

COLEÇÃO PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO

TOMO 02

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO AMBIENTE TRANSNACIONAL ASSIMÉTRICO

AUTORES

Alessandra Ramos Piazero Benkendorff
Alexandre Morais da Rosa
Clovis Demarchi
Diego Henrique Schuster
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Ilton Garcia da Costa
Jacopo Paffarini
José Antonio Savaris
Josemar Sidinei Soares
Juliete Ruana Mafra
Karla Cristine Reginato
Luciene Dal Ri
Marcos Leite Garcia
Orlando Luiz Zanon Junior
Osvaldo Agripino de Castro Junior
Paulo de Tarso Brandão
Pedro Manoel Abreu

ORGANIZADORES

Maurizio Oliviero
Pedro Manoel Abreu
Marcos Leite Garcia

COORDENADORES

Rafael Padilha dos Santos
Josemar Sidinei Soares
Orlando Luiz Zanon Jr

COLEÇÃO

**PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E
POLÍTICA DO DIREITO**

TOMO 02

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS: A TEORIA DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES NO AMBIENTE
TRANSNACIONAL ASSIMÉTRICO**

ORGANIZADORES

Maurizio Oliviero
Pedro Manoel Abreu
Marcos Leite Garcia

COORDENADORES

Rafael Padilha dos Santos
Josemar Sidinei Soares
Orlando Luiz Zanon Jr.

ISBN: 978-85-7696-144-4



2016

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Maurizio Oliviero

Pedro Manoel Abreu

Marcos Leite Garcia

Coordenadores

Rafael Padilha dos Santos

Josemar Sidinei Soares

Orlando Luiz Zanon Jr.

Autores

Alessandra Ramos Piazero Benkendorff

Alexandre Moraes da Rosa

Clovis Demarchi

Diego Henrique Schuster

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Ilton Garcia da Costa

Jacopo Paffarini

José Antonio Savaris

Josemar Sidinei Soares

Juliete Ruana Mafra

Karla Cristine Reginato

Luciene Dal Ri

Marcos Leite Garcia

Orlando Luiz Zanon Junior

Osvaldo Agripino de Castro Junior

Paulo de Tarso Brandão

Pedro Manoel Abreu

Rafael Padilha dos Santos

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Dr. Bruno Smolarek Dias

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Projeto de Fomento

Obra resultado de Convênio de fomento formulado com a Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario per l'Umbria – ADISU e com a Academia Judicial do TJSC.

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

A49

Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas [recurso eletrônico]: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico – Tomo 02 / Alessandra Ramos Piazero Benkendorff... [et al.]. - Itajaí: Ed. da Univali, 2016. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito)

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Inclui referências.

Vários autores.

ISBN 978-85-7696-144-4 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Direitos Fundamentais. I. Benkendorff, Alessandra Ramos Piazero. II. Série

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	VII
Dr. Orlando Luiz Zanon Junior.....	VIII
DA POSSIBILIDADE DE ANGARIAR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	9
Clovis Demarchi.....	9
Ilton Garcia da Costa.....	9
Juliete Ruana Mafra.....	9
ACESSO À JUSTIÇA: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM CONFORME A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	28
Alexandre Moraes da Rosa	28
IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO PARA A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DO DIREITO	44
Osvaldo Agripino de Castro Junior.....	44
A CONDIÇÃO DOS DEVERES COMO PRESSUPOSTO PARA EFETIVAÇÃO DE UM DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL.....	65
Josemar Sidinei Soares.....	65
AS ORIGENS DEMOCRÁTICAS DO PODER CONSTITUINTE: A TEORIA DE EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS E A REVOLUÇÃO FRANCESA.....	80
Marcos Leite Garcia	80
O OBJETIVISMO ÉTICO MÍNIMO: PRESSUPOSTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA FILOSOFIA JURÍDICA COMUM AO MUNDO LATINO	104
Rafael Padilha dos Santos	104
Orlando Luiz Zanon Junior	104
O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS NULIDADES PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	127
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto	127
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ..	141
Paulo de Tarso Brandão	141
OS JUIZADOS ESPECIAIS NUMA PERSPECTIVA HISTÓRICA, POLÍTICA E SOCIAL.....	155
Pedro Manoel Abreu.....	155
DIMENSÕES INTER-MULTI-TRANSDISCIPLINARES PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PREVIDENCIÁRIO	172
José Antonio Savaris.....	172
Diego Henrique Schuster	172
IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E DE EXECUÇÃO TRABALHISTA: RESPEITO AO ORDENAMENTO INTERNACIONAL OU VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?.....	188
Luciene Dal Ri	188

Alessandra Ramos Piazero Benkendorff	188
GESTÃO, CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL E COMPETITIVIDADE: O CONSUMO AMBIENTALMENTE CORRETO COMO INSTRUMENTO DE SUSTENTAÇÃO FINANCEIRA EMPRESARIAL.....	209
Karla Cristine Reginato.....	209
Jacopo Paffarini.....	209

APRESENTAÇÃO

Apresenta-se o segundo tomo da Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, que visa dar publicidade aos estudos referentes às linhas de pesquisa de nomenclatura similar do Mestrado e do Doutorado promovidos pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (PPCJ/UNIVALI).

A coletânea enfoca, segundo sugerido pelo próprio título, questões afetas ao “Ativismo Judicial e Judicialização de Políticas Públicas: A Teoria da Separação dos Poderes no Ambiente Transnacional Assimétrico”. Outrossim, há um fio condutor, inserido dentro dos quadros do programa, para seleção dos artigos científicos a serem publicados, produzidos por professores da casa e também convidados.

Nessa oportunidade, o material foi organizado pelos Professores Doutores Maurizio Oliviero, da *Università Degli Studi di Perugia*, Pedro Manuel Abreu e Liton Lanes Pilau Sobrinho, estes últimos do PPCJ/UNIVALI. De outro lado, a coordenação incumbiu aos Professores Doutores Rafael Padilha dos Santos e Josemar Sidinei Soares, bem como a este subscritor.

Cabe ainda referir que a relevância da temática despertou o interesse da Academia Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e da *Agenzia per il Diritto allo Studio Universitari per L’Umbria* – ADISU (Itália), que forneceram apoio e financiamento para a continuidade do presente projeto.

Feitas essas considerações preliminares, importa mencionar os textos componentes da obra e, também, seus autores.

A abertura incumbiu aos Professores Clóvis Demarchi e Ilton Garcia da Costa, acompanhados da Doutoranda Juliete Ruana Mafra, que discutiram a possibilidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais, mediante o esforço de ativismo judicial. Dando continuidade, o Professor Alexandre Moraes da Rosa brinda o leitor com uma abordagem do acesso à justiça segundo a Análise Econômica do Direito. Logo após, o Professor Osvaldo Agripino de Castro Junior discursa sobre a importância do Direito Comparado para a Principiologia Constitucional e Política do Direito. O Professor Josemar Sidinei Soares, por sua vez, tratou da condição dos deveres como pressuposto para a efetivação de um diálogo transconstitucional. O Professor Marcos Leite Garcia esclarece sobre as origens democráticas do Poder Constituinte, segundo a teoria de Emmanuel-Joseph Sieyès e o contexto histórico da Revolução Francesa. Na

sequência, coube a este subscritor auxiliar o Professor Rafael Padilha dos Santos na redação de texto afeto ao tema do Objetivismo Ético Mínimo, proposto pelo Professor Manuel Atienza quando de sua passagem pelo PPCJ/UNIVALI. O Professor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto colaborou com texto sobre a temática do devido processo legal e das nulidades, segundo a nova legislação processual, recentemente introduzida no cenário jurídico brasileiro. A polêmica da chamada presunção de inocência, considerando o conceito de trânsito em julgado da sentença penal, é objeto de análise pelo Professor Paulo de Tarso Brandão. A questão dos Juizados Especiais, em sua perspectiva histórica, política e social é desenvolvida pelo Professor Pedro Manoel Abreu. A compreensão do direito fundamental social às prestações previdenciárias, segundo as dimensões inter-multi-transdisciplinares é tema de discussão pelos Professores José Antonio Savares e Diego Henrique Schuster. As Professoras Luciene Dal Ri e Alessandra Ramos Piazero Benkendorff questionam sobre o respeito ao ordenamento internacional e à violação de direitos humanos, considerando o assunto da imunidade de jurisdição na execução trabalhista. Por fim, encerrando as discussões, os estudiosos Karla Cristine Reginato e Jacopo Paffarini tratam do consumo ambientalmente correto como instrumento de sustentação financeira empresarial, considerando os conceitos operacionais de gestão, certificação ambiental e competitividade.

Diante de tal quadro de produção científica, espera-se que a obra contribua para os atuais debates travados no seio da comunidade jurídica brasileira.

Blumenau, 1º de dezembro de 2016.

Dr. Orlando Luiz Zanon Junior

DA POSSIBILIDADE DE ANGARIAR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL

Clovis Demarchi¹

Ilton Garcia da Costa²

Juliete Ruana Mafra³

INTRODUÇÃO

É cediço que os direitos fundamentais são as posições jurídicas de maior relevância e pertinência, com conteúdo substancial de alto crivo, sendo tratados dentro do corpo constitucional, ou seja, da Carta Magna de um Estado Democrático de Direito. Assim, consiste em direito de proteção especial, por isso, de caráter fundamental.

O ativismo judicial, por sua vez, consiste na postura ativista de determinados magistrados ao proferir suas decisões judiciais, isto é, corresponde às decisões judiciais que formam sua razão de decidir pautada por hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade se demonstra em garantir o direito das partes de forma rápida, atendendo às soluções dos litígios provindas das necessidades oriundas da lentidão ou omissão dos poderes legislativo e executivo.

Desta forma, o objeto da presente pesquisa é a análise sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais através do ativismo judicial. O objetivo geral é o de compreender a importância dos Direitos Fundamentais e de sua aplicabilidade, analisando a (im)possibilidade do ativismo judicial para sua consecução. Os objetivos específicos são: a) entender o ativismo judicial; b) compreender a importância dos Direitos Fundamentais; c) traçar uma linha de raciocínio entre o ativismo judicial e os Direitos Fundamentais; d) analisar a viabilidade de consecução.

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor no curso de Graduação em Direito, no Curso de Mestrado e no Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação "Stricto sensu" em Ciência Jurídica da Univali. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito na UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais. Endereço eletrônico: iltongarcia@gmail.com e iltongarcia@uenp.edu.br

³ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista do PROSUP – CAPES. Endereço eletrônico: julietemafra@univali.br.

O artigo está dividido em três momentos: no primeiro traz análise a respeito de breves considerações sobre os Direitos Fundamentais: abordagem acerca da importância dos direitos com patamar fundamental; o segundo faz considerações sobre aspectos gerais do ativismo judicial: um mecanismo de imediatismo; e, por fim, o terceiro trata da consecução para a efetividade dos Direitos Fundamentais através do ativismo judicial.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva⁴, por meio da pesquisa bibliográfica e documental.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA IMPORTÂNCIA

Os direitos fundamentais são uma realidade. Não é com assombro que se encontra a sua usual referência, afinal, é corriqueira a discussão sobre a tutela de garantias consideradas fundamentais. “Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental”, comenta George Marmelstein⁵. Entretanto, será que o emprego do termo direito fundamental faz jus ao próprio instituto?

“Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado”, assinala Ingo Wolfgang Sarlet⁶. Assim, reforça-se a necessidade de se obter, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador deste fenômeno jurídico.

Além da banalização para com o uso da expressão “direitos fundamentais”, sem a certeza do correto significado, há também a confusão deste termo com outros. Nota-se que “as expressões mais usuais são ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ e normalmente são utilizadas como sinônimas”, anuncia Luiza Gomes da Silva e Júlio Cezar da Silva Castro⁷.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁸, nota-se que: as expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’, que vem sendo usadas tal qual fossem termos sinônimos,

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 91.

⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 27.

⁷ SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político**. São Paulo: Baraúna. 2011. p. 219.

⁸ CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 393.

podem, entretanto, a partir do critério e significado, ser distinguidas para seu tratamento, pela seguinte forma: os direitos humanos consistem naqueles direitos do homem válidos para todos os povos e em todos os campos em qualquer tempo da história (dimensão jusnaturalista-universalista). São direitos provenientes da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal. Já os direitos fundamentais se demonstram pelos direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, ou seja, são direitos objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica concreta.

Neste ínterim, Ingo Wolfgang Sarlet⁹ abarca a diferenciação com sucinta defesa: “‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional), e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)”.

Paulo Bonavides¹⁰ leciona que: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

Sobre o tema, Gerardo Pisarello¹¹ relaciona a pertinência dos direitos fundamentais à importância da Constituição, ao prever que os direitos fundamentais são os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico determinado, isto porque, se assim não fosse relevante, não haveria a sua inclusão nas normas de maior valor dentro de um ordenamento, como são as Constituições.

Junto ao sentido de direitos fundamentais, há que se indicar que a característica da fundamentalidade decorre de dois sentidos distintos: uns pela previsão formal no texto constitucional; e outros em razão do seu conteúdo material, ou seja, pode-se apontar para a especial dignidade de proteção dos direitos provindos dum aspecto formal e/ou decorrente dum aspecto material¹².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 dispõe no seu Título II, um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV)

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 30.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

¹¹ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para uns reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, p. 80.

¹² CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 1992. p. 509.

Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos¹³. Assim, o rol dos direitos fundamentais indicados expressamente na própria Constituição, em razão desta previsão, são definidos e identificados como formais.

Destarte, os direitos fundamentais de aspecto formal consistem naqueles quer abarcam proteção disposta pela Constituição, isto por estarem nela inscritos, isto é, a formalidade é característica que decorre do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário como fundamentais e, assim, terem sido escritos na Constituição, passando esses direitos a assumir um *status* jurídico especial, com um regime jurídico próprio¹⁴.

