonstrará, atitude ativa do Poder Judiciário, implementando as normas ao custo político e jurídico que se efetivar o direito sob os cânones da justiça, rezando pela higidez dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta da República.

Com estas considerações, busca-se verificar no presente estudo se o STF tem verticalizado a interpretação dos princípios e direitos fundamentais, interferindo no âmbito de atuação de outros poderes no intuito de intensificar os valores e objetivos constitucionais, promovendo, em decorrência, o ativismo judicial⁵, de forma a afastar-se do ideal da escola de jurisdição constitucional kelseniana, a qual consagra, por excelência, o modelo de legislador

4 Trecho do texto da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, de autoria do ex-Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT/PI) [propositura arquivada].

5 “Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.09.

negativo (*der negative Gesetzgeber*), vez que enquanto guardião da Constituição, o Poder Judiciário seria o responsável tão somente por tirar a vigência das leis do ordenamento, legislando de forma negativa.

2.1. Prolegómenos acerca da separação entre o direito e a moral

Entremos, quanto haja a efetiva preocupação quanto aos limites da atividade da jurisdição constitucional, faz-se mister analisar a necessidade da verticalização da supremacia da constituição, de forma a descobrir se a tutela e guarda da Constituição Federal visa, precípua mente, assegurar que os princípios e valores inerentes a Carta da República sejam efetivados e concretizados na vida dos cidadãos. De modo que os direitos seriam garantias dos cidadãos que devem inexoravelmente serem respeitadas pelo Estado Brasileiro, independente se tal função é típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Sem embargo da concepção de que por vezes o enfrentamento de temas polêmicos são relegados a segundo plano pelo legislador derivado, o Supremo Tribunal Federal tem verticalizado a interpretação dos princípios e normas idealizadoras dos direitos e garantias fundamentais pelo sistema jurídico, adotando papel que ultrapassa a mera representação de atividade legislativa negativa.

Neste sentido, poderíamos citar dois casos mais recentes, que consistiram em verdadeira atuação positiva do STF para o bem da moralidade pública e preservação do ideal democrático.

A primeira seria a proibição de nepotismo nos três poderes. O STF interpretando a norma que garante a moral na administração pública (art. 37 da CF) entendeu ser proibido a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas

O segundo caso, é a criação da norma de fidelidade partidária. O STF entendeu que a mudança de partido pelos eleitos pelo critério proporcional violaria a confiança e vontade popular dos eleitores, de forma que a mudança de partido sem justa causa ocasiona a perda do mandato parlamentar.

E, assim como em outros casos, como a possibilidade de aborto de feto anencefálico e outros temas mais sensíveis, será necessário entender que o Supremo Tribunal eventualmente contrariará os interesses da maioria legislativa, ocasionando a discussão sobre a legitimidade das suas decisões, pois tanto na Corte Constitucional quanto nas Casas Legislativas as teses vencedoras ganham por *quorum* e não qualidade.

Neste panorama, reacende a discussão entre direito e moral talvez seja uma das mais antigas do mundo jurídico, tendo origem na Grécia e foi efervescida no Século XX, principalmente em virtude dos debates entre os principais expositores da questão, Ronald Dworkin e H.L.A. Hart, tema que merece estudo próprio e desde já sugere-se ao leitor.

Em linhas gerais, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, a questão assume relevância ante o entendimento de que a moral é um sistema normativo autônomo, individual de cada sujeito e criado individualmente pelo próprio indivíduo em face da sua própria consciência. Assim, diferencia-se do direito, o qual possui caráter público, geral e abstrato, estando interligado entre os demais indivíduos em virtude de agente externo à vontade do próprio sujeito. Evidencia-se, assim, que direito e moral não caminham necessariamente juntos.

Essa dicotomia é sintetizada por Kant, ao afirmar que a autonomia de vontade (*autonomie des willens*) é a principal característica distintiva da moralidade, pois ela consiste em ser lei pra si mesma, sem depender de fatores externos para sua convalidação. Assim, a mesma possui autonomia própria, sendo incoercível.

O direito, por sua vez, é bilateral, vez que impõe um dever jurídico a determinado alguém, atribuindo-lhe direito ou poder subjetivo a outrem, possuindo como principal característica a coercibilidade, designando a capacidade de coagir alguém em respeito ao cumprimento das normas.

A questão mostra-se relevante ao presente trabalho, eis que deve ser estabelecida premissa a fim de possibilitar o entendimento acerca da validade da interpretação constitucional a ser concedida caso a caso, a fim de apurar se a mesma deverá ser fundamentada em critérios morais de justiça ou lastreados unicamente no direito, este entendido como norma jurídica posta.

3. Panorama histórico sobre a ideia de Justiça

Embora hodiernamente o conceito de justiça esteja intimamente atrelado à positivação de normas jurídicas e obediência aos princípios implícitos e explícitos no ordenamento jurídico, antigamente, por influência do direito natural, o conceito de justo encontrava-se intimamente relacionado ao moral e eticamente aceitável.

Como ponto de partida, rememoramos que no direito Greco-Romano calcado pelo critério do direito natural (*jus naturalismo*), os mitos consubstanciavam os costumes e serviam como fonte de profusa e animada elaboração jurídica, vez que a consciência ética e a índole do povo grego estavam entrelaçados aos seus hábitos e costumes.

Seus cidadãos possuíam, assim, sentimento conjugado de justiça, não bastando o mero estudo formal da lei e o que ela dispõe, precisando saber qual a reação causada ao povo para a qual se dirigiu, os efeitos que causou e se realmente chegou a ser utilizada com proveito.

Certo é, que nos parcos documentos encontrados relativo ao ordenamento jurídico grego, a ideia de justiça estava-se atrelada a questão da moral, do que efetivamente se acha certo no bojo da sociedade e deveras era refletido pelo direito natural. Neste mesmo sentido, são as lições de JÚNIOR (2003, pag. 70), ao mencionar que “*há no direito ático a presunção de uma quase impossibilidade da lei iníqua, uma presunção tal de justiça da lei que, de certa maneira, embaçou entre os gregos a distinção de direito e moral*”.

Apesar de muitas semelhanças com o direito natural em relação a justiça, é no Mundo Grego que ocorre a cessão do direito da religião e passa a se tornar lei (*nómos*). Apesar disso, em virtude das normas serem, em sua maioria, criadas pela própria deliberação coletiva, o ordenamento positivo não abandonou o vínculo com a dimensão moral, podendo se falar em unidade política-jurídica-ética.

Esse direito natural era tão relevante que o direito positivo devia estrita observância a ele, podendo, em caso de desconformidade, ser injusto segundo os critérios da justiça natural, podendo inclusive serem relativizados ou nulificados. Este cenário restou demonstrado principalmente no Mito de Antígona, onde a personagem que dá nome ao mito confrontou Creonte (Imperador) quando o mesmo negou as honras e sepultura a um de seus irmãos, contrariando a lei divina (direito natural).

Tal pensamento permaneceu até a queda do Império Romano do Ocidente, notadamente com a escolástica de São Tomás de Aquino, o qual entendia que uma lei injusta não é o direito no sentido ético, sendo-o, porém, no sentido normativo, não cogitando-se da sua nulidade. A bem da verdade, Tomás de Aquino classificava as leis como eternas, natural e humano-positiva.

A primeira, refere-se ao plano da divina sabedoria, dirigindo todas as ações e movimentos e não sendo conhecidas pelo homem, de modo que a sua manifestação é revelada pela lei natural. A segunda, referia-se a razão natural, aquela que permite ao homem descobrir o que é bom ou mau, manifestando-se pelo ser humano, pelas suas tendências e inclinações através das leis eternas. Mas, nenhuma das duas seriam o suficiente, para Aquino, se não viesssem espelhadas pelas leis humanas-positivas⁶.

AZEDO (2013, pag. 84) relembra as diferenças entre a lei natural e as leis humanas, afirmando que a primeira abrange princípios e normas de caráter geral, enquanto a segunda, emanada pela Autoridade, procurará encontrar soluções para as hipóteses mais restritas e concretas, afastando dúvidas que aquela não resolveu. Menciona ainda o Autor que “Não obstante, a lei humano-positiva deve estar sempre em consonância com a lei natural; e, em terceiro estágio, com a lei eterna; porque, se estiver contra uma e outra, não será lei, mas apenas uma aparência desta”.

Este debate restou avançado após as discussões travadas entre Hebert Hart e Ronald Dworkin, os quais deram novas perspectivas sobre a questão, apresentando grande influência na análise do direito atual. Neste sentido, Hebert Hart pondera a questão da moralidade no direito embora não elabore uma tese consistente da justiça. Para o Autor, o direito positivo em evidência possui conteúdo mínimo de direito natural, mas este não é decisivo e necessário para a validade do direito.