Sobre o tema, Luigi Ferrajoli¹⁵ apresenta uma concepção formal um tanto conflituosa com a corrente predominante. Sua ideia de direitos fundamentais se embasa no critério de titularidade universal. Ele orienta o que segue:

[...] propongo una definicion teórica, puramente formal o estructural, de <derechos fundamentales>: son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica y por status lá condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Desta forma, compreende-se que direitos fundamentais, no entender de Luigi Ferrajoli, correspondem àqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Ele retira do âmbito dos direitos fundamentais os direitos patrimoniais, os quais são, em seu designar, aqueles tidos por negociáveis. Para ele, os direitos fundamentais são inegociáveis e só existirão como tais enquanto forem constitutivos de igualdade. Neste sentido, ele desconsidera como fundamental, os direitos que formalmente forem previstos na ordem constitucional, mas que apresentem conteúdo de cunho patrimonial, tal qual a propriedade privada.

Em suma, pode-se chamar de direitos fundamentais formais: "[...] aqueles direitos que o

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direitos constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4. p. 137.

¹⁵ [...] propondo uma definição teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais: são todos aqueles direitos individuais que correspondem, universalmente, a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade para agir; entendido por direito individuais qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (para evitar lesões) ligado a um assunto por norma jurídica e pelo estado e condição dum assunto, também forneceu uma regra positiva de direito, como um pré-requisito para a sua adequação para ser o titular das situações jurídicas e / ou autor dos atos que estiver exercendo (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19.

direito vigente qualifica de direitos fundamentais", comenta Konrad Hesse¹⁶, isto independente de que a análise de seu conteúdo permita verificar que este direito não encontra característica fundamentalmente material.

Por outro lado, "os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão", menciona David Wilson de Abreu Pardo¹⁷. Isto de acordo com o art. 5º, §2º, da CRFB de 1988¹⁸.

Quanto ao aspecto material, somente a análise do conteúdo do direito permitirá a verificação da existência de fundamentalidade material. "A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade", orienta Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹.

É importante compreender que os direitos fundamentais possuem inegável conteúdo ético, isto no seu aspecto material. Neste diapasão, eles despontam valores básicos para uma vida digna em sociedade. Eles estão intimamente ligados à ideia de limitação do poder e de dignidade da pessoa humana. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para uma vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica dos direitos fundamentais de aspecto material, encontrando direta e nítida relação²⁰.

Neste sentido, Alexandre Morais²¹ anuncia que: "os direitos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados".

Por esta análise, os direitos fundamentais e a democracia encontram uma relação de interdependência e reciprocidade, tanto é que essa imbricação assinala que os direitos

¹⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225.

¹⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. Tese de Doutorado (UFSC), 2005. p. 12.

¹⁸ "Art. 5º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 61.

²⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 15-16.

²¹ MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1998. v. 3. p. 23.

fundamentais podem ser considerados simultaneamente como pressupostos, garantias e instrumentos ao princípio democrático de autodeterminação dos povos por intermédio de cada indivíduo, isto pelo reconhecimento do princípio da igualdade, de um espaço liberal real e na liberdade de participação política²².

Para Robert Alexy²³, direitos fundamentais são as posições jurídicas concernentes as pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional, foram, por seu conteúdo e importância integrados ao texto da Constituição, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparadas, agregando-se a Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal. Por isso que as normas de Direitos Fundamental desempenham papel central no sistema jurídico.

Destaca-se também a concepção ideológica dos Direitos Fundamentais, designada por George Marmelstein²⁴, que conseguiu exercer função unificadora de maior praticidade. Veja-se:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Em consonância, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ ressalta que: há “íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana”, ademais, ele complementa que os direitos fundamentais, que também encontram corroboração com os “valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”.

George Marmelstein²⁶ complementa que se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.

Desta maneira, é indiscutível que inerente ao sentido de direito fundamental e essa

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 61.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 520-523.

²⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 17. Conceito este adotado para o presente trabalho.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 62.

²⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 18.

característica peculiar da fundamentalidade, estão os direitos de maior importância para a dignidade da pessoa humana e harmonização do ordenamento jurídico.

Assim sendo, os direitos ditos por fundamentais são os mais importantes e, por assim, precisam estar mais eminentes ao cumprimento. A essencialidade do direito fundamental passa por fazer parte de um grupo especial de direitos com elevado patamar de prestígio e relevância para estrutura constitucional.

2. ATIVISMO JUDICIAL: MECANISMO DE INTERVENÇÃO?

Sem qualquer pretensão de esgotar o aspecto temático do ativismo judicial, destaca-se, para fins práticos, no que consiste este instituto jurídico, compreendendo sua origem, base conceitual, a diferença para com a Judicialização e seu desenrolar no Brasil.

No mundo jurídico, a expressão “ativismo judicial” despontou a partir da publicação de reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos na revista americana *Fortune*, a qual foi de autoria do historiador americano Arthur Schlesinger. Neste artigo, o autor traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, considerando alguns como ativistas judiciais em razão da atuação ativa em prol de efetivar medidas visando o bem-estar social. Desde o ocorrido, o termo vem sendo utilizado, normalmente, na perspectiva crítica de referenciar a atuação do Poder Judiciário²⁷.

Luiz Flávio Gomes²⁸ menciona que para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.

Atualmente, quando se menciona a ocorrência de ativismo judicial, refere-se ao juiz que passa a ultrapassar as linhas demarcatórias da função que exerce, em detrimento da função administrativa, da função do governo e, principalmente, da esfera contida na função legislativa. Trata-se “[...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”²⁹.

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009. p. 21

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? Fonte: **O Estado de São Paulo**, 2009, espaço aberto, p. A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em 14 jul. 2016.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso³⁰, afirma que:

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.

Nesse sentido, Thamy Pogrebinski³¹ coaduna como juiz ativista quem:

a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Assim, ativismo judicial corresponde ao exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento. Visto que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário atuar resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Segundo, Elival da Silva Ramos³², há clarividente sinalização negativa no tocante às práticas ativistas, isto porque desnatura a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Para Anderson Vichinkeski Teixeira³³, o ativismo é mais nocivo quando a decisão judicial “tem um fim político e depende da negação à tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica”.

Para José Renato Nalini³⁴, não haveria abuso quando se fala em ativismo judicial, posto que “o juiz exerce uma função em que a concretização dos direitos fundamentais é rotina e precisa estar consciente de que dele depende a etapa mais séria dessa doutrina: a sua efetiva implementação”.

Necessário compreender que ativismo judicial é instituto que difere da Judicialização.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, 2010. p. 09. Disponível em: < <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso: 14 jul. 2016.

³¹ POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 17, agosto-dezembro de 2000. p. 2.

³² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129

³³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun. p. 37-58, 2012. p. 48.

³⁴ NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009, p. 21.

Assim, inobstante serem fenômenos jurídicos que guardam certa similitude, são termos que, a rigor, possuem significados distintos à medida que neste, a decisão judicial, sem alternativas, decorre do sistema, do modelo constitucional adotado, ao passo que, naquele, há “[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”³⁵.

A Judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. São os casos em que o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa³⁶.

Na realidade do judiciário brasileiro, são usualmente proferidos julgamentos pautados em argumentações *ratio decidendi* puramente ativistas, usando, por óbvio, do instituto do ativismo judicial, ainda que não nominado, para fins de trazer satisfação para alguma função atípica encoberta em tutela jurisdicional.

É notório que habitualmente são tomadas decisões impondo condutas ou abstenções do Poder Público em matéria de políticas públicas. Sobre o tema, Luis Roberto Barroso³⁷ explica que:

A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Para Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai Lima, estas ocorrências têm razão de ser onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei. Diante da insatisfação é o ensejo em que o esforço do intérprete faz-se sentir, logo, tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito³⁸.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. ed. 4. Jan/Fev. 2009. p. 3. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. p. 9.

³⁸ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 16.

O ativismo judicial consiste, então, em fenômeno que compete na ação ativista do judiciário em transpassar seus limites de funções, trazendo mediante suas decisões, medidas que satisfaçam o anseio social sobre a função dos demais poderes. Medida de mão dupla, posto que encontra vantagens e desvantagens, perfazendo-se em dois vieses argumentativos.

3. A CONSECUÇÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO ATIVISMO JUDICIAL

Diante deste esboço sobre ativismo judicial, resta ainda indagar: há coerência em se trazer a consecução da efetividade dos Direitos Fundamentais através de decisões ativistas?

Visto que pendem argumentos para ambos os lados. Há, assim, duas posições antagônicas debatendo o instituto do ativismo judicial, uns doutrinadores assinam pela argumentação contrária a esse comportamento do juiz, outros despontam de forma favorável as decisões ativistas para consecução dos direitos fundamentais.

3.1 Argumentos de posição contrária ao ativismo judicial

A argumentação contrária ao ativismo judicial alcança vários adeptos, chamada de teoria procedimentalista, sustenta que as pessoas não têm direito de exigir do Judiciário a garantia de determinadas faculdades previstas na Lei sob adução de se estar cerceando o alcance ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁹.

Segundo orienta Vitor Soliano⁴⁰, o Judiciário tem um papel muito importante na concretização da Constituição, contudo, “é preciso separar o joio do trigo. Defender uma posição “ativa” do Judiciário na implementação da Constituição não conduz imediatamente, à defesa do Ativismo Judicial”.

Para Ronald Dworkin⁴¹ o ativismo se trata de uma forma nociva de pragmatismo jurídico, posto que “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição” estaria ignorando a história de sua promulgação, assim como “as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la”

³⁹ MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 172.

⁴⁰ SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2012, n. 7, Jul.-Dez. p. 210.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.451/452

e finalmente, estaria ignorando as “duradouras tradições de nossa cultura política”.

Continua Ronald Dworkin na sua argumentação, que o juiz ativista estaria ignorando isso e impondo a outros poderes do Estado o que ele entende adequado, “seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Para ele, o “direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”.

O ativismo judicial acontece quando “se vale de mecanismos interpretativos e aparatos dogmáticos indevidos que acabam por sobrevalorizar a discricionariedade e a obscurecer fatores importantes que devem ser analisados”, assinala Vitor Soliano⁴².

Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o “decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo” conforme Daniel Souza Sarmento⁴³. Sobre as consequências desse decisionismo judicial, afirma:

Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”.

Ora, “o caminho das demandas individuais mostra-se arriscado e inadequado para a implementação de direitos sociais, pela possibilidade de desarticulação das políticas públicas e pelos riscos que impõe a uma perspectiva de atendimento isonômico das necessidades da coletividade”, orienta Onofre Alves Batista Júnior⁴⁴. Isto porque “massificação dessas demandas e a multiplicação de pleitos pode ocasionar a completa desarticulação financeira do Estado”.

O ativismo judicial, na visão procedimentalista, desconsidera a existência de custos dos

⁴² SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. p. 210.

⁴³ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. p. 208. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012.

⁴⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. p. 291. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

direitos e a necessária limitação e conceituação dos direitos subjetivos tendo em mente esses custos em vista do orçamento da administração pública⁴⁵.

Não restam dúvidas de que qualquer resquício de ideia de direitos absolutos deve ser deletado. Nada que exija a alocação de recursos, ou seja, gastos monetários e decisões orçamentárias pode ser absoluto. Deste modo, os direitos, ainda que alcancem patamar de fundamentais, não são invioláveis, decisivos e peremptórios, podendo se fazer sujeitos a relativizações e processos de escolha alocativa⁴⁶.

Eis um problema, decorrente de decisão ativista, gera outro problema ainda maior, qual seja os efeitos das interferências sistêmicas, risco de caráter imprevisível. Isto por que o juiz se encontra habilitado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, mas dificilmente compreenderá de todas as informações, do conhecimento técnico e especializado para avaliar o impacto dessa tomada de decisão, proferidas em processos individuais, mas que alcançam a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público⁴⁷.

Nota-se que mediante as decisões judiciais com medidas ativistas, o Judiciário busca tentar resolver problemas de cunho essencialmente referente à macrojustiça, por meio desse mecanismo que só resulta na microjustiça⁴⁸.

Todos os argumentos suscitados, contrários ao Ativismo Judicial, dão origem para a perda de autonomia dos sistemas, inclusive, a interferência nos sistemas executivo e legislativo acaba por exigir que o próprio sistema jurídico se valha de critérios e racionalidades próprios do sistema interferido, o que resvala na perda de autonomia, também, do sistema jurídico⁴⁹.

Ainda, negar o ativismo judicial não é também se contrapor a Judicialização, mas sim se colocar a postos na defesa da Constituição. É o ideal que assina Vitor Soliano ao afirmar que “é chegada a hora de se realizar uma parada teórica para que se possa defender a Constituição com

⁴⁵ SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. p. 210.

⁴⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 287. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

⁴⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. p. 96-97.

⁴⁹ CARNEIRO, Wálber Araujo. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da.; DANTAS, Miguel Calmon (Orgs.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2009. p.6.

mais serenidade e coerência”. Ele complementa que: “A defesa da Constituição não pode significar um agir irresponsável na sua concretização, ainda que seja camuflada por aparatos teóricos e metodológicos convincentes”.

Em suma os entendimentos discordantes do ativismo judicial assim o fazem pautados nos seguintes pressupostos: a) a ocorrência de decisionismo judicial ou discricionariedade do juiz na decisão ativa; b) a afronta a democracia; c) o comprometimento da separação dos poderes e perda da autonomia dos sistemas; c) o perigo de desequilibrar a segurança jurídica; d) a desarticulação financeira do Estado; e) a interferência despreparada e despreocupada nos sistemas tentando alcançar os problemas de macrojustiça com a decisões que resolvem microjustiça; e por fim, f) a possível afronta ao texto Constitucional.

3.2 Argumentos de posição favorável ao ativismo judicial

Aos que discordam das teses acima aduzidas, assinando a favor do ativismo judicial, chamam isto de teoria substancialista, por sustentar que o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição Federal e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a dignidade da pessoa humana, direitos mínimos existenciais, deve o Judiciário fazer valer as suas vezes e garantir estes direitos fundamentais através de decisões ativistas, seja em controle concentrado, seja em controle difuso⁵⁰.

O foco maior da posição contrária ao ativismo judicial gira em torno de entender se a decisão ativista afronta a democracia. Entretanto, o propósito não é aumentar o poder dos juízes, desequilibrando a balança a favor do judiciário, mas, justamente o oposto, aumentar a proteção da democracia e dos direitos fundamentais, inclusive, considerando isso a extensão da sua legitimidade democrática⁵¹.

Segundo, Hélder Fábio Cabral Barbosa⁵², os argumentos contrários ao ativismo judicial alegam que o acréscimo de poder ao judiciário resulta em desvio de finalidade, e por fim, desvio do fim do judiciário, todavia, “inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas

⁵⁰ GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica. In: AMARAL Júnior, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 137

⁵¹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

⁵² BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível; in ANDRADE, Fernando Gomes de. (org.). **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011. p. 151.

aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade”.

Segundo Luís Roberto Barroso⁵³, o ativismo judicial é fenômeno que deve fazer valer os direitos fundamentais. Veja-se:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. [...] Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Para Fernando Gomes de Andrade⁵⁴ também defensor desta corrente doutrinária, a favorecimento ao ativismo vem da crença de que o Judiciário é competente para: “controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade”, assim, ele complementa que no controle político é importante possuir a sua “[...] contingência controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal, mas em sentido material-valorativo, verificando se a medida se coaduna com os princípios consagrados na Constituição”.

Apesar de considerar o ativismo judicial como mecanismo viável para trazer efetividade aos direitos fundamentais, Luís Roberto Barroso⁵⁵ faz o seguinte alerta:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Assim, na visão trazida pelos doutrinadores favoráveis ao ativismo judicial, trata-se de fenômeno jurídico, que ao contrário dos argumentos negativos, merece acolhida por: a) trazer respaldo para a democracia; b) auxiliar na defesa do Constituição; e por fim, c) contribuir para o cumprimento dos direitos fundamentais.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. p. 19.

⁵⁴ ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 322.

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. p. 19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que os direitos fundamentais se apresentam como os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico, razão pela qual encontram com a ideia de proteção especial, previsto na Constituição, valem-se do ideal de direitos e garantias prevalentes, e que, por conseguinte, exigem efetiva consecução.

O ativismo judicial, por sua vez, é mecanismo em que o judiciário tem fixado argumentos de decidir que extrapolam limites de sua atuação, alcançando determinações judiciais que transpassam o dever de dirimir litígios, típico de seu poder, para dar imediatismo para anseios sociais que deveriam estar sendo satisfeitos com a ação dos demais poderes.

Neste ínterim, o poder judiciário brasileiro tem feito uso do ativismo judicial também para angariar efetividade aos direitos fundamentais, fato que tem sido defendido e contrariado com a mesma força.

Os argumentos contrários ao ativismo judicial se fundam no seguinte: a) a ocorrência de decisionismo judicial ou discricionariedade do juiz na decisão ativa; b) a afronta a democracia; c) o comprometimento da separação dos poderes e perda da autonomia dos sistemas; c) o perigo de desequilibrar a segurança jurídica; d) a desarticulação financeira do Estado; e) a interferência despreparada e despreocupada nos sistemas tentando alcançar os problemas de macrojustiça com a decisões que resolvem microjustiça; e por fim, f) a possível afronta ao texto Constitucional.

Ora, na visão trazida pelos doutrinadores favoráveis ao ativismo judicial, trata-se de fenômeno jurídico, que ao contrário dos argumentos negativos, merece acolhida por: a) trazer respaldo para a democracia; b) auxiliar na defesa do Constituição; e por fim, c) contribuir no cumprimento dos direitos fundamentais.

Dúvida que persiste sem resposta, em vista das densas fundamentações contrárias e favoráveis, é saber se o ativismo judicial deve ou não continuar a servir para a efetividade dos direitos fundamentais.

Certo é que o ativismo judicial não se perfaz na solução, apenas no ato de remediar a problemática já proveniente dos demais poderes, o que exige uma complexa reforma política.

É cediço que os direitos fundamentais necessitam, por seu caráter de importância, receber real efetividade. Entretanto, o receio está no fato de que o uso desenfreado das decisões ativistas, uso o qual tem se tornado progressivo na jurisprudência recente, consistirá em dismantelar nas

seríssimas consequências afirmadas pela posição contrária ao ativismo judicial.

Desta maneira, é notório que a harmonia do ordenamento jurídico se constrói com o desenvolvimento das vertentes interpretativas. Competirá, futuramente, à doutrina e à jurisprudência, através do avanço analítico do direito, compreender que tipos de consequências advirão do uso do ativismo judicial, assim, só o futuro fará esclarecer se o desenvolvimento desse mecanismo trará mais vantagens ou desvantagens ao anseio social. Sabe-se, indiscutivelmente, que necessário é a concretização dos Direitos Fundamentais com a finalidade de garantir a Dignidade Humana e bem como fundamentar e legitimar o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível; in ANDRADE, Fernando Gomes de. (org.). **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, 2010. p. 09. Disponível em: < <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso: 14 jul. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. ed. 4. Jan/Fev. 2009. p. 3. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 287. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 1992.

CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CARNEIRO, Wálber Araujo. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da.; DANTAS, Miguel Calmon (Orgs.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2009.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica. In: AMARAL Júnior, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? Fonte: **O Estado de São Paulo**, 2009, espaço aberto, p. A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso

em 14 jul. 2016.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direitos constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral. Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1998. v. 3.

NALINI, José Renato. "Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 98, v. 889, nov. 2009.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais não enumerados**: justificação e aplicação. Tese de Doutorado (UFSC), 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm,

2012.

SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil**: passeio histórico-político. São Paulo: Baraúna. 2011.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2012, n. 7, Jul.-Dez. p. 210.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun. p. 37-58, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

ACESSO À JUSTIÇA: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM CONFORME A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Alexandre Moraes da Rosa¹

INTRODUÇÃO

O entendimento do acesso à justiça a partir da análise econômica do direito representa verdadeiro giro copernicano de paradigma. O viés em que se tem abordado a garantia do acesso à justiça tem compreendido entendimento focado na ampliação cada vez maior aos recursos disponíveis. Embora este seja o escopo a se perseguir, aqui se afirma que ele necessariamente deve ser desenvolvido adiante – propondo-se o diálogo entre relações de causa e efeito que advenham do pleno acesso à justiça, a fim de que os indesejáveis efeitos “ocultos” possam vir à tona e tomar parte do panorama. Do contrário, conforme se vê, essas causas latentes permanecem como mecanismos desconhecidos, resultando na falibilidade prática de um sistema, embora teoricamente ideal. Não pensar a partir do olhar proposto pela análise econômica expressa empobrecimento de perspectiva. E o custo evidente que se pretende demonstrar é a ineficiência e a incapacidade de o sistema se manter, o que redundará na impossibilidade de crescimento. Diz-se isso especialmente em face da realidade inexorável do assoberbamento do sistema judicial brasileiro, do qual se pode destrinchar muitas raízes, tais como as históricas/estruturais (objetivos e estrutura da justiça brasileira colonial), à qual simplesmente se aderiu uma legislação ideal, sem que houvesse uma tradição mais racionalizada. Quanto às raízes da formação da cultura jurídica brasileira, que falam muito desse panorama, Sérgio Buarque de Holanda² traz dado revelador:

[...] ainda quando se punham a legiferar ou a cuidar de organização e coisas práticas, nossos homens de ideias eram, em geral, puros homens de palavras e livros; não saíam de si mesmos, de seus sonhos e imaginações. Tudo assim conspirava para a fabricação de uma realidade artificiosa e livresca, onde nossa vida verdadeira morria asfixiada.

¹ Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS), Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e Direito Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC). CV lattes: <http://lattes.cnpq.br/4049394828751754>. Email: alexandremoraisdarosa@gmail.com

² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 14. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 163

Não houve, portanto, crescimento paulatino advindo da prática, tampouco maturação na forma e no entendimento da justiça – apenas vestiu-se de roupagem democrática um sistema estruturalmente oligárquico. Sem dúvida, existem avanços consideráveis. Porém, as raízes coloniais são imperceptivelmente onipresentes no Poder Judiciário, não obstante a democrática legislação que reconhece a garantia do pleno acesso à justiça. Nesse contexto, ressalta-se um ponto de perspectiva: o fato da estrutura e práxis contrastarem tanto com a legislação democrática parece contribuir para a manutenção do *status quo*, justamente por não sair do seu lugar de análise.

Aspecto a se considerar como causa do assoberbamento – para que se pense além do senso comum de se atribuir toda a situação à dita ineficiência da gestão/administração do Poder Judiciário –, é a relevante questão apontada por Jean-François Six, que atribui o aumento exponencial da procura do Estado para resolução de conflitos cotidianos ao fenômeno de dissolução de outras instâncias naturais de mediação, citando espaços como as grandes famílias, os líderes comunitários e paroquiais, bem assim dos vilarejos. Veja-se³: *“O desaparecimento, a partir da urbanização acelerada, destas construções costumeiras de regulação levou a um certo rompimento do tecido social. Isto resultou em um recurso primário à queixa, primeiramente para os pequenos e médios litígios.”*

Sob diversos aspectos, o entendimento acerca da efetivação do acesso à justiça, na prática cotidiana, desliza para o confortável, sem que se inquiria sobre os efeitos, sobretudo sobre o pagamento dessa conta: o senso comum dos manuais é o mantra da repetição em tese da garantia ampla, e cada vez mais amplificada, de acesso à justiça. É um viés simplificador, esse em que não se reconhece que existem importantes abusos no uso do sistema judicial, e não apenas por parte de grandes litigantes. O resultado é o congestionamento, cujo efeito nem a pretensa gestão empresarial consegue evitar, tampouco as notáveis alterações legislativas. O colapso do sistema parece situar-se, assim, em outras variáveis.

Segundo Cooter e Ullen⁴, juristas têm respondido a perguntas acerca de como uma sanção afetará o comportamento praticamente da mesma maneira que o faziam 2 mil anos antes – consultando a intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis. No entanto, a economia

³ SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 140

⁴ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25-26

apresentou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções da mesma maneira como reagem aos preços: consumindo menos do produto mais caro. Assim, supostamente, também reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. Acerca dessa análise dos efeitos dos preços (sanções) sobre o comportamento, a economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria).

Portanto, além de uma teoria científica do comportamento, a economia proporciona um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. O enfoque da economia é a previsão dos efeitos das políticas públicas sobre a eficiência; a eficiência⁵ sempre é relevante para a definição de políticas públicas, pois evita o desperdício de recursos (atingir o objetivo a um custo menor). Em termos de empresas privadas, em vez de falar sobre eficiência, fala-se em lucros – maximização de lucros.

A ideia chave da contribuição da Análise Econômica do Direito no enfoque da litigância é a ideia de modificar comportamentos promovendo uma alteração na estrutura de benefícios. Os agentes ponderam custos e benefícios na hora de decidir, de modo que essa alteração poderá levá-los a adotar outra conduta ou a realizar outra escolha. A contribuição se dá, ainda, no auxílio que proporciona a identificação de possíveis efeitos indesejáveis, ou não previstos, de uma alteração realizada numa estrutura de benefícios.⁶

Para ilustrar o ponto, é oportuno recorrer à interessante comparação de Heitor Vitor Mendonça Sica⁷, quando aproxima o congestionamento viário do judicial: o aumento das malhas viárias não resolverá o problema do asseio no trânsito, bem assim, nem tampouco a ampliação crescente do acesso à justiça. O aumento exponencial provoca um efeito cascata, cujo alcance não se pode precisar. Haverá o aumento da aquisição de carros, dos comércios estabelecidos nesses locais urbanizados, aumento da poluição e gastos com saúde pública, provocando um crescimento desordenado, para citar apenas alguns aspectos. A partir disso pode-

⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais”, **Emporio do Direito**, 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Consultado em 16.08.2016

⁶ GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22 e 25

⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Congestionamento judicial e viário**: reflexões sobre a garantia de acesso ao Judiciário. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/congestionamento-judicial-e-viario-reflexoes-sobre-a-garantia-de-acesso-ao-judiciario>> Acesso em 07.09.2016

se dispor, portanto, de como a análise econômica opera: de que modo as consequências das causas (legal, fática etc.) se organizam numa perspectiva que se protraí no tempo; ainda que não exauriente, esta forma de olhar um fato dado permite que se leve em consideração o máximo de fatores incidentes, a fim de se evitar que a proposta (no caso, acesso à justiça entendido quantitativamente e não qualitativamente) redunde inaplicável, na prática (como se vê).

Assim é que, conforme se pretende demonstrar, sob a ótica da análise econômica, tem-se um instrumental para abordagem da alta complexidade da realidade, de modo que se pode trazer à luz fatores desconhecidos e que surtirão efeitos, dos quais não se pode afastar. Dessa interlocução será possível apurar estratégias para reversão/mitigação do assoberbamento do Poder Judiciário, causado em grande fração pelo fenômeno da litigância predatória.

Será adotado o método indutivo para construção do arquivo, bem assim pesquisa bibliográfica, no contexto do Projeto de Pesquisa do CNPQ.

1. A PERSPECTIVA CORRENTE DO ACESSO À JUSTIÇA

O tema morosidade e ineficiência do Poder Judiciário tem sido objeto de extenso diagnóstico ao longo das últimas décadas. O problema não é novo, tampouco uma peculiaridade nacional⁸. No entanto, a partir da inserção do Brasil no mercado internacional com maior expressividade a partir da década de 90, agentes econômicos externos passam a constituir um componente de grande influência sobre as instituições brasileiras⁹. E o Poder Judiciário enquanto instituição reguladora de trocas políticas, sociais ou econômicas, constitui um dos fatores a contribuir com o desenvolvimento econômico de um país¹⁰. Nesse contexto¹¹, o Banco Mundial

⁸ GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. p. 106

⁹ A realidade do surgimento de um “direito global” ao lado do “direito internacional”, que deste diverge por sobrepujar a soberania nacional em três pontos: aplicação além das fronteiras nacionais; incidência sobre a prática da guerra e coordenação da circulação entre pessoas. O direito global revela a juridicização das relações entre estados nação, pois se insere em oposição à política, conforme aponta Júlio Aurélio Vianna Lopes. (LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito**: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 36)

¹⁰ RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JR, Ivo Teixeira. Coordenação. **O Jurista que calculava**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 37.