HART (2009, Pag. 70) elabora a sua teoria traçando um conceito racional entre fatos naturais e o conteúdo das normas jurídicas e morais e entendia que ao interpretar as leis, os juízes não detém à sua disposição somente o texto literal da norma, como se a atividade judicante consistisse em "*alternativas da escolha cega e arbitrária ou da dedução 'mecânica' a partir de normas de significado predeterminado*".

Nada obstante, entendia o Autor que a atividade interpretativa era "*guiada pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos.*"

Em sua obra, o Autor mencionado pondera a necessidade de que a ligação entre o direito e a moral equivale a "*simples afirmação de que um bom sistema jurídico precisa adaptar-se em certos pontos*", a míngua das exigências da justiça e da moral. Mas é preciso

⁶Enquanto a lei natural abrange princípios e normas de caráter geral, a lei positiva, emanada da autoridade, procurará encontrar soluções para hipóteses mais restritas e concretas, afastando as dúvidas que aquela não resolveu. E porque é lei proveniente da autoridade colocada no poder, dispõe de força coatora, destinando-se a assegurar a ordem e a justiça na sociedade que vige.

lembra que para Hart, há várias relações contingentes entre o direito e a moral, não havendo uma conexão conceitual necessária entre os conteúdos. Isto é, para Hebert Hart, ao contrário de Dworkin, disposições iníquas podem ser válidas como normas ou princípios jurídicos, de forma que o direito pode ser completamente destituído de força moral.

Em contraponto, Dworkin argumenta que existe um abismo insuperável entre juízos deôdônticos e juízos de fato, sendo impossível a demonstração fática da validade deôdôntica de qualquer enunciado. Apesar de reconhecer a possibilidade de que algumas opiniões morais não possam ser cientificamente comprovadas, mas que as suas utilizações, principalmente nos *hard cases* devem influir uma interpretação que as concretize da melhor forma possível, igualmente ao proposto por Aristóteles.

DWORKIN (2010, pag. 51) sintetiza a unificação das esferas de valor de uma sociedade (ética, moral, política e jurídica), entendendo que todas elas devem estar direcionadas a proporcionar a consolidação de valores de igualdade e responsabilidade, sendo esta a única postura responsável, pois “*o que as preocupa não é se os juízos morais podem ser verdadeiros, mas quais juízos morais são verdadeiros; não é se podemos ter, mas se efetivamente temos boas razões para pensar o que pensamos*”.

Certo é, que respeitadas as contribuições que ambos os autores prestaram à ciência jurídica, sabe-se que nas sociedades contemporâneas, inclusive nas questões de princípio, há desacordos infundáveis entre jurisconsultos e membros da sociedade sobre os direitos que temos. Assim, ainda que todos agissem de boa-fé, sob o agir moral que cada um internamente possui, não haveria uma unidade de entendimento.

É certo, por sua vez, que a adoção de determinado ordenamento jurídico é uma opção moral da sociedade. Neste sentido, RAZ (1985, pag. 188) entende que o ordenamento jurídico modifica a relação dos seus membros com a moral de três diferentes maneiras, podendo serem assim sintetizadas: (1) Retirando a “conduta mais correta” a ser adotada; (2) Positivação de condutas morais e (3) Concretização dos Objetivos morais.

Neste sentido, convictos da relevância da contribuição do juspositivismo, conforme veremos no tópico a seguir, nos filiamos ao pensamento que defende que o direito consiste no respeito às regras, inclusive as principiológicas e as morais, sendo estas descritas não como os costumes, leis divinas, tradições e etc., mas nas leis legitimamente elaboradas dentro de macro sistema jurídico posto.

3.1. A Escola do direito natural racionalista

Sendo um dos temas mais antigos e sobre o qual encontra-se inúmeras obras doutrinárias, a doutrina do Direito Natural confundiu-se por muito tempo com a própria disciplina de filosofia do Direito, sendo esta por muitos séculos denominada de *jus naturale* ou *jus naturale*.

Com os primeiros sinais de aparição na Grécia Antiga, nas obras de Heráclito de Efeso (535-470 a.c.) e de Sófocles (494-406 a.c.), a questão que a encerra cinge-se a existência de um direito superior à legislação positiva que for escrita pela vontade do soberano.

Esse direito natural devia ser tal que o direito positivo devia observância a ele, podendo, em caso de desconformidade, ser injusto segundo os critérios da justiça natural, a qual configura-se por ser superior e imutável. Grande exemplo grego de tal questão foi o Mito de Antígona, onde a personagem que dá nome ao mito confrontou Creonte (Imperador) quando o mesmo negou as honras e sepultura a um de seus irmãos, contrariando a lei divina (direito natural).

Na história, conforme ensina BENDIN (2014, pag. 247) foram três os ideais de justiça formulados, sendo cada uma relativa a um período histórico diferente, a saber:

3.1.a) Justiça da Natureza:

Formatada no mundo antigo, baseava-se no direito natural cosmológico, o qual entendia que a ordem natural das coisas são descobertas mediante a observação do homem, e que somente serão consideradas justas se decorrerem de correta interpretação humana.

3.1.b) Justiça Divina:

Esta doutrina típica do Mundo Medieval, também pode ser classificada como Direito Natural Teológico e resta caracterizada por aplicar uma visão teocêntrica no mundo e para compreender as leis divinas que o governam. Entendiam, que o mundo é organizado pela Divina Providência, entendendo, porém, que é possível ao homem descobrir racionalmente os desígnios de Deus.

3.1.c) Justiça Humana:

Pensamento característico do mundo moderno, esta doutrina estabelece o homem como centro do universo e portador de um conjunto de direitos naturais inatos, promovendo a ruptura inerente as outras duas filosofias, de forma que a compreensão deixa de transcender o

mundo e passa a consistir na valorização do homem frente a Igreja e ao Estado. A doutrina finda por valorizar a validade da legislação de determinada população somente se esta respeitar os direitos naturais inatos aos homens, posto que aquela é efetivada por intermédio do contrato social.

Certo é, entretanto, que ante a necessidade de transição de um direito consuetudinário para um direito escrito, houve-se o respeito e manutenção a regras que doravante eram incorporadas a explicitação do conceito de direito natural. Isto é, não se cogita, no ordenamento jurídico de sociedades democráticas, a existência de normas iníquas, que sejam capazes de relativizar em absoluto o direito a vida, liberdade e propriedade, por exemplo.

Entretanto, principalmente nos dias atuais, como será evidenciado, a teoria do direito natural se mostra fundamental a promover o tensionamento entre direito e justiça, tendo criado alicerces capazes de sustentar valores inerentes ao direito positivo, submetendo-se a seu serviço, conseguindo inclusive auxiliar na força atualizadora do direito, tal como restou consignado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789.

4. A Função de Garante da jurisdição Constitucional

Conforme mencionado, a Constituição de 1988 promoveu profundas mudanças na sociedade brasileira, declarando expressamente um vasto leque de direitos fundamentais. Estes direitos derivaram de mera influências externas, tendo sido adotados pela legislação pátria sem que antes o Brasil tivesse adotado o Estado Social.

Desta constatação, deflui-se que alguns direitos trazidos pelo legislador constituinte, conforme salientado por MORAIS e BORTOLOTI (2016, p.03) “ficaram no limbo entre a necessidade de efetivação da capacidade democrático-transformadora proposta e a planos político-jurídicos cimentados pelo modelo “pré-1988”, impedindo que o Estado e o direito brasileiro dessem fluxo à transformação necessária para conformar-se em Estado Democrático de Direitos. Neste sentido, Lênio Strek subjetiva o Estado Social brasileiro como simulacro.

Evidencia-se entre a promessa e o plano fático que a formalização de direitos abstratamente não pode ser considerado como um fim último, mas como um primeiro momento e o esteio para efetiva aplicação e exigência do mesmo no bojo da sociedade. Neste sentido, menciona NEVES (2016, pag. 58) que de forma tradicional, a jurisdição era entendida como a **atuação da vontade concreta do direito objetivo** (Chiovenda), sendo que a doutrina se divida entre aqueles que entendiam que essa atuação derivava da sentença fazer concreta a norma geral

(Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen).

Para o Autor, contemporaneamente entendeu-se que entender a forma de enxergar a jurisdição estava fundada em um positivismo acrílico e no princípio da supremacia da lei. E neste sentido, verifica-se que a Constituição de 1988 estipulou direitos e garantias fundamentais, tal como a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e etc., e estes direitos, como categoria normativa, se não concretizados, podem ser reportados ao Poder Judiciário que, face o princípio da inafastabilidade da jurisdição, poderá sindicá-los, agindo como um controlador das promessas constitucionais, sendo o E. Supremo Tribunal Federal o órgão máximo do Poder Judiciário, a quem compete o exercício da jurisdição constitucional.

Esta atividade do Estado é conceituada, por nós, como a função jurisdicional responsável pela tutela das diversas situações jurídico-políticas cujo conflito decorre de norma, princípio ou interpretação do texto constitucional. Para melhor compreensão, servimo-nos do conceito ofertado por CANOTILHO (2002, pag. 905), pra o qual esta atividade consiste em decidir vinculadamente "*num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade*".

E por conceito, a jurisdição constitucional deve estrita observância à supremacia dos preceitos constitucionais, salvaguardando todos os seus conflitos. Por definição, pode ser conceituada em sentido estrito, equivalente a entrega aos órgãos do Poder Judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição e, em sentido amplo, a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais.

E eventualmente a atividade da jurisdição constitucional ocasionará na interferência da esfera de atuação de outro Poder, seja por intermédio do controle de políticas públicas ou da atividade de criação das normas. A efetivação das normas e princípios elencados na Constituição da República de 1988 não transige com o exercício ou omissão arbitrária de qualquer um, possuindo as disposições constitucionais incidência transversal e vertical sobre todo o ordenamento jurídico.

A essa interferência do Poder Judiciário para efetivação das políticas públicas dá-se o nome de judicialização da política, a qual deve ser ponderada sob diversos aspectos, tal como ressalva do possível e mínimo existencial, mas também deve o ser em referência a ela mesma, ou seja, na possibilidade do judiciário em criar direitos a partir da omissão do titular legislativo, afastando-se do mito do legislador negativo.

Não se pode afastar do entendimento que sendo a Constituição Federal um ordenamento jurídico que apresenta direitos e garantias fundamentais oponíveis ao próprio Estado e competir à Jurisdição Constitucional a análise de todos os temas e casos questionados face à Constituição Federal, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, os casos que forem submetidos ao Supremo Tribunal e cuja a análise lhe for competente, deverão ser analisados sob a máxime efetivação dos princípios e normas constitucionais, prezando pela moralidade e proporcionalidade do ordenamento jurídico.

Reforçando tal entendimento, MORAIS e BORTOLOTI (2016, p.118) reforçam estas ideias, utilizando-se das lições de Gilmar Mendes, ao afirmar que é dever do Estado realizar o possível para proteger os direitos fundamentais como bem jurídico, “*não se conformando somente aos tradicionais direitos negativos de proibição de intervenção (Eingriffsverbote), mas assumindo, como diz Mendes, um postulado de proteção (Schutzgebote), implicando tanto na proibição do excesso (Uber-massverbot) quanto na proibição de omissão (Untermasverbot)*”.

Denota-se, pois, que a Constituição da República de 1988 conferiu significado ímpar aos direitos fundamentais, principalmente quando se verifica ter criado a possibilidade de interposição de mandado de injunção para sindicância de omissões legislativas, possibilitando a Jurisdição Constitucional a criação de normas abstratas, gerais e cabíveis com efeito *erga omnes*⁷.

MENDES (1993, pag. 493-494) ao manifestar-se sobre a atuação positiva das Cortes Constitucionais, notadamente em referência à Constituição de Portugal, entendeu que a tendência atual é de uma hipertrofia das Cortes Jurisdicionais e tal ascensão decorre da importância da criatividade da função jurisdicional, dado que as decisões modificativas integram-se coerentemente ao movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

Para o Autor, “*o alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas*”, ressaltando que a reivindicação do papel positivo do Tribunal Constitucional é corolário da falência do Estado Liberal, posto que não basta a mera garantia de direitos no ordenamento constitucional, há de se reconhecer as eventuais omissões de medidas soberanas, sob pena de reduzir a capacidade de intervenção do Tribunal Constitucional.

⁷Como referencial teórico, menciona-se o julgamento da medida liminar da Reclamação Constitucional n. 6.200-0/Rn, no qual o STF reforçou os efeitos *erga omnes* decorrente da dimensão objetiva das decisões nos MI n. 670/ES, 708/DF e 712/PA, relativo ao direito de greve no funcionalismo público.

Afirma-se, com estas considerações, que a necessidade de interpretação fluida dos direitos fundamentais surgiu do próprio sistema, ante a necessidade de efetivação dos comandos que tratam de garantias de proteção judicial efetiva que não podem ser negligenciados na vigência do Estado Democrático de Direitos.

Desta feita, deve a Corte Suprema efetivamente atuar, como garante que é, a fim de oportunizar a efetivação dos direitos fundamentais e da legítima interpretação da constituição com base nas suas bases normativas e principiológicas para todo o ordenamento jurídico. Para Luis Roberto Barroso, as normas constitucionais conquistaram o *status pleno* de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações por elas contempladas, passando a Constituição a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.

5. Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo

No Século IX, inicialmente na França com a publicação do Código Civil Francês em 1804, houve uma crescente necessidade de estabelecer a hegemonia do direito do Rei, o qual convivia lado a lado com o direito canônico e com o direito costumeiro. Anteriormente, a hegemonia do direito real representava mero acordo entre clero, nobreza e Rei, a qual estabelecia a hegemonia deste último, com espaço para privilégio dos outros.

Com os Déspostas esclarecidos, forma de governar característica da Europa Continental da segunda metade do século XVIII, houve uma crescente manifestação pelo progresso e pela reforma, no sentido de empregar as ideias dos filósofos iluministas, fortalecendo o direito real e limitando o direito canônico, romano e consuetudinário.

Com a chegada de Napoleão ao Poder e a criação do código civil francês - 1804, o Direito Real passou a ser o único válido, sendo possível mencionar o monopólio do direito estatal legislado. Objetivou-se assim, promover eliminar a influência do jusracionalismo oitocentista (liberalismo) na aplicação do direito, posto que as cortes eram vistas como resquícios do regime absolutista.

Em paralelo, observou-se que o Estado liberal era revolucionário à sua época e assentava-se sobretudo no individualismo, defendendo de forma irrestrita a propriedade privada e a busca individual do interesse próprio, pois estes supostamente seriam capazes de produzir riqueza e manter a higidez do sistema. Conforme salientado por Locke e por Max Weber, o Estado Liberal possuía 03 (três) funções: *a) Garantia da propriedade privada e da liberdade*

individual, seja através da legislação ou por meio do uso do poder de polícia (força); b) Garantidor e árbitro das relações entre o Estado e o indivíduo, não possuindo poder instituinte, mas tão somente de resolução dos conflitos da sociedade civil e c) O Estado possui o poder de regulamentar tudo que pertença à esfera pública, mas não pode interferir na consciência/propriedade dos governados.

Neste mesmo sentido, apregoando a visão individualista do Estado Liberal, menciona DALLARI (1991, pag. 35) que o Estado nasceu absolutista e que em virtude da confusão existente entre monarcas e Estado, no Sec. XVIII o Poder Público era visto como inimigo liberdade individual, de forma que “qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima” tendo sido este o principal motivo para a burguesia enriquecida preconizar “*a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural do indivíduo*”.

Com efeito, neste modelo de estado (Estado não intervencionista), houve a ascensão do juspositivismo e do constitucionalismo antigo, ante a necessidade de limitação do poder do Rei (Estado) com a normatização de direitos que equivaliam a contraprestações negativas do Estado (não-fazer), havendo, em decorrência, o fortalecimento e difusão da teoria constitucionalista e do direito normatizado.

Assim, foi-se abandonando a ideia do direito natural enquanto fundamento da ordem positiva, pois somente o legislador poderia revelar os princípios de justiça presentes na natureza e transformar tal concepção em norma.

Com o movimento constitucionalista moderno, surgiu a necessidade de que a Constituição fosse entendida como norma hipotética fundamental⁸, a qual deveria ser o esteio de todo o ordenamento jurídico sendo norma pressuposta, cuja a validade é por ela mesmo fundamentada. O que fundamentou-se como necessário, era que o direito fosse analisado como ciência, tendo Kelsen procurado aplicar o método das ciências exatas as ciências sociais, ante a valoração do conhecimento proveniente da razão.

Deflui-se desta necessidade de aplicação da razão, que o positivismo jurídico execra qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica, vez que somente

8 Tese desenvolvida por Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, a qual consistiria no “sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta” (KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria Pura do Direito [tradução João Baptista Machado]. 6^a ed.- São Paulo: Martins Fontes, 1998)

“é” o que pode “ser” comprovado racionalmente. O direito é, portanto, o que efetivamente encontra-se amparado por norma, independente da questão atinente à moral ou à ética.

Neste sentido, RAMOS (2015, pag. 27) sintetiza a posição do positivismo jurídico frente ao estudo do direito, entendendo que o direito deve ser entendido como fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito. O objeto da dogmática jurídica seria, neste sentido, seriam “as normas vigentes em um determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina”.

Assim, conforme também entende Noberto Bobbio, a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal e, portanto, o seu aspecto meramente formal, prescindindo do seu conteúdo.