¹¹ “1.O discurso do capital aponta que o Poder Judiciário é por demais lento e burocratizado, incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige, constituindo-se num elevado custo acrescido às transações. Pensa-se, de regra, somente no aspecto <quantitativo> e que a demora na prestação jurisdicional é um custo de transação incompatível com o ritmo das trocas de um mercado eficiente. Posner sustenta que os problemas da nova economia demandam soluções rápidas e que o Judiciário não está preparado para prover devido à lentidão dos processos, seja pelo princípio do <devido processo legal> - limitador do escopo dos procedimentos sumários -, seja pela atuação de juízes não especializados em questões do campo econômico, ocasionando por estas razões, uma consequência nefasta ao bom andamento do mercado. As reformas tencionam, desta

emitiu o Documento Técnico n.º 319¹², que atribuiu grande fator do propalado “Risco Brasil” ao Poder Judiciário¹³. Esse Documento condicionou, ainda, o atual modelo de gestão do Judiciário, fundado na diretriz da eficiência e estabelecimento de metas, a fim de promover a celeridade nas respostas às demandas judiciais¹⁴. A sintomática da morosidade, portanto, foi atribuída principalmente a questões internas, de modo que as recomendações estipuladas visaram aspectos de administração e gestão do Poder Judiciário apenas. Embora tal quadro inspire olhares localizados, não se trata de problemática relacionada unicamente ao funcionamento e gestão da Justiça.

No entanto, esse foi o foco da realização do I Pacto pelo Judiciário¹⁵, assinado em dezembro de 2004, cujo objetivo declarado era o de organizar as instituições públicas em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. O acordo admite que o fator lentidão retarda o desenvolvimento nacional, desestimula investimentos, propicia a inadimplência, gera impunidade e solapa a crença do sujeito no regime democrático¹⁶. Apesar do diagnóstico, não constam dados ou estudos prévios que motivem ou informem as razões ou causas dessa crise – não há um único dado mencionado no referido documento ou diagnóstico oficial¹⁷. Cinco anos após o primeiro acordo, um novo pacto foi celebrado entre os Poderes, cujo objetivo também era o de um sistema mais acessível, ágil e efetivo.

Não obstante, enquanto o primeiro Pacto fazia referência ao problema da morosidade, o segundo optou por “fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça”. Assim, ignorando-se a falta de solução para o

maneira, aumentar a capacidade de produção mediante a otimização dos recursos disponíveis, nas ditas <reengenharias>, com a introdução de critérios <modernos> de <administração da Justiça>, na melhor lógica de custo/benefício. Assim é que a noção de <velocidade> precisa ser convocada pois se constitui numa ameaça tirânica à democracia.” (MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manoel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.)

¹² Disponível em <www.bancomundial.org.br> Acesso em 22.04.2016

¹³ Quanto à questão do acesso à justiça, mencionou-se no Documento Técnico n.º 319 que as custas processuais não devem obstar o acesso ao sistema, devendo ser “razoáveis, justas e compatíveis com a renda”, ressaltando sua importância para o sustento do sistema.

¹⁴ MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 136

¹⁵ Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/Ficha%2013%20-%20Judiciario.pdf> Acesso em 22.04.2016

¹⁶ GICO JR, Ivo Teixeira, 2012. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 146 p. P. 106-108

¹⁷ GICO JR, Ivo Teixeira, 2012. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 146 p. P. 106-108

congestionamento e excesso de demandas, concentraram-se esforços em formas de incentivar mais demandas por segmentos considerados excluídos desse serviço público¹⁸:

Se a atenção anterior à morosidade do Judiciário não foi eliminada, basta uma simples leitura das propostas listadas no II Pacto Republicano¹⁹ para se perceber que esta questão foi relegada ao segundo plano e o foco foi deslocado para ampliação de acesso, expansão da defensoria pública, direitos humanos e questões relacionadas ao sistema criminal. O paradoxo decorre da ampliação do acesso sem capacidade de atendimento do passivo, gerando, com isso, verdadeiro curto-circuito entre a entrada e saída, transformando a taxa de congestão do Poder Judiciário em assustadora. Obviamente, o resultado só pode ser maior morosidade e ineficácia.

Portanto, impera o paradigma do ilimitado acesso à justiça numa perspectiva que desconsidera a realidade de que o Estado é estrutura e seus recursos, finitos. O raciocínio em que se formam os operadores jurídicos é o de que o Estado, esse ente intangível e dantesco, deve garantir tudo a todos. A categoria “social”, aqui, funciona como um passe livre quando invocada ou prevista. No entanto, alguém será invariavelmente excluído dessa operação aparentemente correta: o enfoque à garantia do acesso à justiça, sem se inquirir acerca dos reflexos/consequências/externalidades, têm gerado o caos atual. Com efeito, na prática, não haverá equilíbrio, e muitos (mais) ficarão de fora, sem acesso, sem direitos. É evidente que o sistema judicial, da maneira em que se encontra, em geral é lento e o resultado, muito demorado. Soluções legislativas são empregadas, mas não se observa grandes modificações, de largo alcance.

2. TRAGÉDIA DOS COMUNS

A Tragédia dos Comuns, desenvolvida por Garret Hardin²⁰, é oportuna para que se entenda a dinâmica “trágica” a que está fadado o acesso à justiça; o *insight* proporcionado pela pungência da história revela a dinâmica essencial de uma dada relação de uma maneira mais evidente. Trata-se da sobreutilização que ocorre quando há espaços/recursos compartilhados entre todos e não delimitados, tendo como ponto fundamental o fato de que esse movimento independe da “boa”

¹⁸ GICO JR, Ivo Teixeira, 2012. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 146 p. P. 106-108

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PactoRepublicano.pdf>> Acesso em 22.04.2016

²⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 69

ou “má” intenção dos compartilhantes. Exemplo dessa “ausência de intenções” é o de Bierman e Fernandez²¹, que descrevem a corriqueira cena de um grupo de amigos reunidos em torno de um balde de pipoca: se o balde é comum, invariavelmente seu conteúdo será mais rapidamente ingerido; diz-se que a voracidade dessa situação se dá por uma falta de direitos de propriedade bem definidos sobre a tigela de pipoca (competimos pela quantidade fixa de pipoca, receando que nos tomem a parte “justa” que nos cabe). Do contrário, se, ao invés do balde comum forem delimitados os espaços de propriedade, a pipoca durará consideravelmente mais.

A causa desses problemas estruturais não é apenas questão de administração e gestão. Por exemplo, Ivo Teixeira Gico Jr²² explica que nos Estados Unidos há muito já se constatou que, ao se conceder direito de ação a qualquer um, mesmo sem demonstração preliminar de haver dano, a consequência seria o sobrecarregamento do sistema judicial, levando a sua derrocada. Outra conclusão a que chegaram é que esse é o efeito causado por outros dois fatores: a concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita e o aumento do número de advogados. Ainda, a causa desse congestionamento é explicada pela “Tragédia dos Comuns”²³: múltiplos agentes têm acesso ilimitado a recursos finitos, o que induz o comportamento inevitável de utilização imoderada, uma vez que é impossível saber se os demais cooperarão e utilizarão apenas o necessário. A tendência, assim, é que todos usem além do que precisam, na tentativa de garantir um espaço. O fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados na exploração de um bem finito leva à exploração acima dos níveis sustentáveis, provocando a extinção do recurso²⁴.

Nesse contexto, o Judiciário é um recurso escasso rival – quanto mais é usado, mais difícil é que outros o usem. No entanto, quando um litigante individual decide levar o seu caso aos tribunais, ele leva em consideração apenas seus custos e benefícios privados. O agente não computa o custo social de seu litígio/conflito, incluindo o tempo que outras ações mais ou menos

²¹ BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Trad. Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011, p. 70

²² GICO JR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. P. 114

²³ “A Tragédia dos Comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito terminam por coordenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração.” MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 70

²⁴ GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. P. 114-115

importantes, mais ou menos meritórias, terão de aguardar até que seu caso seja decidido. Assim como, por exemplo, um criador de gado, na Tragédia dos Comuns, possui incentivos para colocar quantas cabeças conseguir no pasto comum, os litigantes têm incentivos para acionar o Judiciário enquanto seu benefício individual esperado for maior que seu custo individual esperado. A sua contribuição individual para o congestionamento é substancialmente externalizada²⁵.

Como exemplo da tragédia dos comuns, veja-se a questão dos Juizados Especiais: são gratuitos (não cobram custas judiciais), não se requer a presença de advogados até certo valor, não há honorários sucumbenciais em caso de derrota e seu procedimento é amplamente simplificado, com vistas a ampliar o acesso e reduzir a carga do Judiciário, atendendo a uma demanda reprimida. Entretanto, estudos do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários (2003) e da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005) comprovam que o congestionamento dos juizados ocorre nos mesmos moldes da justiça comum²⁶.

Uma conclusão essencial dessa análise é perceber que, quanto mais rápido for o Judiciário, maior o valor presente de um potencial litígio e, portanto, maior a probabilidade de uma ação ser ajuizada. Porém, quanto mais ações ajuizadas, maior a sobrecarga do sistema, que deve ser tornar mais lento, o que reduz o valor presente das ações judiciais e reduzirá a demanda futura (estímulo – recompensa). Dessa forma, mudanças na morosidade judicial geram efeitos compensatórios no volume de casos iniciados e vice-versa. Essa relação sugere que, dada uma capacidade instalada, deve haver um nível de equilíbrio entre litigância e morosidade em cada jurisdição, um “congestionamento de equilíbrio”, o que se extrai da tese de Ivo Teixeira Gico Jr.²⁷

Em cooperação com esses fatores, atuam como agentes do assoberbamento do sistema a massificação do consumo, o movimento de fusão dos grandes agentes econômicos do capital, bens ou serviços. Setores como telefonia, bancos, medicamentos e outros insumos são monopolizados em última análise, e o capital somado à tecnologia dilui as fronteiras. A este trabalho interessa, entretanto, ressaltar o uso habitual do sistema, em que o Judiciário é

²⁵ GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. P. 136

²⁶ GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. P. 139

²⁷ GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. P. 138

compreendido como peça integrante dos custos do negócio dessas grandes companhias, o que a análise econômica também explica – a litigância é esperada, frise-se, contabilizada, ante as características sabidamente negativas do serviço: é, pois, um custo tolerado em face dos lucros obtidos com procedimentos ou serviços irregulares – é verdadeira externalidade repassada aos consumidores. Já é conhecido o percentual de clientes que reclamarão em juízo, e o assoberbamento causado por essa prática agressiva serve, inclusive, como desincentivo a que outros consumidores entrem em juízo, até porque as indenizações são módicas. Outro aspecto dessa equação é a evidência de que eventuais perdas ainda são repassadas aos consumidores, na forma de aumento do custo dos serviços, sem a devida contraprestação.

Júlio Cesar Marcellino Jr nomeia o que chamou de “acesso inautêntico”, configuração em que esses grandes atores econômicos se compreendem, como também os “aproveitadores” de ocasião, anônimos, que, ante as brechas existentes, nelas atuam para obtenção de vantagem (postergação de cumprimento de obrigações, etc.), de maneira que a estrutura da jurisdição toma os contornos atualmente observáveis e narrados à exaustão.

3. ACESSO À JUSTIÇA INAUTÊNTICO

A questão do cumprimento efetivo das decisões judiciais tem transformado o Poder Judiciário em balcão de rolagem de dívidas. O amplo acesso à justiça sem uma política de custos invariavelmente acarretará o que se chamou de “acesso inautêntico” - note-se que o mero ingresso com uma demanda não é garantia de acesso pleno²⁸. Estudos do Conselho Nacional de Justiça apontam como um dos focos principais do problema o fenômeno da litigância repetitiva²⁹, cujos maiores demandantes ou demandados são os setores público, bancários e de telefonia³⁰. As proporções dessas demandas massivas podem ser explicadas em razão da pluralidade de ofensas por parte de agentes econômicos a direitos nas relações de consumo, medicamentos e a correlata deficiência do setor regulatório competente; quanto ao setor público, destacam-se as ações de executivo fiscal. Daí se falar que esses litigantes habituais consomem grande parcela da máquina

²⁸ MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pág. 171

²⁹ 100 Maiores Litigantes. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 26.04.2016.

³⁰ O uso da justiça e o litígio no Brasil. Brasília: AMB, 2013. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=23191>>. Acesso em 26.04.2016

judiciária, ao lado também dos litigantes frívolos³¹, que constituem os oportunistas do sistema. Nesse contexto, o litigante legítimo é prejudicado. A ausência de custos significativos para a litigância habitual e frívola, somada à inefetividade/inexistência de uma política de estabelecimento de custos para as ações conforme o uso respectivo do sistema é um dos grandes motivadores de comportamentos oportunistas, recursos protelatórios, ações frívolas, prolongamento de disputas e dívidas³².

Uma nova forma de abordagem do problema, segundo a análise econômica da litigância atende, ainda, ao planejamento estratégico do CNJ e TJSC 2015-2020, que destaca “a proposição de inovações legislativas, a criação e aplicação de mecanismos para penalizar a litigância protelatória”, formalizado na Resolução CNJ n.º 198, de 1º de julho de 2014³³.

O acesso à justiça inautêntico vai ocasionar rivalidade entre as ações, de modo que o acúmulo é exponencial. O enfrentamento do tema até então além de não manter o foco na busca das causas, desconsidera que exista um ponto de equilíbrio que deve ser buscado. Isso porque mesmo o funcionamento ótimo do sistema (perfeito no viés do corrente acesso à justiça) provocará mais e mais utilização, aumentando o valor da demanda. Há um efeito compensatório. Com efeito, as recentes políticas públicas direcionadas única e exclusivamente à ampliação do acesso ao Judiciário (reformas cujo objetivo declarado seja apenas o de reduzir o custo de litigar), sem qualquer alteração das demais variáveis da condição de litigância, aumentam o número de litígios.