Conforme retrospecto histórico, era importante, portanto, resguardar-se os direitos e deveres do Direito Real, não baseados na lei divina, negando quaisquer possibilidades de vinculação do direito com a moral ou com a ética. Esta visão ficou evidenciada com a “teoria pura do direito”, de Kelsen, reduzindo o direito a uma lógica jurídica formal, independentemente das consequências e acontecimentos decorrentes da sua aplicação.

Outros doutrinadores também podem ser citados para comprovar tal alegação. Para Austin (Austin, John apud Dimoulis, Dimitri, 2006, p.101), tal como entende Hobbes, nenhum direito positivo é injusto. Para o Autor, “*a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou denemérito, outra coisa. (...) O direito que efetivamente existe é direito, mesmo se não o aprovamos*”.

A fim de fixar os contornos sobre a corrente filosófica, AGRA (2008, pag. 31, apud DIMOULIS, 2008, pag. 47) relata que o positivismo defende a vedação a interferência valorativa de outros subsistemas sociais, afetando a autonomia jurídica e promovendo a separação entre o direito e moral. Assim, as normas tem que ser concretizadas unicamente em observância do seu conteúdo, pois o operador deve ser neutro em relação ao resultado produzido. Para o Autor, “*o princípio da neutralidade, que permeia as operações jurídicas, faz com que o aplicador não se preocupe com o conteúdo legal, bastando prestar atenção aos requisitos formais de validade e se o due process of law fora seguido*”.

Assim, não caberia ao jurista redesenhar o mundo jurídico, mas tão somente constatar como este mundo é feito.

Entretanto, o positivismo jurídico mostrou-se insuficiente para assegurar a validade do ordenamento jurídico ante o dever social que a norma devia possuir. Para os juspositivistas, a

norma somente possuía uma única escolha de interpretação, o que não era seguido por Kelsen, que adotava um positivismo exegético.

Reduzia-se a atividade jurisdicional a mera atividade pura e mecânica de dizer o que a lei diz, ignorando a convicção pessoal do magistrado, o elemento voluntário e discricionário da sua escolha.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a queda do fascismo na Itália e o Nazismo na Alemanha, houve uma necessidade de apego as questões morais e éticas da sociedade, resultando em uma nova concepção do ordenamento jurídico e nova conceituação do próprio Direito.

Assim deu-se origem a discussões que posteriormente criaram a Teoria Crítica do Direito, a qual sob influência marxista, objetivava entender o Direito com instrumento político de controle social, de forma a reconstruí-lo a maneira que tivesse por objetivo os valores humanos de bem comum.

Esse movimento culminou com a redefinição da constituição e a influência do direito constitucional sob as diversas instituições. Barroso relembra que com a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) foi agregado novo debate sobre o direito constitucional, tornando a Constituição instrumento jurídico e não somente político, subordinando às circunstâncias do Parlamento e da Administração.

No Brasil, esta nova concepção foi capaz de transformar a sociedade somente na década de 80, libertando-se do regime autoritário que por aqui permaneceu durante 22 (vinte e dois) anos. Vivemos uma modernidade tardia ocorrida não sob a forte influência de ideais europeus. Assim é que se afirma, que com a Constituição de 1988 o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.

Assim, como vemos no tópico retro, foi legitimada a gerência da jurisdição constitucional, tendo sido consagrados direitos e deveres fundamentais presentes no ordenamento jurídico. Frisa-se que foi o próprio ordenamento que ocasionou o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, isto é, a forma que a constituição estabeleceu os mecanismos interpretativos.

Para justificar tal entendimento, os Autores citam, também, que a positivação de princípios permite ao neoconstitucionalismo ponderar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo no direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral. Os princípios constituem, sob esta visão, verdadeira instância moral positivada, transformando a justiça como um dos elementos de validade do direito positivo.

Tal acepção se justifica em virtude destes doutrinadores considerarem os princípios como normas genéricas de interpretação, vez que estes, ao contrário das normas, não submetem-se ao critério do *all or nothing*, no sentido de que ou é válido ou inválido. O princípio permite a ponderação a outros fundamentos, sem que por isto mesmo seja invalidado ou reduzido por completo a sua incidência.

Os mesmos incidem portanto sobre todo o ordenamento, permitindo que a leitura do ordenamento constitucional e inconstitucional sejam analisados sob a sua ponderação, sob a sua ótica de leitura. Acerca desta possibilidade de verticalização dos seus valores por todo o ordenamento, servimo-nos novamente das lições de BARROSO (2017, pag 5), ao tecer considerações sobre conceitos jurídicos abertos⁹ considerando que “a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem”. Portanto, tais cláusulas também permitiriam que o intérprete promova a concreta análise de seu sentido e alcance.

A teoria que se impõe, portanto, embora faça o cotejo dos princípios e da valoração moral da norma, esta última não lhe retira o caráter jurídico, bem como a coincidência entre a regra e a moral não faz da moral uma norma jurídica isoladamente considerada.

6. Conclusão

Conforme visto, este trabalho acadêmico objetivou promover a breve análise dos efeitos decorrentes da positivação dos direitos fundamentais, evidenciando o descompasso do mito do legislador negativo com o Estado Democrático de Direitos.

Para tanto, utilizamos do retrospecto jurídico a fim de evidenciar ao leitor a existência de forte debate que entendia que o direito e a moral são faces distintas da mesma moeda, inclusive relembrando que tanto no período do direito natural quanto na concepção da positivação do direito, não havia a preocupação entre direito e moral, ante a necessidade de alcançar a justiça.

Entretanto, a necessidade de proteger as liberdades individuais frente o arbítrio do governante, ocasionou o crescente movimento pela positivação das normas jurídicas, valendo para o ordenamento jurídico somente o direito posto, passando a ser estabelecida uma diferença

⁹São os termos cujos significados são intencionalmente vagos e aberto, tal como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade, eficiência e etc.

entre a moralidade, o direito e a justiça. Assim, a norma justa equivalia àquela que fosse formalmente constituída, independentemente dos valores que a mesma consignava.

Hodiernamente, frente a crise do positivismo jurídico e a positivação de princípios e direitos fundamentais que promoveram uma remodelação da ciência jurídica, evidencia-se que os princípios morais e os critérios de moral jurídica exercem grande influência no ordenamento jurídico e na sua interpretação, tal como se dá com a ponderação judicial acerca da proporcionalidade e racionalidade, a fim de dissipar normas iníquas e ponderar princípios, a fim de obter a aplicação mais coerente do ordenamento jurídico.

Do mesmo lado, abandonou-se o mito do legislador negativo, possibilitando ao judiciário a efetiva preocupação com o caráter finalístico da norma constitucional, promovendo o enlaçamento entre os conceitos de justiça e moral, de forma a justificar e exigir interpretação mais ativa e profunda, dando efetividade ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, ante a transcendência dos vetores do núcleo duro da constituição, o qual estrutura todo o ordenamento jurídico pátrio, não é mais possível o estabelecimento de normas iníquas e abusivas; nem o direito transige com a omissão dolosa do Poder Legislativo, de forma que compete ao Judiciário, quando devidamente acionado, assegurar o efetivo cumprimento das normas e princípios constitucionais, ainda que para tal desiderato, deva atuar positivamente, criando direitos e inovando no ordenamento jurídico.

É preciso, entretanto, que a interpretação possa buscar validade para além da normatividade escrita, sem incorrer, entretanto, em categorias metafísicas. No atual momento do direito, onde se discute, inclusive, o Estado Pós-Democrático de Direito, a interpretação do ordenamento jurídico há de ser inspirado em uma teoria da justiça, sem incorrer, entretanto, em voluntarismo ou personalismo judiciais.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2 ed. São Paulo: Lady Editora, 2010

DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H.L.A. O Conceito de Direito. 1ª edição. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. A democracia. Tradução Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional – 10 ed., rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2015. - Série IDP.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. - 2.ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. The Monist, v.68, n.3, p.188, 1985.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo - 40ª Ed. 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado: ciência política. São Paulo: Saraiva, 2016.

**OS LEGITIMADOS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE
Quem de fato exerce?**

Fabiana Coêlho Simões

Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC

Tales Rodrigo Salgado

Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC

Resumo

O artigo resgata a evolução histórica no Brasil, desde a Constituição de 1988, do controle concentrado de constitucionalidade, enfatizando acerca dos legitimados e interessados em operar o referido controle, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como desenvolve reflexão crítica desse exercício, assinalando as tendências no tratamento da matéria.

Palavras-chave: controle concentrado de constitucionalidade; legitimados; exercício do controle.

Abstract/Resumen/Résumé

The article recalls the historical evolution in Brazil, since the 1988 Constitution, of the concentrated judicial review, emphasizing those legitimated and interested in operating such control, in the light of the paradigm of the Rule of Law, as well as developing critical reflection of this exercise, pointing out trends in the treatment of the matter.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: concentrated control of constitutionality, legitimized, exercise of control.