E um Judiciário já sobrecarregado, se, por um lado, o aumento do número de conflitos/litígios constitui legítimo exercício da cidadania, por outro, contribui ainda mais para a morosidade judicial e, assim, o tempo necessário para resolução de um litígio qualquer aumenta, o que, por sua vez, reduz o valor presente da demanda para o titular do direito, em outras palavras, o incentivo isolado à litigância pela redução de custos de litigar (acesso ao Judiciário) induz à morosidade que reduzirá a utilidade real dos direitos. Não somente isso: um grupo marginal de usuários potenciais do Judiciário deixará de usá-lo para fazer valer seus direitos, porque não

³¹ “A litigância frívola pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso.[...] o queixoso (frívolo) inicia a litigância com um custo reduzido e sabe que irá ‘ganhar’ algo em acordo, a não ser que o ‘infractor’ realize um esforço assinalável para a sua defesa.” TEIXEIRA PATRÍCIO, Miguel Carlos. **Análise Econômica da Litigância**. Edições Almedina S.A.: Coimbra, 2005. p. 63 e 65.

³² SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia**. Malheiros Editores Ltda: São Paulo, 2014. p. 346-347

³³ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2733>> Acesso em 04.05.2016

compensará acionar, o que é um resultado oposto ao inicialmente pretendido com a política de acesso ao Judiciário³⁴.

Assim é que, no ideário de acesso à justiça, sob a promessa de um Estado crescentemente provedor na realização dos direitos, é confortável permanecer isolado de todo o contexto, especialmente o econômico. Alguém está pagando e pagará esta conta. Contudo, este “fazer o bem” satisfaz mais o sentimento pessoal dos operadores do direito do que contribui para o crescimento e implementação efetiva dos direitos. Nesse ponto, Flávio Galdino³⁵ analisou os modelos teóricos sobre os direitos, e revela que os direitos fundamentais geram despesas, inclusive os ditos direitos negativos – todos custam, daí que, na realidade, são positivos.

4. LITIGANTES HABITUAIS E FRÍVOLOS

O atual modelo desconsidera o custo implicado e o fato de os recursos públicos serem finitos. E isso é possível concluir conforme a Análise Econômica da Litigância, que fornece o instrumental necessário ao inquirir sobre as consequências das decisões e comportamentos em um contexto de escassez³⁶, e é fundamental lançar essas luzes no contexto atual, em que a tradição legal apenas sustenta o acesso ilimitado a direitos subjetivos, sem atentar para o uso abusivo e irracional dos recursos. Com efeito, a economia tem por objetivo o estudo dos incentivos das condutas humanas. O Direito, grosso modo, constitui-se em técnica institucional de controle do comportamento humano pelo monopólio da força estatal. Conclui Gico Jr, assim, que “a Análise Econômica do direito nada mais é do que a utilização do ferramental teórico econômico para estudar os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico.”³⁷

A teoria dos jogos combinada com a análise econômica do Direito, na medida em que ajuda a compreender a dinâmica processual como um jogo conflitivo, no qual a relação custo-benefício é levada em consideração, mesmo que inconscientemente para as decisões e escolhas feitas no curso do processo. Auxilia, ainda, na compreensão do excesso de litigância, especialmente se se

³⁴ GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p. P. 140-141

³⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005, p. 338

³⁶ PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**. Uma introdução. Coordenadores. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 15

³⁷ GICO JR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p, p. 25

considerarem os estímulos econômicos que alguém possa ter para ingressar com uma ação, sem que lhe seja necessariamente custoso. A teoria processual tradicional não oferece mecanismos de controle desse excesso de litigância, sobretudo nos casos de abusividade.³⁸

Os litigantes habituais consomem grande parte dos recursos públicos mediante o ajuizamento de demandas decorrentes de suas práticas abusivas – as quais se computam nos custos da atividade empresarial como externalidade para a sociedade. Nem mesmo as condenações judiciais cotidianas repercutem de alguma maneira na coibição ou desestímulo desses comportamentos. Tal situação é lucrativa também sob o aspecto de conjuntura: essa utilização massiva torna extremamente morosa a obtenção de justiça nessas relações, desestimulando outros consumidores lesados a ajuizarem ações.

Assim é que deve ser considerado o fenômeno do litigante habitual e frívolo, e o enorme dispêndio de recursos públicos que acarretam, sob o viés da análise econômica do direito a fim de que se estabeleçam mecanismos de aversão à litigância, bem como mecanismos de aceleração de acordos, com o fito de barrar a subutilização do sistema judiciário e o desperdício dos recursos públicos como hoje se observa. A deficiência da análise e abordagem consiste na desconsideração do mau uso que vem ocorrendo e, mais além, da enorme quantia de valores despendida com aquele litigante que se utiliza do sistema judiciário como meio de protelação de obrigações e como meio de persistência em práticas ilegais.

Aponta-se que é necessário potencializar a efetividade da cobrança das custas processuais, mesmo as módicas, mediante a utilização do protesto extrajudicial, com o intuito de modificar a estrutura de benefícios. Por outro lado, é crucial o escalonamento dos valores em patamares diversos de custas, a fim de inibir a litigância habitual e frívola. Isso porque, à semelhança de imposição de multas ou penas, o pagamento de custas, por envolver custo, mostra-se meio eficaz de se impôr fator de desestímulo ao acesso à justiça para reclames oportunistas ou condutas ilegais, que demandariam ações na Justiça. Diagnosticado o panorama dos litigantes habituais e frívolos como causa do asoberbamento, a imposição de custos diferenciados para os maiores litigantes/demandados apresenta potencial para modificar a estrutura de benefícios, de modo que haja efetivo acesso à justiça para os litigantes legítimos.

³⁸ MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 170.

5. ALTERAÇÃO NA ESTRUTURA DE INCENTIVOS: CUSTAS PROCESSUAIS COMO MECANISMO

Para além do mérito de apurar diagnóstico efetivo para se pensar o acesso à justiça por pontos de vista não abordados, a ótica da análise econômica possibilita que se pense, ainda, na capacidade de a administração pública estabelecer uma alteração em sua estrutura de incentivos, que é entendida, aqui, como o espectro de custos para os litigantes quanto ao direito de ação. A grande implicação do postulado da conduta racional maximizadora dos agentes econômicos – ponderar os custos e benefícios na hora de decidir, visando o maximizar suas vantagens – é que uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha.

Essa é também uma ideia central no direito, pois o estabelecimento de leis visa desestimular condutas danosas e estimular condutas adequadas. A coerção e coação da lei aplica-se nessa racionalidade – para evitar um custo o sujeito suprimirá o comportamento, tomará mais cuidado, reformulará suas ações, adotará outra prática, etc.³⁹. Um escalonamento no patamar das custas para os grandes litigantes habituais, de modo que gerem benefícios para realização de acordos, por exemplo – a fim de que seja invertida a lógica atual que sustenta essa conformação. Uma modificação no atual sistema de recompensas que gere a modificação de sua atuação.

A resposta possível para essa modificação do sistema de recompensas ligado ao acesso à justiça é o estabelecimento de um mecanismo de gestão do acesso à justiça via custas processuais. Tal ideia já surgiu no contexto da Associação dos Magistrados Brasileiros, em proposição de José Gutemberg Gomes Lacerda⁴⁰, na qual defende que as custas processuais devem ter uso extrafiscal, como já é feito em outros institutos jurídicos, a exemplo da outorga onerosa do direito de construir e de taxas ambientais, revertendo a parcela extra por uso predatório ao Poder Judiciário – elevação que deve ser limitada aos dez maiores litigantes privados, que seriam inseridos em uma lista anual e sujeitos a custas majoradas, enquanto permaneçam na referida lista.

Isso porque, segundo aponta a referida proposição, observa-se o fenômeno da gradual instrumentalização do Poder Judiciário, especialmente o Estadual, que concentra o maior número de ações em relação às demais especializadas, como depósito de contenção das inadequações dos

³⁹ GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 22-23

⁴⁰ LACERDA, José Gutemberg Gomes. **Uso extrafiscal das custas processuais para os dez maiores litigantes privados: preço pelo uso predatório do serviço judiciário**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2015/10/Jose-Gutemberg.pdf>> Acesso em 26.02.2016

produtos ou serviços de um pequeno grupo de companhias privadas. Não obstante integrarem o polo passivo das demandas, o funcionamento irregular ou ilegal de seus serviços é que tem ensejado a litigância massiva.

O quadro se agrava, por exemplo, ante a dispensa do pagamento de custas processuais no primeiro grau (Lei 9.099/95, artigo 54), em que essas grandes companhias multibilionárias estão isentas do ônus financeiro do litígio. Não obstante, mesmo quando as custas processuais são devidas, seu valor não é compatível com a realidade do uso predatório do Judiciário, dado que produz comprometimento do serviço em graus muito superiores aos módicos valores pagos. Dessa forma instala-se o uso massivo do Poder Judiciário, cujo ônus representado para esses grandes litigantes é incorporado aos seus ativos como uma espécie de investimento de risco calculado, dado que o custo para corrigir as falhas na prestação dos serviços ou produtos é bastante superior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se que o problema de conjuntura que se observa não é resultado apenas de gestão ou administração, demandando o enfrentamento de novos horizontes. Existem contextos e ações em causa mais complexos que o senso comum apura. O desafio, portanto, é a mudança de paradigma em relação à visão que se tem do acesso à justiça, não só no âmbito de sua ampliação, mas também da sustentabilidade. Não é mais possível que se pense neste direito fundamental como gratuito, dado os custos inerentes. E os custos são altos. Daí que a análise econômica do direito fornece instrumental para abordagem e delineamento dos reais problemas, bem como possíveis soluções, com um pé na realidade e no gerenciamento da escassez.

Destaca-se que uma alteração na estrutura de benefícios é viável mediante um mecanismo de gestão via custas processuais, campo ainda pouco explorado. Conforme desenvolvido acima, nem mesmo um funcionamento excelente do sistema se manteria – é a taxa ideal de congestionamento que se deve buscar. Mesmo que recursos houvessem para a expansão sem restrições do acesso à justiça, o valor das ações tenderia a se elevar, justamente pela rapidez do julgamento, de modo que a procura seria ainda maior. Repensar o que se constitui com o acesso à justiça autêntico é o desafio de todos os dias.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

100 Maiores Litigantes. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf.

Acesso em 26.04.2016.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Trad. Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

GICO JR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. 146 p.

GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 14. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LACERDA, José Gutemberg Gomes. **Uso extrafiscal das custas processuais para os dez maiores litigantes privados: preço pelo uso predatório do serviço judiciário**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2015/10/Jose-Gutemberg.pdf>> Acesso em 26.02.2016.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito**: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais”, **Empório do Direito**, 23 de abril de 2015. Disponível em:

<<http://emporiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Consultado em 16.08.2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manoel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O uso da justiça e o litígio no Brasil. Brasília: AMB, 2013. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=23191>>. Acesso em 26.04.2016.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**. Uma introdução. Coordenadores. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JR, Ivo Teixeira. Coordenação. **O Jurista que calculava**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia**. Malheiros Editores Ltda: São Paulo, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Congestionamento judicial e viário: reflexões sobre a garantia de acesso ao Judiciário**. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/congestionamento-judicial-e-viario-reflexoes-sobre-a-garantia-de-acesso-ao-judiciario>> Acesso em 07.09.2016.

SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA PATRÍCIO, Miguel Carlos. **Análise Econômica da Litigância**. Edições Almedina S.A.: Coimbra, 2005.

IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO PARA A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DO DIREITO

Osvaldo Agripino de Castro Junior¹

Quebrar as barreiras do seu próprio sistema jurídico (assim definido) significa aumentar o seu próprio horizonte e a sua própria experiência e, sobretudo, enriquecer-se espiritualmente e descobrir os próprios limites com um espírito de modéstia que, por sua vez, comporta tolerância e liberdade.²

A Ciência do Direito tem se tornado subserviente às leis dos Estados, as fronteiras científicas estão limitadas pelas fronteiras políticas. Uma humilhante e indigna situação para uma disciplina científica.³

INTRODUÇÃO

As pesquisas relacionadas à Principiologia Constitucional aplicada à Política do Direito, inclusive aquelas relativas ao ativismo judicial e judicialização de políticas públicas, especialmente em países de modernidade tardia, como o Brasil, podem ter maior eficácia com o uso do Direito Comparado.

Observa-se, assim, a possibilidade de aperfeiçoar o debate envolvendo a temática do ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas por meio do uso do Direito Comparado. Algumas perguntas podem ser feitas acerca das possibilidades do Direito Comparado na solução de alguns problemas decorrentes, por exemplo, da crítica ideológica ao ativismo judicial: ela pode ser útil?

Nesse cenário, é relevante pesquisar outros sistemas por meio do Direito Comparado,

¹ Professor de Jurisdição, Arbitragem, Direito Marítimo, Direito Portuário e Direito Regulatório do Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali (www.univali.br/ppcj), Itajaí. Advogado (UERJ/1992), sócio do Agripino & Ferreira Advocacia e Consultoria e inscrito na OAB/SC. Conclui pesquisa de Pós-doutoramento em Regulação de Transportes e Portos comparada pelo *Center for Business and Government da Harvard University*, com bolsa da CAPES. Bacharel em Ciências Náuticas (Ciaga/1983) e piloto de navios durante quatro anos, tendo viajado para 27 países. Doutor em Direito e Relações Internacionais (CPGD-UFSC), *Visiting Scholar* na *Stanford Law School*.

² ASCARELLI, Tullio. *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 43.