1. Introdução

O sistema de controle de constitucionalidade, que visa eliminar normas e leis contrárias à norma constitucional. No Brasil, foi sendo desenvolvido até ganhar maior evidencia na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, ao positivar o controle

concentrado de constitucionalidade, confirmou a competência do julgamento para o Supremo Tribunal Federal e ampliou o rol dos legitimados para propositura de ação que visa o referido controle, conforme artigo 103.

A este artigo interessa a análise acerca da atuação desses legitimados para demonstrar, de forma crítica, a quem realmente interessa o efetivo controle de constitucionalidade, visto que o perfil de atuação varia em decorrência de acontecimentos políticos, econômicos e históricos, tomando-se como referência a análise de pesquisa realizada pela UNB de autoria de Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo cujo título é “A quem interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade- O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (2013)”.

Assim, o presente estudo inicia-se pelo delineamento histórico da matéria, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para então traçar o conceito de controle concentrado de constitucionalidade, o que se faz através de análise doutrinária sobre a temática.

Enfatizada a historicidade da função, procura-se apresentar de forma analítica o rol dos legitimados para o exercício do controle concentrado, trazendo especificidades apontadas em julgados do Supremo Tribunal Federal.

Feitos tais apontamentos, busca-se fazer uma reflexão crítica para identificar a quem realmente interessa o controle concentrado, traçando, a partir de pesquisas elaboradas pela Universidade de Brasília e outra pela Sociedade Brasileira de Direito Público, em comparação com informações disponibilizadas no site oficial do Supremo Tribunal Federal, um perfil dos operadores de tal controle e apresentar as tendências de atuação por parte dos legitimados.

Na sequência, o artigo aponta, em rápidas pinceladas, as grandes tendências no tratamento da matéria, e apresenta conclusões, provisórias e incertas, no quadro de amplas mudanças ocorridas.

2. Controle Concentrado de Constitucionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O controle de constitucionalidade é a forma de se fazer a análise acerca de uma norma infraconstitucional ou um ato jurídico para verificar se esse está em conformidade com a Constituição. Tal controle se deve em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, que deve prevalecer sobre qualquer outro ato normativo derivado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante o sistema de controle de constitucionalidade híbrido, dividindo-o entre concentrado e difuso.

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade adotado no Brasil e positivado na Constituição em vigor, nos dizeres de Kildare Gonçalves Carvalho, é aquele exercido ou reservado a um ou a poucos órgãos criado especificamente para esse fim, ou que tem nessa atividade sua função principal, como se verifica na Alemanha e demais países da Europa Ocidental. Denominado de sistema austríaco, o controle concentrado foi instituído pela primeira vez na Constituição da Áustria de 1920, aperfeiçoado, por emenda constitucional, em 1929 (CARVALHO, p. 351, 2011).

Diferencia-se o controle concentrado do controle difuso em decorrência dos legitimados, da competência para julgamento, das formas de controle, eficácia e efeito. Enquanto no controle difuso se tem um julgamento em um caso concreto, oriundo de qualquer ação, proposta por qualquer pessoa, com julgado por qualquer juiz ou tribunal e que tem efeitos entre as partes e, seja-se que no controle concentrado de constitucionalidade, os legitimados são especiais e especificados no artigo 103 da CR/88, o julgamento é de competência originária do STF, os efeitos são erga omnes e vinculante, pois oriundo de ação própria e em abstrato.

Veja-se que o artigo 102 da CR/88 estabelece, para o exercício do controle concentrado de Constitucionalidade, a competência do Supremo Tribunal Federal, originariamente, para julgamento de “Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Assim, o Supremo Tribunal Federal decide, de forma originária, apenas sobre o controle concentrado de constitucionalidade, através de provação realizada pelos legitimados constantes do artigo 103 da CR/88. Há que ser ressaltado que houve significativa a ampliação da lista dos entes e órgãos legitimados para o controle concentrado, por via de ação direta, considerando-se um avanço da jurisdição concentrada, pois tal função era exclusiva, até então, do Procurador Geral da República.

Nesse sentido, importante esclarecer a importância da ampliação dos legitimados para o controle concentrado, visto que o rol é taxativo e não admite o exercício por quem não seja constitucionalmente considerado legítimo. Com tal ampliação, não só acabou-se com o monopólio de legitimação por parte do Procurador Geral da República, como permitiu-se que todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Apesar da ampliação da lista de legitimados para propositura de ação que visa o controle de constitucionalidade, a legitimação é limitada aos expressamente autorizados constantes no artigo 103 da CRFB/88. É a interpretação consolidada do STF, veja-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Processo de caráter objetivo. Inclusão de entidade privada no polo passivo da relação processual. Inadmissibilidade. (...) Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. A tutela jurisdicional de situações individuais – uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional – há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse (CPC, art. 3º). [ADI 1.254 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-8-1996, P, DJ de 19-9-1997.]

Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. [ADI 2.656, rel. min. Maurício Corrêa, j. 8-5-2003, P, DJ de 1º-8-2003.]

Partido político. Ação direta. Legitimidade ativa. Inexigibilidade do vínculo de pertinência temática. Os partidos políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, arguir, perante o STF, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática. [ADI 1.407 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 7-3-1996, P, DJ de 24-11-2000.]

Noutro giro, é válido dizer quais as formas de controle concentrado de constitucionalidade, especificando que é concretizado por meio a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF), que serão abordadas nos tópicos abaixo.

Por fim, há que ser ressaltado, ainda, que o controle concentrado tem caráter indisponível impedindo a desistência de ação já proposta com essa finalidade, conforme art. 169, § 1º, do RISTF-80, que veda ao PGR essa desistência e aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados, conforme rol do artigo 103 da Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade. [ADI 387 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-3-1991, P, DJ de 11-10-1991.]

2.1. A processualidade do controle concentrado e suas matizes de acordo com ação específica

O controle concentrado de constitucionalidade é realizado, no Brasil, exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando devidamente provocado, em especial, por Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o que será abordado abaixo, de forma sucinta.

2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade

Trata-se de ação manejada dentro do controle jurisdicional repressivo, que objetiva averiguar se determinada norma ou lei, que goza de presunção de constitucionalidade, é contrária à Constituição e deve ser retirada do mundo jurídico. Em outras palavras, a ADI visa retirar a inconstitucionalidade existente no mundo jurídico e garantir a supremacia da Constituição.

Assim, nos termos do art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, temos: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Tem-se, pois, que o objeto da ADI é avaliação de inconstitucionalidade originária de lei ou ato normativo federal ou estadual, que tenha eficácia, excluindo-se os atos administrativos ou normativos municipais, por exemplo.

Dispõem de legitimidade para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade as pessoas arroladas no artigo 103 da CRFB/88. Dentre o rol de legitimados, temos duas classes, sendo a primeira de legitimados universais e a segunda de legitimados que devem, além de capacidade postulatória, ter pertinência temática para que possam exercer o controle concentrado de constitucionalidade, requisito este fruto de entendimento consolidado pelo STF (MENDES, p. 1157, 2009.). Tal requisito será melhor trabalhado quando do detalhamento do rol dos legitimados.

2.1.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Com intuito de tornar efetiva norma constitucional, que por vezes necessita de lei regulamentadora para que produza seus efeitos, em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo, é pertinente o manuseio da Ação Direta de Inconstitucionalidade

por Omissão (ADO), tendo por base legal o artigo 102 § 3º da Constituição Federal, e artigos 12-A a 12-H da Lei 9.868/1999 instituído pela Lei 12.063/2009 – Regulamentação Processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO.

A ADO, portanto, tem o objetivo de provocar o poder Judiciário para que seja reconhecida a demora na produção da norma regulamentadora e determinada a tomada de providencias cabíveis.

2.1.3 Ação Direta de Constitucionalidade (ADC)

Segundo Pedro Lenza, a Emenda Constitucional nº 3/93 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade e renumerou o parágrafo único do art. 102 da CF/88, transformando-o em § 1º, mantendo a redação original da previsão da ADPF, visando assim afastar o estado de incerteza decorrente de manifestações judiciais conflitantes sobre a validade de lei ou ato normativo federal. (LENZA, 2008).

Assim, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) passou a integrar o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal que define que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Há que ser aqui ressaltado que somente se analisa na ADC o normativo ou lei federal face a Constituição, excluindo-se os Estaduais e Municipais.

Veja-se, portanto, que a Ação direta de Constitucionalidade, desta forma, tem a mesma natureza da ADI, sendo a razão de uma o inverso da outra, mas que analisam de igual forma a constitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo o efeito o mesmo, conforme previsto no art. 24, da Lei 9.868/99: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

O objetivo da ADC não é retirar do mundo jurídico lei ou norma, mas mantê-lo, declarando sua constitucionalidade, mostrando assim seu caráter inverso da ADI. Com isso, a propositura da ADC fica mais rigorosa, pois fica exigida a demonstração de necessidade de declaração de constitucionalidade de uma norma ou lei, o que pode ser feito com a existência de controvérsia judicial relevante, conforme dispõe artigo 14, III, Lei 9868/99.

2.1.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

De igual forma, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal e está regulada na Lei n. 9882/99.

A ADPF tem por objetivo de alcance mais restrito que a ADI e ADC, tendo sua arguição o parâmetro do preceito fundamental, ou seja as normas imprescindíveis à identidade e ao regime adotado pela Constituição. Entretanto, por outro lado, seu objeto é mais extenso do que o da ADI ou ADC, pois além de realizar o controle de lei ou normativo, também pode impugnar demais atos do poder público.

3. Os legitimados para o exercício do Controle Concentrado de Constitucionalidade

O artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil trouxe a especificação de quem são os legitimados para a propositura de ação que visa o controle concentrado de constitucionalidade, garantindo assim o princípio participativo do Estado Democrático de Direito.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República;II – a Mesa do Senado Federal;III – a Mesa da Câmara dos Deputados;IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República;VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Depreende-se pela leitura do artigo acima transcrito que existem três classes de legitimados, divididas entre autoridades, Mesas e Instituições. Entretanto, a classificação que tem maior evidência divide os legitimados apenas por universais ou especiais. Essa divisão decorre de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que estabelece para os legitimados especiais o requisito denominado de “pertinência temática”.

Segundo jurisprudência consolidada do STF,

A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas e governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305/RN (RTJ 153/428); ADI 1.151/MG (DJ de 19-5-1995); ADI 1.096/RS (Lex-JSTF, 211/54); ADI 1.519/AL, julgamento em 6-11-1996; ADI 1.464/RJ, DJ de 13-12-1996. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta). [ADI 1.507 MC-AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 6-6-1997.]

É de se observar que, ao contrário dos legitimados universais que podem propor ação de controle concentrado de constitucionalidade que abarque qualquer assunto, os legitimados especiais devem demonstrar seu interesse de agir, comprovando que sua atuação mantém a correlação entre os seus interesses e a norma impugnada.

A pertinência com a matéria temática de determinada classe acaba por excluir determinadas organizações que defendem os interesses difusos, como por exemplo a UNE, CGT, CUT, que não necessariamente defendem apenas interesses econômicos vinculados a referida classe.

Ainda, há que ser ressaltado que o rol dos legitimados para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade é taxativo, inadmitindo a propositura de ação que verse sobre o controle concentrado de constitucionalidade por quem não encontre amparo no artigo 103 da CR/88 e artigo 2º da Lei 9.868/99.

Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numeris clausus*, no art. 103 da CR, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999. Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na CF. Idoneidade da decisão de não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. [ADPF 75 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 3-5-2006, P, DJ de 2-6-2006.]

No rol dos legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade não foram admitidos, por exemplo, os prefeitos municipais, o Município e tampouco terceiros interessados. O pedido proposto por quem não esteja no rol da lei 9868/99, que segue fiel à Constituição, tem seguimento negado por carência da ação, conforme jurisprudência da Suprema Corte.

(...) os municípios não figuram no rol de entidades legitimadas para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte previsto nos arts. 103 da Constituição e 2º da Lei 9.868/99.[ADI 4.654, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 28-11-2011, DJEde 2-12-2011.]

Legitimidade. Ativa. Inexistência. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Prefeito municipal. Autor não legitimado para ação direta de inconstitucionalidade. Illegitimidade reconhecida. Negativa de seguimento ao pedido. Recurso, ademais, impertinente. Agravo improvido. Aplicação do art. 2º, I, da Lei federal 9.882/1999. Precedentes. Quem não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não a tem para ação de descumprimento de preceito fundamental.[ADPF 148 AgR, rel. min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, P, DJE de 6-2-2009.]

Os Estados-membros da Federação não estão no rol dos legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo indevida, no modelo de processo objetivo, a intervenção de terceiros subjetivamente interessados no feito. Precedente: ADI 2.130-AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ de

14-12-2001. [ADI 3.013 ED-AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 31-5-2006, P, DJ de 4-8-2006.]

Outro ponto relevante para o debate é o entendimento sobre a capacidade postulatória dos legitimados. Conforme introduzido anteriormente, nem todos os legitimados constantes da lista do artigo 103 da CRBF/88 possuem capacidade postulatória, posto o entendimento consolidado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que excetua a capacidade postulatória da Confederação sindical, entidades de classe de âmbito nacional e partidos políticos.

4. A quem realmente interessa o Controle?

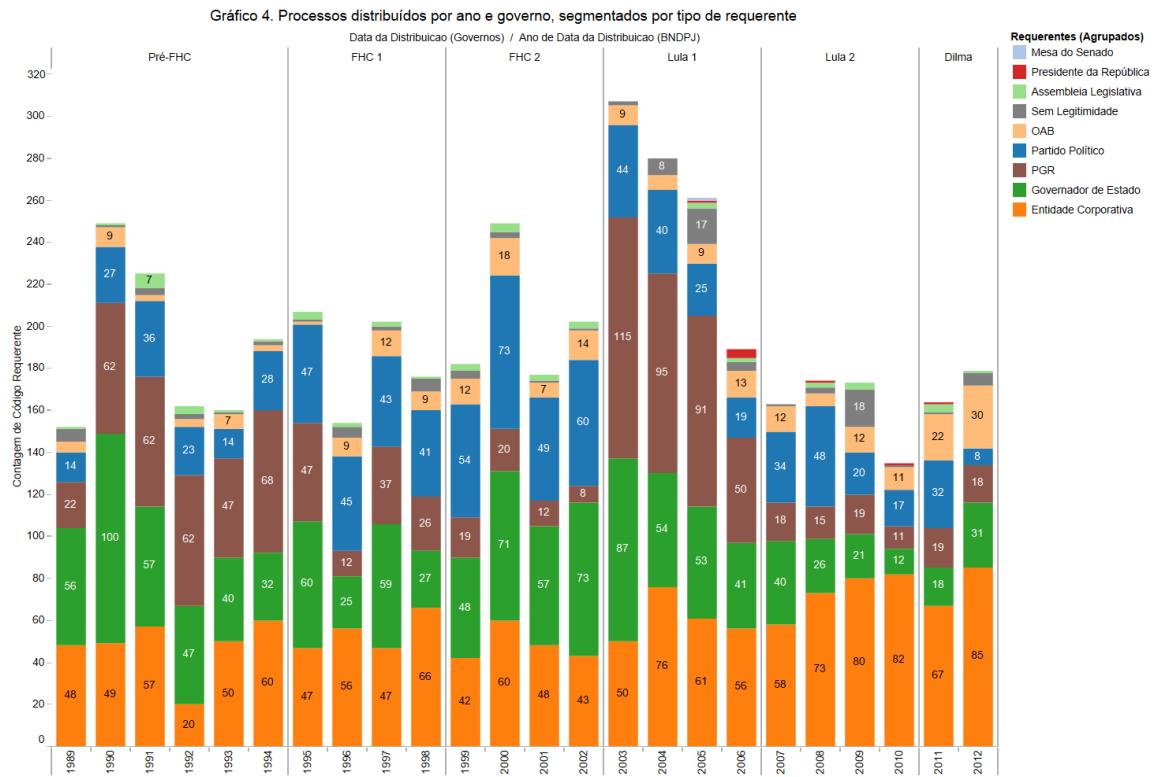
Superada a análise legal e jurisprudencial sobre a legitimidade para o exercício do controle concentrado, há que ser realizada reflexão para identificar quem de fato exerce o referido controle.

Verificou-se que o rol de legitimados é taxativo, podendo atuar apenas os listados no artigo 103 da CR/103. O que não foi respondido é se todos os legitimados exercem de fato o referido controle. Responder quais são os maiores atores do controle concentrado de constitucionalidade é o que se pretendeu com o presente artigo. Para tanto, tomou-se como referência pesquisa quantitativa disponibilizada pela Universidade de Brasília, comparando-a com informações disponibilizadas no site oficial do STF.

Na referida pesquisa, apresentada por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo na Universidade Federal de Brasília, os autores buscaram quantificar e catalogar um universo de 4.727 ADI distribuídos entre outubro de 1988 e dezembro de 2012 no Superior Tribunal de Justiça.

Abordadas de forma quantitativa as decisões proferidas, em liminar e em sentença, os demandantes e as matérias motivadoras das ADIs de forma bem detalhada em diversos gráficos.

Num primeiro momento há que ser observado acerca dos processos distribuídos, levando-se em consideração os indicadores de ano e governo para analisar uma possível identificação de requerentes.