³ VON JHERING, Rudolf. Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 10th ed. Erster Teil, 1968, p. 15 *apud* SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. *Boston University International Law Journal*, v. 16, n. 2, p. 332, Fall 1998.

porque se trata de método que identifica elementos determinantes em mais de um sistema jurídico e pode ser útil para solucionar o conflito ou aperfeiçoar o sistema jurídico que não possui institutos jurídicos suficientes para dar maior segurança jurídica ao ambiente institucional. Sustenta-se, portanto, que quanto maior o uso do Direito Comparado na pesquisa jurídica, maior a eficácia do resultado da pesquisa, ou seja, na consecução do seu objeto.

Assim, sucintamente, tratar-se-á do conceito de Direito Comparado, bem como suas características básicas, como microcomparação, macrocomparação e elementos determinantes para, em seguida, discorrer-se acerca da relevância de tal método para as pesquisas envolvendo a Princiologia Constitucional e a Política do Direito.

1. DIREITO COMPARADO: CONCEITO

A justificativa do estudo do Direito Comparado⁴ decorre de que é uma ferramenta útil para ajudar na reforma⁵ da legislação e do sistema judicial,⁶ bem como para solução de controvérsias que não encontram fontes no ordenamento jurídico de um dado país, uma vez que somente a análise de uma variedade de culturas e sistemas judiciais, jurídicos e econômicos demonstra o que é fundamental e conceitualmente necessário para um sistema, ou que é acidental, mais do que necessário para a mudança; o que é permanente, mais do que modificável nas normas jurídicas e instituições judiciais; e o que caracteriza as crenças e valores que o fundamentam.⁷

Desse modo, por meio da comparação, poder-se-á descobrir alternativas e percepções que venham a colaborar para a melhoria do sistema doméstico, no caso o ambiente onde se dá a produção, a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais e a Política do Direito. Trata-se de um método que proporciona não somente soluções alternativas para serem usadas em reformas do sistema judicial, mas também um melhor entendimento do sistema doméstico.

⁴ Para um estudo histórico da origem e evolução dos sistemas *common law* e *civil law* e seus desdobramentos nos sistemas jurídicos e judiciais dos Estados Unidos e do Brasil, assim como teórico e prático do Direito Comparado e do Direito e Desenvolvimento, objetivando aperfeiçoar 11 elementos do sistema judicial brasileiro, em decorrência de pesquisa comparativa das diferenças e semelhanças dos citados elementos do sistema judicial norte-americano: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao direito e desenvolvimento**: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB, 2004. 859 p.

⁵ Além de reforma, Chodosh acrescenta mais dois objetivos do Direito Comparado, quais sejam o entendimento maior do próprio sistema e a unificação internacional de normas. CHODOSH, Hiram E. Comparing comparisons: in search of methodology. **Iowa Law Review**, n. 84, p. 1068, Aug. 1999.

⁶ DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 1999. p. 18. Além desse objetivo, o autor ainda inclui mais quatro funções e objetivos do Direito Comparado: i) como disciplina acadêmica; ii) como uma ferramenta para construção; iii) como meio para entendimento de regras jurídicas; e iv) como contribuição para unificação sistemática e harmonização do direito.

⁷ EHRMANN. **Comparative Legal Cultures**, 1976 apud DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. p. 11.

Pela relevância para a doutrina de Direito Comparado brasileira, podem ser citados quatro textos:

a) *A Ciência do Direito Comparado no Brasil*,⁸

b) *O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: Séculos XIX e XX*,⁹

c) *Le Droit Comparé au Brésil*,¹⁰ e

d) *A Crescente Importância do Direito Comparado*.¹¹

O Direito Comparado, ao contrário da maioria dos temas estudados por pesquisadores da Ciência Jurídica, não é um conjunto de regras e princípios. Trata-se mais do que um método de análise do direito, de um processo de estudo das relações dos sistemas judiciais e suas regras e requer um conhecimento maior do que as regras de outros países.

Comparar sistemas judiciais e jurídicos, bem como conceitos é também uma avenida para novas percepções acerca do sistema judicial e jurídico do próprio pesquisador, de modo que é ferramenta de indispensável valor para juristas e operadores do direito, porque conduz ao enriquecimento do conhecimento, que é preexistente do próprio direito, proporcionando maior entendimento e agilidade intelectual no direito, bem como mudanças positivas nos direitos material e formal.¹²

Quando se trata de definir Direito Comparado, cabe a questão: qual é a sua natureza? É uma disciplina do direito, como o Direito Constitucional e a Política do Direito ou, mais profundamente, tendo em vista que o direito é algumas vezes definido como um conjunto de regras, há algum conjunto de normas conhecido como Direito Comparado?

A resposta para ambas as perguntas é negativa, pois como um objeto acadêmico, ele não tem um núcleo de áreas temáticas e não se trata de um ramo de direito material. Ao contrário, de acordo com Zweigert e Kötz, ele se caracteriza como “uma atividade intelectual com o direito como seu objeto e a comparação como seu processo”.¹³

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, 1955.

⁹ VALLADÃO, Haroldo. L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil: XIX et XX siècles. In: **Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée**. Paris: LGDJ, 1971. v. II, p. 309 e ss.

¹⁰ WALD, Arnold. Le Droit Comparé au Brésil. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, n. 4, p. 805-839, 1999.

¹¹ LYRA TAVARES, Ana Lucia de. A crescente importância do Direito Comparado. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p. 155-188, 2001.

¹² SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 333-334.

¹³ ZWIEGERT; KÖTZ. An Introduction to Comparative Law, 1977, p. 2 *apud* DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. p.3.

Cabe mencionar que Ana Lucia de Lyra Tavares diverge de tal posição, da seguinte forma:

Para nós, o direito comparado é, ao mesmo tempo, uma disciplina autônoma e para-jurídica, de apoio ao estudo aos outros ramos do direito, e um modo de abordar as análises jurídicas. Não o consideramos como mera aplicação do método comparativo ao direito, como muitos o fizeram e ainda o fazem, em polêmica não resolvida mas desvestida de interesse, em vista da feitura, em escala cada vez maior, de pesquisas jus-comparativas.¹⁴

Trata-se de estudo da relação entre sistemas judiciais ou entre regras de mais de um sistema no contexto de uma relação histórica, em que se analisa a natureza do direito e do desenvolvimento jurídico,¹⁵ por meio da Sociologia do Direito e da História do Direito,¹⁶ como ferramentas essenciais para atingir o seu objeto. É que a Sociologia do Direito e o Direito Comparado estão empenhados em descobrir a extensão com que o direito influencia e determina o comportamento do ser humano, e o papel exercido pelo direito na organização social.¹⁷

O seu objeto não é uniformizar a individualidade de um sistema, e sim aperfeiçoar a análise, para evitar a imitação cega ou preconceito, pois, no caso de recepção, esta deve ser uma recriação, porque o Direito Comparado enriquece os sistemas judiciais e jurídicos e não os empobrece.¹⁸

É, essencialmente, um método de estudo mais do que um conjunto de regras, que usa a ciência social, considerando os dados obtidos não somente como uma parte do método, mas como elementos que formam um corpo separado de conhecimento. Inexiste um padrão para o Direito Comparado, mas deve ser feito um esforço, inclusive para o conhecimento da língua do país cujo elemento é comparado, para descobrir os detalhes de certos aspectos de um ou mais sistemas judiciais e jurídicos e obter proveito de tal conhecimento, por meio das semelhanças e diferenças, o que é pré-requisito do método comparativo: beneficiar-se da comparação para mudar o que está sendo comparado.¹⁹

¹⁴ LYRA TAVARES, Ana Lucia de. O ensino do Direito Comparado no Brasil contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 69-86, jul./dez. 2006, p. 82. Disponível em: < http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Lyra_n29.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁵ WATSON. Legal transplants, 1974, p. 6-7 apud DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. p. 6.

¹⁶ Acerca da História do Direito dos Estados Unidos e do Brasil, desde as suas origens europeias, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Ibradd, Cesusc, 2001. 286 p., bem como sobre a importância da história na formação do estudioso do Direito Comparado: HILAIRE, J. La Place de l'histoire du Droit dans l'enseignement et dans la Formation du Comparatiste. **Revue Internationale du Droit Comparé**, Paris, n. 2, p. 319-333, Apr./Juin. 1998.

¹⁷ DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. p. 10.

¹⁸ SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 422.

¹⁹ REITZ, John C. How to do Comparative Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 46, p. 620, Fall 1998.

A maioria dos profissionais do direito e pesquisadores faz comparação quotidianamente, todavia, de forma inconsciente. A comparação não traz somente novas ideias ao cenário, mas pode mostrar também como diferentes sistemas usam as suas ferramentas metodológicas, podendo conduzir a surpreendentes e úteis ideias e resultados.²⁰ Isso é muito comum junto aos profissionais que atuam no comércio internacional, quando buscam encontrar doutrina, lei ou jurisprudência que possam colaborar para a solução de determinado conflito complexo que não encontra solução em determinado sistema jurídico, especialmente em face de omissão do legislador.

Contudo, para pesquisar outras culturas é necessário não ter os preconceitos que podem ser adquiridos na cultura do próprio sistema doméstico. Assim, em termos metodológicos, todos os esforços devem ser feitos para abordar uma cultura jurídica diversa tal como um antropólogo aproxima-se e estuda uma civilização alienígena.²¹

O Direito Comparado, normalmente, dedica um esforço substancial para explorar o grau que existe ou inexistente acerca de elementos comparativos equivalentes relevantes para o objeto do estudo no outro sistema que será comparado. Em regra, no final, poucos elementos ou instituições, às vezes nenhuma, possuem termos equivalentes precisos, ainda que haja muitas instituições que sejam, profundamente, similares ou similares de alguma maneira: a análise comparativa do direito ocorre na tensão entre esses dois extremos.²²

Por sua vez, o moderno Direito Comparado usa várias disciplinas para atingir o seu objeto. Eclético na sua seleção, reconhece a importante relação entre direito, economia, relações internacionais, história e cultura, e opera com uma metodologia que considera cada sistema jurídico e judicial como uma especial combinação do espírito do seu povo, e é produto de várias das interconexões e interações dos eventos históricos, que produzem um determinado caráter e ambiente nacional.²³

A defesa da metodologia comparativa para o estudo do direito nos currículos das Faculdades de Direito norte-americanas já era defendida por Roscoe Pound, que foi um grande advogado do método como ferramenta científica indispensável para a ciência jurídica do futuro e

²⁰ SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 370.

²¹ CURRAN, Vivian Grosswald. Dealing in difference: Comparative Law's potential for broadening legal perspectives. **The American Journal of Comparative Law**, v. 46, p. 661, Fall 1998.

²² REITZ, John C. How to do Comparative Law. p. 622.

²³ DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. p. 6.

que, inclusive, defendia a comparação com o *civil law*, a ser efetuada por professores e pesquisadores.²⁴

Em 1992-1993, cerca de 445 cursos de Direito Comparado estavam listados no The Association of American Law Schools Directory of Law Teachers,²⁵ o que é um dado importante e revela a difusão que tal método vem tendo nos Estados Unidos.²⁶

Agindo com o Direito Comparado, o profissional do direito salta para fora do seu ambiente doméstico e, intelectualmente, entra num mundo novo e diverso, amplia o seu horizonte intelectual, torna-se, analiticamente, melhor preparado, mais flexível e aberto para tratar temas complexos dentro do seu próprio sistema jurídico.

Também ganha habilidade para entender com profundidade aspectos típicos do seu sistema. Essa distância do seu íntimo e familiar sistema jurídico proporciona uma perspectiva que capacita o comparativista a ganhar uma mais ampla e larga visão crítica, tornando-se uma vantagem,²⁷ além de, pelo contraste, resolver com mais segurança problemas político-jurídicos.

Relativizar políticas diferentes para ambos os sistemas, com base em valores culturais e morais, é um bom procedimento para evitar tendências totalitárias, o que faz com que o Direito Comparado tenha uma função relevante, pois abre a sociedade para o novo e aumenta o arsenal de alternativas para solucionar tal problema. Isso ocorre porque o direito doméstico, em regra, sempre atua de forma limitada para tratar os seus problemas.

Assim, ao estudar sistemas jurídicos e judiciais de países com regimes totalitários, além das estruturas formais, o Direito Comparado pode revelar a existência de diversidade e alternativas pertinentes, mostrando que não há verdades simples. O mencionado método informa os cidadãos e contribui para uma sociedade aberta.²⁸

A ciência do Direito Comparado é produto do encontro de dois fenômenos importantes: i) o alargamento do horizonte histórico e científico, sem o qual o Direito Comparado não ultrapassaria

²⁴ POUND, Roscoe. The place of Comparative Law in the American Law School. **Tulane Law Review**, n. 8, p. 161, 1934.

²⁵ The AALS Directory of Law Teachers (1992-1993), p. 1020-1023 apud KOZYRIS, P. John. Comparative Law for the twenty-first century: new horizons and new technologies. **Tulane Law Review**, n. 69, p. 169, Nov. 1994.

²⁶ Acerca das perspectivas do Direito Comparado e defesa do enfoque dos sistemas públicos comparados por meio do estudo das suas similaridades, ver: LARSEN, Clifford. The future of Comparative Law: Public Legal Systems. **Hastings International and Comparative Law Review**, n. 21, p. 847-863, Summer 1998.

²⁷ SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 344.

²⁸ DAHRENDORF, Ralf. After 1989: Morals, Revolution and Civil Society, 1997, p. 16, 50-1, 60 apud SCHADBACH, Kai. **The benefits of Comparative Law: a Continental European view.** p. 348.

os limites de uma simples curiosidade científica; ii) a radical e cada vez mais acelerada transformação do mundo, pois sem a percepção dessa transformação, sem a compreensão do seu significado, o Direito Comparado seria condenado a ser, simplesmente, um método. Assim, a necessidade de precisar e aprofundar esses fenômenos indica a perspectiva na qual se situa o Direito Comparado.²⁹

O movimento do Direito Comparado, iniciado após a 2ª Guerra Mundial, decorreu do processo que os países sofreram para melhorar as suas estruturas políticas e econômicas, numa busca de aperfeiçoamento das suas constituições e democracia liberal, por meio do Direito Constitucional Comparado, que se iniciou com o *judicial review* e se expandiu para os direitos civis, políticos e humanos.