Pela exposição do gráfico acima, colhido da pesquisa disponibilizada pela UNB e base para a presente avaliação, percebe-se uma grande alteração no perfil dos demandantes nos anos 2003 a 2006. Veja-se que houve expressivo aumento de demandas iniciadas pelo Procurador Geral da República.

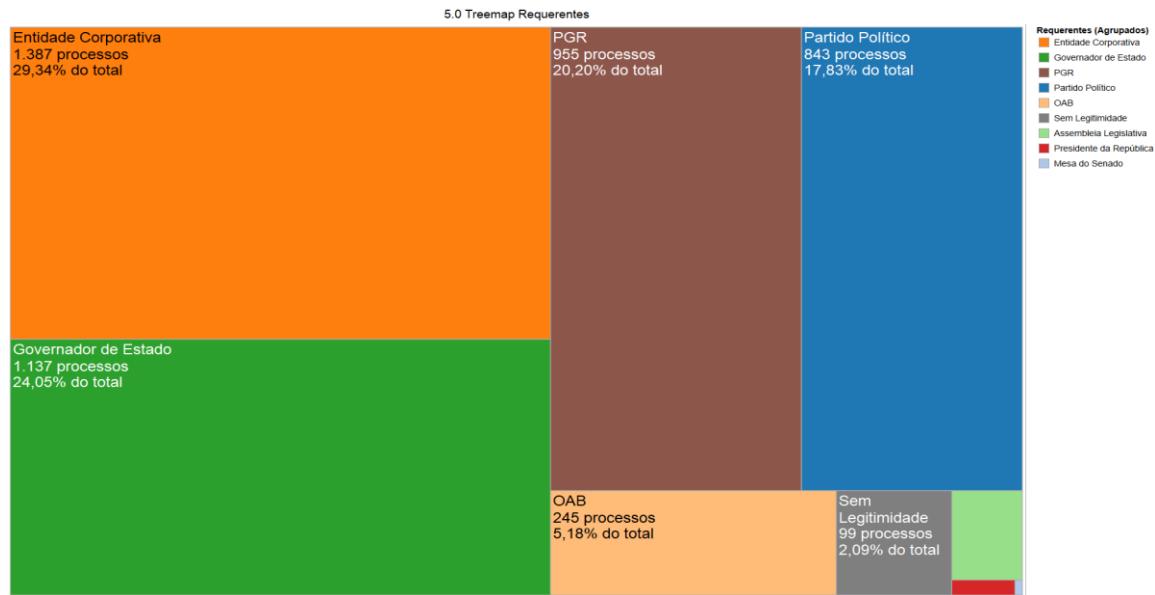
Fato interessante e que pode indicar a razão pela qual a atuação do PGR foi mais intensa no período é o fato de que fora nomeado pelo Presidente da República para o cargo o Sr. Cláudio Fontes, por meio de indicação do primeiro nome da lista tríplice do Ministério Público, sendo tal fato inédito até então.

Após o ano de 2006 é possível verificar um acanhamento da PGR, diminuindo consideravelmente sua participação na distribuição de ADIs, deixando de ser a principalmente demandante ficando atrás das entidades de classe, dos Governadores e dos Partidos Políticos.

Ainda, importante observar que, além da grande atuação do PGR, o gráfico aponta participação expressiva das entidades corporativas, dos governadores de Estado e dos partidos políticos, figurando como os principais demandantes no período.

No contexto apresentado acima, é possível verificar também a participação tímida da OAB, fato este que comprova o pouco interesse da entidade em intervir nas matérias Constitucionais. Ao elencar a OAB no rol dos legitimados para propor as ações destacadas no quatro acima, o constituinte almejava ali, uma intervenção externa da classe dos advogados com grande representação no controle da constitucionalidade, o que de fato não ocorreu.

Em outro giro, para melhor analisar o perfil dos atores que de fato exercem o controle concentrado de constitucionalidade, observamos o gráfico, apresentado na mesma pesquisa da UNB, em que se tem a divisão por percentual dos demandantes. Observa-se:



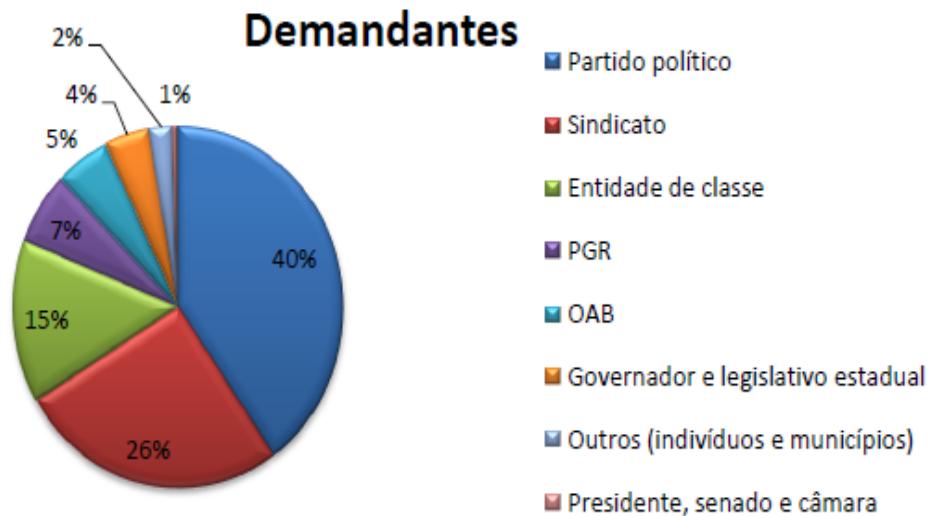
Pela análise de tal gráfico, fica explícito que os maiores atuantes para o exercício do controle de constitucionalidade, corroborando com o anteriormente exposto, são de fato as entidades corporativas, seguida por Governadores de Estado, PGR e Partidos políticos.

Por outro lado, averiguando os dados levantados pelo excelente trabalho realizado pelos autores Alexandre Costa e Juliano Benvindo, pode-se concluir que há uma variação grande no perfil de atuação dos legitimados, principalmente no que concerne à atuação dos partidos políticos e Entidades de classes, de acordo com a variação dos anos e governante, levando a acreditar que a atuação varia de acordo com o interesse político, com o perfil dos partidos em contraposição ao Chefe do Executivo.

Outro estudo que serve de embasamento para análise que se pretendeu realizar é o trabalho publicado pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) no ano de 2010 sob coordenação de Carlos Ari Sundfeld, Adriana Vojvodic e Evorah Cardoso.

Em tal trabalho, publicado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, o foco que se deu foi a compatibilidade de atos normativos originários do Poder Executivo Federal com a Constituição Federal de 1988, delimitando a pesquisa à análise de 831 ações, sendo 766 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), 52 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e 13 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) distribuídas até 22 de janeiro de 2010.

Segundo levantamentos apontados na referida pesquisa, tem-se a seguinte distribuição percentual por demandantes:



No gráfico acima se tem demonstrado que os grandes grupos demandantes são os mesmos do trabalho realizado por Alexandre Costa e Juliano Benvindo, publicado pela UNB, entretanto as posições se alteram, e agora os partidos políticos aparecem em primeiro lugar seguido pelos sindicatos, Entidades de classe e PRG. Tal resultado pode ter sido influenciado pelo fato do objeto específico de cada pesquisa, ressaltando que este último estudo analisa apenas o controle concentrado contra os atos do executivo federal.

Cabe observar que as duas pesquisas, embora meticulosas na abordagem numérica e catalogação a que se propõem, deixam escapar algo ou não conseguem aplicar a mesma sistemática para alguns processos que realmente saíram do padrão da contagem, interferindo, assim, no resultado de posição dos demandantes.

Depois de analisar os dois trabalhos mencionados acima, cabe agora analisar os dados oferecidos pelo próprio Superior Tribunal Federal em seu site oficial- sitio eletrônico: www.stf.jus.br, onde consta um grande banco de dados, atualizado pontualmente a cada dia.

Focando no interesse do presente artigo, os dados apresentados pelo Superior Tribunal Federal referentes aos maiores demandantes no controle concentrado pode ser observados no gráfico abaixo:

Demandantes mais frequentes

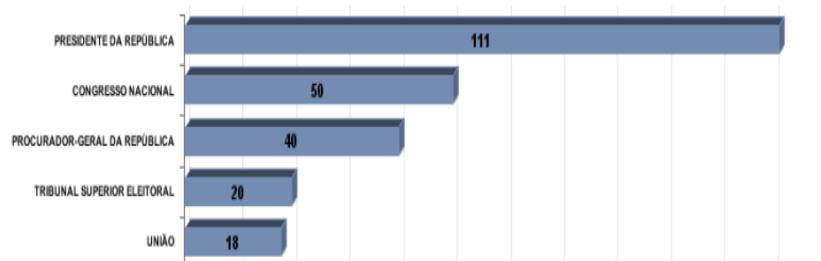
Um processo pode ter um ou mais requerente e a quantidade de ocorrências não representa o total de processos. Pode haver variação no registro do nome da parte.