Por sua vez, com a formação da União Europeia e a desintegração dos Estados do bloco soviético, o federalismo comparado tem se tornado um tópico fascinante e complexo, de modo que o Direito Público Comparado torna-se mais difícil porque requer não só conhecimento técnico, mas também habilidade para se aprofundar nos temas políticos de diversos contextos sociais.³⁰ No que tange ao processo de unificação europeia, Constantinesco já vislumbrava essa transformação: “As necessidades de ordem econômica têm sempre se constituído no principal motor da unificação internacional.”³¹

Ambas as ordens são pela centralização e contra os particularismos; pela segurança jurídica e contra a desordem; articulam-se entre si e uma ajuda no progresso da outra. Todavia, essa observação é, particularmente, exata, pois o direito é orientado na direção da prática e elaborado de maneira pragmática, por um corpo de juristas, cada vez mais estruturado socialmente em castas mais ou menos fechadas.³²

Se o papel do direito é ordenar as relações socioeconômicas, constata-se que seu objeto é submetido a uma transformação contínua e a uma evolução constante. Assim, ocorre o que Saleilles após Jhering sempre sustentou:

[...] a ordem jurídica deve ser adaptada às realidades socioeconômicas. Mas estas realidades ultrapassam atualmente as fronteiras nacionais. A dinâmica da evolução causa necessariamente

²⁹ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. t. I. p. 9.

³⁰ KOZYRIS, P. John. *Comparative Law for the twenty-first century: new horizons and new technologies*. p. 171.

³¹ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. p. 32.

³² CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. p. 25.

ligações e estruturas política, econômicas e sociais de natureza supranacional. Isto conduziu necessariamente às comunidades jurídicas, como as realizadas parcialmente nas comunidades europeias.³³

Embora possam ter iniciado antes, os precursores do Direito Comparado mais conhecidos são os suecos e finlandeses. Estes criaram uma universidade em Turku, Finlândia, em 1640, e tomaram o estatuto da Universidade de Uppsala, Suécia, que obrigava os professores a desenvolver o seu ensino de maneira comparativa.

Por isso, alguns professores trocaram correspondências sobre o direito sueco e romano e faziam comparações com outras ordens jurídicas daquela época.³⁴ Por outro lado, até o final do século 17 tenham sido os ingleses aqueles que mais examinaram o direito de forma crítica, com a ajuda do método comparativo,³⁵ possivelmente com o objetivo de conhecer mais detalhadamente novas ordens jurídicas para facilitar a expansão do seu império.

Aplicar o método comparativo para aperfeiçoar o direito doméstico é uma questão de política jurídica ou legislativa e só existirá se houver comparativistas, pois não há Direito Comparado sem aquele que faça a comparação. Como exemplo brasileiro de estudo de Direito Comparado, podem-se citar as pesquisas efetuadas para a elaboração da Constituição Federal de 1891, a primeira constituição federativa republicana, em que se estudou o constitucionalismo norte-americano para subsidiar os debates naquela assembleia constituinte.

Nesse sentido, Constantinesco menciona que, ao longo do século 19, os países da Europa Oriental e da América do Sul que conquistaram sua independência recorreram:

“[...] senão ao Direito Comparado, ou pelo menos ao direito estrangeiro, para concretizarem as suas autonomias e suas identidades legislativas introduzindo, parcial ou totalmente, códigos europeus tais como os códigos francês, italiano, português ou espanhol.”³⁶

Para avaliar as vantagens intelectuais obtidas com o uso do Direito Comparado, de acordo com Kai Schadbach, é necessário distinguir as partes do conhecimento e entendimento adquiridas com essa disciplina, de modo que, como o conhecimento, por si mesmo, pode ser medido imediatamente pela quantidade de informação reunida, os benefícios do entendimento são, principalmente, dependentes do indivíduo e considera a seguinte fórmula:

³³ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. p. 45.

³⁴ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. p. 53.

³⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. p. 54.

³⁶ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé*. p. 133.

$$B = K + \nabla f_n + U$$

Em que:

B = benefício intelectual do Direito Comparado

K = conhecimento

U = entendimento

∇f_n = variáveis dos fatores

$f_n = f_1 + f_2 + \dots + f_5$

De acordo com tal fórmula,³⁷ os benefícios intelectuais do Direito Comparado são decorrentes da soma do novo conhecimento e os acréscimos marginais no entendimento do seu próprio sistema, dependendo dos fatores circunstanciais e individuais [f_n], formando a variável [∇]. Quanto mais fortes esses fatores, mais eficiente é o estudo do Direito Comparado. Os benefícios intelectuais do uso do Direito Comparado aumentam na medida em que os cinco fatores são preenchidos.

Tais fatores de avaliação não são exclusivos e mostram a possibilidade de serem mais eficientes, dependendo do comparativista e do sistema comparado. A magnitude do aumento do entendimento é representada por ∇ e depende, primeiro, da familiaridade do comparativista com o seu próprio sistema [f_1], de modo que quanto maior o seu entendimento, maior a habilidade para reconhecer temas e institutos para serem comparados (elementos comparativos). O seu conhecimento preliminar é a base para a justaposição com o sistema estrangeiro. Pode-se inferir que é útil, senão imprescindível, conhecer o seu próprio sistema e ver as suas fraquezas diante de outro sistema cujo desempenho seja melhor.

O segundo fator que afeta o valor de ∇ é a flexibilidade intelectual [f_2] do comparativista. Tal fator poderia efetivamente trabalhar contra o primeiro fator em relação à eficiência do estudo do Direito Comparado: quanto mais cedo o advogado ou o pesquisador estudar Direito Comparado, por exemplo, maior será a quantidade das suas decisões que estarão livres de valores e ideias preconcebidas.³⁸

O terceiro fator é a variável da similaridade [f_3] dos sistemas comparados, e a transferência de conceitos é facilitada quando o anfitrião (sistema doméstico) aceita o transplante. Todavia,

³⁷ SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 361.

³⁸ SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 361.

dependendo da região pesquisada, a aceitação ocorre mais provavelmente quando os sistemas comparados compartilham fatores socioculturais, econômicos ou políticos.³⁹

O quarto fator [f4] é a distância estrutural entre o sistema doméstico e o sistema comparado, de modo que se denomina intrassistemática, quando a comparação é entre sistemas da mesma família, todavia, a comparação entre sistemas de famílias diferentes também pode ser efetuada (extrassistemática).

A desvantagem da comparação intrassistemática é que, frequentemente, ela não proporciona novas visões e a distância necessária para propor reformas no seu sistema doméstico, embora tenha como vantagem principal a facilidade de recepção dos institutos pesquisados, pois o corpo jurídico é o mesmo, o que facilita o transplante (recepção). Por outro lado, a comparação extrassistemática ainda aguarda maior difusão e exploração intelectual.

O quinto fator [f5] é um parâmetro de relativa eficiência e sofisticação, pois depende da elaboração, estrutura e coerência do sistema judicial e jurídico, de modo que critérios como custos judiciais, efetividade e segurança jurídica são usados para tal cálculo.⁴⁰

A metodologia do Direito Comparado, de acordo com Mattei, tem se consolidado como muito útil para o Direito e Economia, particularmente quando pode suprir a análise econômica como uma reserva de alternativas institucionais, que não são meramente teóricas, mas testadas realmente pela história do direito. Além disso, Mattei discute os horizontes que podem ser abertos para os estudos de Direito Comparado, por meio do Direito e Economia e outras ciências sociais,⁴¹ nesta fase de aumento da interdisciplinariedade no ensino jurídico. Campos de conhecimento como Antropologia,⁴² Linguística, Filosofia, História e Ciência Política têm muito a oferecer.⁴³

Enfim, num mundo em constante e rápida transformação, em que mudanças estão geralmente associadas à difusão/aceitação de desenvolvimento de modelos neoliberais,

³⁹ WERRO, Franz. Harmonization of the Rules of Private Law between Civil Law and Common Law countries. In: GESSNER, Volkmar et al. (Eds.). **European Legal Cultures**, 1996, p. 165-166, apud SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 361.

⁴⁰ SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. p. 364-365.

⁴¹ Sobre a relação entre Direito e Ciências Sociais, ver: MACEY, Jonathan R. Law and the Social Sciences. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, n. 21, p. 171-177, Fall 1997.

⁴² Acerca da importância da imersão cultural no estudo do Direito Comparado, ver: CURRAN, Vivian Grosswald. Cultural Immersion, difference and categories in U.S. Comparative Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 46, p. 43-92, Winter 1998.

⁴³ MATTEI, Ugo. An opportunity not to be missed: the future of Comparative Law in the United States. **The American Journal of Comparative Law**, n. 46, p. 709-718, 1998 apud CURRAN, Vivian Grosswald. **Cultural Immersion, difference and categories in U.S. Comparative Law**. p. 663.

orientados para o mercado, tais como as reformas da legislação comercial de vários países, e o avanço do supranacionalismo, dentre outros, a necessidade de muita cautela na comparação torna-se mais evidente.

Assim, a importância da análise comparativa é exigida dentro do estudo interpretativo das constelações de fatores econômicos, políticos, históricos, culturais e até religiosos, de forma que a inadequação da comparação pode causar um efeito ao sistema pior do que a situação anterior à comparação. Essa metodologia se torna cada vez mais estimulante, pois demanda um mergulho na cultura jurídica do sistema ou instituto pesquisado, bem como requer maior sensibilidade do comparativista para captar a diversidade histórica, particularmente quando está escondida ou é declarada irrelevante pela simultaneidade e convergência das mudanças usando os mesmos conhecimentos e discursos transnacionais.⁴⁴

2. MICROCOMPARAÇÃO

Um aspecto relevante da comparação é a divisão entre micro e macrocomparação, tendo em vista que, para conhecer o conjunto, a totalidade do sistema comparado, é importante conhecer as células que compõem tal tecido. Assim sendo, é preciso mudar de escala de observação para melhor entender as características das estruturas estudadas.

Dessa forma, é importante sair da micro para a macrocomparação, pois o objeto da ciência do Direito Comparado não deve ser um microfato ou um elemento jurídico isolado, e sim as estruturas das ordens jurídicas estudadas, pois o objeto da comparação é descobrir os elementos que caracterizam as ordens jurídicas, ou seja, o núcleo central delas.⁴⁵

O objeto da microcomparação é obter e acumular observações parciais de partículas elementares ou microelementos que formam as ordens jurídicas, mas é dever da ciência do Direito Comparado reduzir a sua multiplicidade labiríntica, enquadrando-as, classificando-as e ordenando-as em novas categorias, a fim de explicar a pluralidade de fatos em relação à unidade das regras e das novas leis.⁴⁶

Enfim, refere-se ao estudo de tópicos ou aspectos de dois ou mais sistemas judiciais ou

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition**. New York: Routledge, 1995. p. 268.

⁴⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. p. 210.

⁴⁶ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. p. 211.

jurídicos e, de acordo com Peter de Cruz, entre os tópicos possíveis escolhidos para a microcomparação, podem estar :

- i) as instituições ou conceitos peculiares aos sistemas ;
- ii) as fontes de direito, sistema judicial, profissões jurídicas ou até a estrutura do sistema jurídico;
- iii) os vários ramos do direito doméstico (nacional);
- iv) o desenvolvimento histórico dos sistemas jurídicos; e
- v) as bases ideológicas, sociojurídicas e econômicas do sistema.⁴⁷

Como exemplos no Direito Constitucional, temos o controle de constitucionalidade, o sistema de governo, as relações entre os poderes.

3. MACROCOMPARAÇÃO

A macrocomparação tem como objeto o estudo de dois ou mais grandes estruturas judiciais, especialmente das ordens jurídicas. Como exemplos de macrocomparação, podem ser citados os estudos comparados dos sistemas judiciais de dois países, dos sistemas partidários e dos sistemas eleitorais. Por sua vez, quando se compara as leis de organização judiciária de um sistema judicial, faz-se a microcomparação, pois auxilia a macro-comparação, o estudo comparado do sistema judicial. Enfim, uma proveitosa comparação deve envolver mais do que a comparação de preceitos legais, inclui a comparação de sistemas de direito como sistemas.

4. ELEMENTOS DETERMINANTES

No Direito Comparado, os chamados elementos determinantes têm sua importância mais genérica, central e relevante, pois são a constituição econômica, a ideologia oficial, o princípio da separação ou unidade do poder no Estado, as relações de certeza ou incerteza que ligam o direito aos fatores que eles elaboraram, da mesma maneira que os princípios de interpretação da lei ou papel do juiz; são as instituições jurídicas que influenciam, de maneira direta ou indireta, toda a ordem jurídica, e que determinam de forma necessária todas as outras partículas jurídicas

⁴⁷ DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. p. 228.

elementares, bem como o perfil estrutural da ordem jurídica.

Constituem-se na matéria-prima da comparação, a partir da qual ela será feita, de modo que, modificar esses elementos, é alterar a estrutura específica da ordem jurídica considerada. Nesse sentido, uma das tarefas principais da análise comparativa é a busca da identificação dos elementos e/ou fatores que são responsáveis ou contribuem para certos desenvolvimentos e/ou tendências no sistema judicial.⁴⁸

Por outro lado, há elementos jurídicos que possuem uma posição jurídica marginal, como, por exemplo, a regulamentação técnica do casamento ou divórcio, o conteúdo do pátrio poder ou o direito de sucessão, todos possuem uma dimensão limitada, porque podem ser modificados ou substituídos sem afetar o núcleo específico da ordem jurídica. Dessa forma, os primeiros são chamados de i) elementos determinantes, pois determinam a estrutura fundamental da ordem jurídica, tendo em vista que modificá-los ou trocá-los significa alterar o perfil da ordem jurídica na qual atuam; os outros são chamados de ii) elementos fungíveis, pois podem ser retirados ou modificados sem alterar os fundamentos da ordem jurídica.⁴⁹

Embora haja grande arbitrariedade e subjetividade na escolha de tais elementos, de acordo com Alan Watson, isso é inevitável, mesmo que haja uma clara relação entre eles.⁵⁰ Todavia, os elementos selecionados para a comparação, inevitavelmente, devem ser úteis para o objetivo da pesquisa empreendida com o método comparado.