Foram considerados processos finalizados após 2000 e em tramitação. [Lista de Processos:](#)

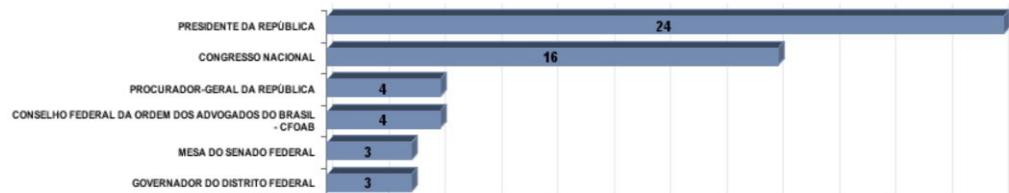
Demandantes mais frequentes - ADI



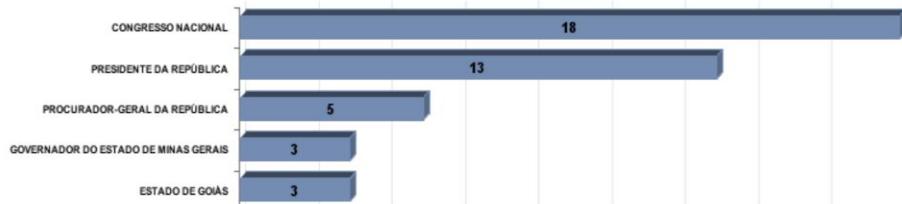
Demandantes mais frequentes - ADPF



Demandantes mais frequentes - ADC



Demandantes mais frequentes - ADO



Em contradição com as demais pesquisas tomadas como base para elaboração deste trabalho, o Superior Tribunal Federal catalogou em seu banco de dados a informação de que o maior demandante de ADI's é o presidente da República, seguido do Congresso Nacional, PGR e OAB.

É possível interpretar que os dados apresentados pelo Supremo Tribunal Federal - STF fazem parte de catálogo automático, que, talvez, não leva em conta pormenores observados

pelas outras pesquisas que serviram de ponto de partida para as conclusões apresentadas neste artigo.

Apesar dos diferentes resultados apresentados nas pesquisas analisadas, pode-se perceber que os maiores demandantes, independentemente da posição ocupada por cada um, prevalecem os mesmos. A alteração então encontrada em cada pesquisa pode ter variado, assim, em decorrência da forma de catalogação e padrões de análise, não intervindo o resultado de forma significativa para a finalidade do artigo.

Lado outro, excetuando o apontamento acima, as diferentes fontes demonstraram que o perfil dos atores do controle concentrado de constitucionalidade varia substancialmente de acordo com o contexto político vivenciado, marcos legais, bem como varia também o tipo de norma ou lei que se impugna, de acordo com a preferência temática de cada legitimado.

O controle concentrado de constitucionalidade, desta forma, de fato é exercido na medida do interesse legítimo e político de cada legitimado, sendo, portanto, utilizado mais para combate de ato normativo e lei que fere seus interesses ou posição política contrária. A atuação, maior ou menor, de cada legitimado, varia de acordo com o momento, bem como com a capacidade financeira e influencia que exercem, não necessariamente com intuito precípua de eliminar do ordenamento ato que se considera inconstitucional, mas mais com intuito de eliminar o que é contrário a seus interesses.

5. Considerações Finais

O controle concentrado de constitucionalidade, abstrato, tem por finalidade a retirada de ato normativo ou lei que seja considerado inconstitucional, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, cabendo o julgamento ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, resultando em uma decisão *erga omnes*.

O exercício do controle concentrado é conferido exclusivamente aos legitimados constantes no rol taxativo do artigo 103, CRFB/88, quais sejam, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dentre os legitimados, classificam-se os considerados universais, que podem propor o controle de constitucionalidade de qualquer matéria e ainda os legitimados especiais, que necessitam de comprovar a pertinência temática para demandarem que pode ser comparada ao interesse de agir. Inclui-se nesse grupo que necessita provar vínculo com a norma que se pretende impugnar o Governador de Estados e do DF, Mesas das Assembleias Legislativas Estaduais e Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Confederação sindical, Entidade de classe de âmbito nacional.

Ainda, fruto de construção jurisprudencial, observa-se que os partidos políticos, confederação sindical e entidade de classe não possuem capacidade postulatória.

De fato, o cerne do artigo é a análise sobre os legitimados para o controle concentrado, observando-se que, apesar de receberem concessão para o exercício, há uma diferença entre a legitimidade e a atuação de fato. Assim, buscou-se identificar a quem de fato exerce o controle concentrado de constitucionalidade, chegando-se à primeira conclusão de que a impugnação é utilizada pelas entidades de classe, Governadores de Estado, Procurador Geral da República e partidos políticos.

Em segundo plano, conclui-se que os legitimados para o controle de constitucionalidade atuam de diferentes formas em decorrência do contexto histórico e político, o interesse que se pretende tutelar, bem como a capacidade financeira, observando-se que a variação da posição de atuação ao longo dos anos é significativa e coincidente com a mudança de chefe do executivo ou base aliada do legislativo.

Assim, o Controle Concentrado de Constitucionalidade é exercido pelos atores legitimados não com fim precípua de guarda da Supremacia da Constituição, mas de acordo com interesses legítimos e políticos.

6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 2^a ed. Saraiva, 2010;

_____ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6^a ed. Saraiva, 2012;

BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 08. julho 2017;

BULLOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a ed. Saraiva, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011;

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden – **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Universidade Federal de Brasília;

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Curso de Direito Constitucional**. 37^a ed. Saraiva, 2011;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15^a ed. Saraiva, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a ed. Saraiva, 2009;

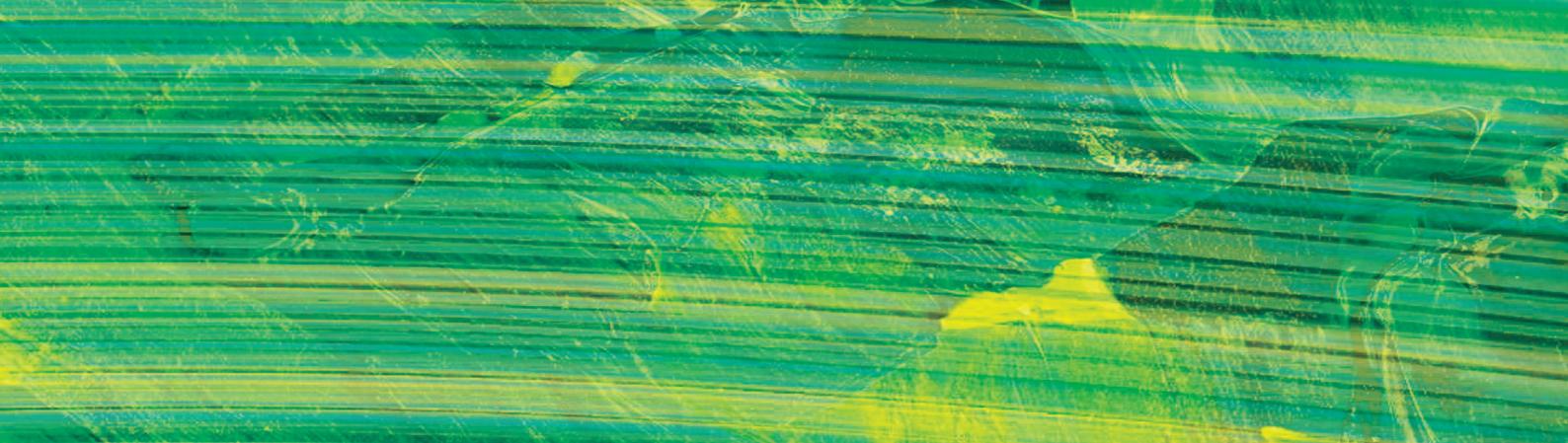
MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1. 2^a Ed. Saraiva, 2012;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27^a ed. Atlas, 2011;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^a ed. Malheiros, 2011;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>. Acessado em 8/7/2017;

SUNDFELD, Carlos Ari e outros (2010). **Controle de Constitucionalidade dos atos do Poder Executivo**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/pesquisa/2_Volume30%20Controle%20de%20Constitucionalidade%20dos%20atos%20do%20poder%20executivo.pdf.



Este livro reúne artigos científicos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho: “TEORIA DA DEMOCRACIA E DA FILOSOFIA DO ESTADO” e “DIREITO CONSTITUCIONAL” no decorrer do VIII Encontro Internacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil), realizado entre os dias 06 e 08 de setembro de 2018 na cidade de Zaragoza – Espanha.



Prensas de la Universidad
Universidad Zaragoza