Enfim, como a análise comparativa consiste, em parte, na identificação de variáveis que condicionam o desenvolvimento dos sistemas sob consideração e da retirada de certas conclusões e prognósticos de similaridades ou semelhanças percebidas nos sistemas comparados, isso faz com que a análise comparativa tenha uma natureza de inevitável tensão dialética e, por outro lado, que os elementos determinantes tenham um ponto de identidade ou similaridade para que a comparação seja significativa. No Direito Constitucional, poderíamos identificar os princípios constitucionais como elemento determinante.

Esse ponto pode ser a função de uma instituição ou de um mecanismo jurídico, ou a estrutura que implementa uma política, todavia a identidade ou a similaridade de tal elemento,

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; WEILER, Joseph (Eds.). A General Introduction. In: **Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience**. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986. v.1, book 1, p. 19.

⁴⁹ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. p. 215.

⁵⁰ WATSON. Op. cit., p. 11, *apud* DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. p. 220.

frequentemente, surge acompanhada de diferenças em relação a outros.

Assim, a análise comparativa não tem significado quando em condições de identidade, pois total identidade ou total diferença são, dessa forma, totalmente inúteis nesse tipo de método, já que a tarefa do comparativista, por meio do contraste dos elementos determinantes, é fazer a comparação entre semelhança e diferença, divergência e convergência, a fim de colaborar para o entendimento e/ou reforma do mencionado elemento do sistema.⁵¹

Uma pesquisa também pode usar os métodos comparativos diacrônico e sincrônico para alcançar os seus objetivos, de modo que é imprescindível a introdução ao método comparado para, em seguida, conceituar-se os dois métodos usados. Deve-se ressaltar que a comparação, por meio de estudo dos elementos determinantes, conduz a um nível alto de abstração, a fim de fazer conexões das semelhanças ou diferenças entre os dois sistemas, além de forçar o pesquisador a expandir a sua análise para incluir todo o sistema e sua relação com a cultura do povo, inclusive num contexto espiritual, com o objetivo de compreender as diferenças e semelhanças.

O método comparativo consiste no conjunto de tentativas e procedimentos que se dão de maneira racional, destinados a conduzir o espírito jurídico, bem como outros ramos do conhecimento, a constatar e usar, por um processo ordenado, metódico e progressivo, de confrontação e comparação, as semelhanças, as diferenças e suas causas (método comparativo histórico), ou seja, com objetivo de obter as relações entre as estruturas existentes e as funções dos termos comparados pertencentes às ordens jurídicas diferentes.⁵²

Para Constantinesco, de um lado, a semelhança das formas e instituições jurídicas é incapaz de relacionar a nova substância que há nessas instituições jurídicas. Tal argumento baseia-se na teoria marxista relacionada às relações do Direito e da Economia, ou seja, do direito ao mesmo tempo superestrutura e infraestrutura econômica, o que é correto, todavia se torna incorreto quando pretende fazer da infraestrutura econômica o fundamento exclusivo do direito⁵³.

Pode-se indagar se a escolha das ordens jurídicas deve ser feita em função dos sistemas jurídicos, ou seja, só deve ocorrer comparação entre ordens jurídicas semelhantes e pertencentes

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; WEILER, Joseph (Eds.). **A General Introduction**. p. 9-10.

⁵² CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. t. II. p. 24.

⁵³ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative**. p. 31.

ao mesmo sistema jurídico. Tal indagação, respondida afirmativamente durante muito tempo, atualmente se encontra equivocada, pois quanto mais diferentes os sistemas jurídicos comparados, melhor será o resultado da comparação, sob o ponto de vista científico, tendo em vista que o sistema comparado, em regra, tem mais a aprender com o seu diferente. Desse modo, nenhuma regra metodológica pode limitar a opção feita pelo comparativista na escolha do sistema a ser comparado.⁵⁴

Nesse sentido, a partir do direito romano, segundo Smith, “não pode existir uma ciência jurídica sem o emprego do método comparado”.⁵⁵ No que concerne ao método comparativo histórico, adiante mencionado, a importância dos elementos históricos, no processo metodológico, é muito enfatizada, pois o comparativista, ao estudar a história do direito, deve ser, simultaneamente, jurista, historiador e filólogo. Deve-se tomar bastante cautela, pois a imprecisão dos elementos com os quais se opera e a quantidade de dificuldade que disso resulta obriga o comparativista a ter uma extremada prudência no emprego desse método⁵⁶.

Partindo-se do objeto e da forma da exposição comparativa, Kaden distingue três formas de comparação:

1. a primeira, denominada comparação formal, compara as fontes do direito e a técnica legislativa de diversas ordens jurídicas ;⁵⁷

2. a segunda é a comparação dogmática ou sistemática, compara os problemas e as instituições das diversas ordens jurídicas, objetivando estabelecer semelhanças e diferenças, e deve se limitar às fronteiras da crítica, da política jurídica e da apreciação das soluções obtidas; e

3. a terceira comparação, denominada histórica, compara as instituições jurídicas antigas no que se refere à sua evolução.⁵⁸

Constantinesco, de forma didática, elabora a teoria dos três Cs, que compreende as palavras conhecer, compreender e comparar, com o objetivo de facilitar o estudo do método comparado. Conhecer é a fase na qual o método a ser aplicado pelo comparativista e deve ser definido por uma regra fundamental de onde derivam todas as outras. Essa regra exige que o

⁵⁴ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative*. p. 40.

⁵⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative*. p. 45.

⁵⁶ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative*. p. 48.

⁵⁷ Segundo o autor, “[...] não é a humanidade inteira, mas os ares culturais que formam as unidades de base”. CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative*. p. 96.

⁵⁸ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative*, p. 51.

comparativista examine o termo a ser comparado de acordo com as fontes, os meios, o espírito e a ótica da ordem jurídica cujo termo a ser comparado faça parte, devendo mergulhar no interior do direito estrangeiro, colocando-se no seu lugar e operando com os seus conceitos, sua lógica e seus métodos de interpretação, enfim, compreendê-lo, de modo que se trata de uma regra metodológica elementar e fundamental.⁵⁹ E, por último, comparar, que é a análise feita por meio do contraste entre os elementos estudados.

Esse processo é muito rico, pois as revelações que o estudo do Direito Comparado possibilita, segundo Ascarelli, são várias e importantes:

O estudo do Direito Comparado revela, como talvez nenhum outro, as relações entre as premissas econômicas, sociais, históricas e morais de um lado, e a solução jurídica do outro. Isto oferece a possibilidade de colher no amágo de uma experiência concreta, o direito no seu ambiente social, e notar a recíproca influência entre o direito e o ambiente, e vê-lo, por assim dizer, em ação; de acompanhar a tradução em termos jurídicos do problema econômico e social, de colher a real causa econômica e social do problema jurídico.⁶⁰

Embora o Direito Comparado seja reconhecido como um tradicional campo de aprendizagem do direito, a sua estratégia usual de pesquisa não tem sido conduzida para organizar tal metodologia de forma sistematizada, pois aqueles que se interessam por direito e desenvolvimento e em amplas questões sobre cultura, história e direito, não se consideram comparativistas no sentido tradicional, pois, como o objeto de suas pesquisas estão além do Direito Comparado, usam o método comparado, mas sem o aprofundamento teórico necessário, todavia, desde a década de 1970, a exploração das conexões existentes entre direito, cultura e desenvolvimento vêm sendo difundidas, dando origem a um novo grupo de pesquisadores, que vem modelando tal campo do conhecimento, embora de forma ainda fragmentária.⁶¹

No método comparativo, em função da “diferença que há entre o direito dos livros e o direito em ação” (*gap between law in action and law on the books*), usar-se-ão fontes diversas, tais como jornais, revistas, programas de rádio e televisão e depoimentos orais, a fim de obter uma melhor percepção da cultura jurídica comparada (norte-americana), tendo em vista que a simples leitura de livros ou textos legais não proporciona ao comparativista a informação necessária para a sua pesquisa.⁶²

⁵⁹ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative*, p. 134.

⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*. p. 11.

⁶¹ FRIEDMAN, Lawrence M. On legal development. *Rutgers Law Review*, n. 24, p. 30, 1969.

⁶² REITZ, John C. How to do Comparative Law. p. 631.

Aliás, o não uso do método comparativo, muitas vezes, decorre do corporativismo daqueles que se beneficiam da ineficiência de determinado modelo.⁶³ Afinal, trazer elementos de outros modelos pode ensejar questionamentos por aquelas afetados pelo modelo doméstico, contrariando o *status quo* das corporações beneficiadas.

5. METODO COMPARATIVO DIACRONICO

Também chamado de comparativo-histórico, esse método se mostra de fundamental relevância para o progresso das instituições jurídicas, pois é pelos erros e acertos do passado que se pode projetar melhor o futuro. A história não se reduz, simplesmente, ao conhecimento do passado, mas engloba também a observação do presente. Ao direito do passado, deve-se opor o direito do presente. Os dois devem ser compreendidos como estágios de evolução do espírito integrado à evolução da história.⁶⁴

Além disso, “o Direito Comparado não é só o prolongamento do presente que se constitui história no passado; é a história que se realiza”.⁶⁵ Como o Estado de Direito é requisito essencial para a consolidação de uma nação, o estudo do seu processo de desenvolvimento, por meio do método histórico-comparativo, justifica-se tal como sustenta Ernest Renan, ao mencionar que “o esquecimento, e eu diria até o erro histórico, são um fator essencial da criação de uma nação”.⁶⁶

Essa noção compreende primeiro os elementos de natureza histórica que explicam certas concepções do direito e reações da sociedade estudada, confrontada em certas épocas, com determinados problemas. Reconhecer a historicidade, cuja dimensão é a história do direito, é admitir, simplesmente, que o fenômeno jurídico parcial, como as instituições jurídicas, ou global, como as ordens jurídicas, são condicionados, pois inexiste fenômeno jurídico puro que seja descolado do seu meio sócio-histórico. O homem não é objeto de estruturas, de ordens e sociedades que tenham um valor atemporal, uma vez que é sujeito de uma ordem que é sempre

⁶³ Sobre a crítica ao paroquialismo de alguns processualistas norte-americanos e à falta de visão ampla para proporem alternativas à solução dos problemas do sistema processual civil dos Estados Unidos, em face da omissão para desenvolver estudos comparativos com outras culturas, o autor sustenta que se trata, não de problema de cultura diversa, mas de combinação de inércia e direitos consolidados daqueles que se beneficiam das deficiências do mencionado sistema, obtendo vantagens do *status quo*. Nesse sentido: LANGBEIN, John H. Cultural chauvinism in Comparative Law. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, n. 5, p. 41-49, Spring 1997.

⁶⁴ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. p. 79.

⁶⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. p. 135.

⁶⁶ RENAN, Ernest. 1882 apud CARVALHO, José Murilo de. Dreams come untrue. In: *Brazil: the burden of the past; the promise of the future*. **Journal of the American Academy of Arts and Sciences**, Cambridge, v. 129, n. 2, Spring 2000. p. 57.

histórica, que compreende estruturas políticas, sociais e econômicas específicas de determinada época.

Aliás, a história do direito, de acordo com Lopes, é um campo particular em que “resta tudo por fazer”.⁶⁷ Nesse contexto, segundo o autor:

[...] tudo o que fazemos traz o signo da história e que esta história pode desempenhar um papel intelectual insubstituível: a história não é apenas um verniz de erudição. Embora eu seja daqueles que acredite que ela possa ser até optativa no currículo de uma pessoa, ela não é dispensável numa faculdade de direito. Ela desempenhará o papel da desmistificação do eterno e ajudará a compreender que vivemos no tempo da ação.⁶⁸

Além disso, o estudo do Direito Comparado e a aplicação do método comparativo exigem da pesquisa substancial conhecimento histórico e cultural do sistema comparado, de modo que um saudável ceticismo sobre as fontes oficiais, aliado a uma pesquisa por meio de múltiplas fontes, é recomendável.⁶⁹

Toda a história do direito usa o método comparado, como Maitland observa:

[...] história envolve comparação e o advogado inglês que nada sabe e nunca se preocupou com outro sistema, exceto pelo seu, teve grande dificuldade para conhecer a história do direito [...] e [...] um sistema isolado não pode explicar a si mesmo, e ainda menos a sua história.⁷⁰

Dessa forma, o direito deve ser examinado à luz de sua história e nas suas estruturas políticas, econômicas e sociais, sem esquecer a concepção ideológica que, de forma incerta e difusa ou de maneira precisa e clara, orienta suas soluções jurídicas num sentido ou noutro.⁷¹ O método comparativo-histórico, por sua vez, proporciona a possibilidade de uma avaliação objetiva, embora não absoluta, abstraída das contingências de espaço e tempo, e relacionada a determinado problema particular.

Weber, por sua vez, intrigado com as diferenças que via entre o mundo moderno e o não moderno, mergulhou na vida da civilização ocidental para compreender os campos da religião, do governo e da economia e, embora educado para ser advogado, desenvolveu importantes pesquisas comparativas sobre a história do Direito e a Sociologia do Direito, com o objetivo de desvendar os mistérios das diferentes ordens sociais da sociedade ocidental e, particularmente, da

⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** – Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 27.

⁶⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** – Lições introdutórias. p. 27.

⁶⁹ REITZ, John C. **How to do Comparative Law**. p. 633.

⁷⁰ MAITLAND. *Collected papers*, 1911, p. 488-489 apud DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. p. 9.

⁷¹ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative**. p. 223.

ordem econômica, enfim, de descobrir a racionalidade desses campos.⁷² Desde Weber, todavia, poucos acadêmicos têm se empenhado para alcançar o nível dos seus estudos nos campos da História, Direito, Economia e Sociologia.⁷³

6. METODO COMPARATIVO SINCRONICO

O objeto do método comparativo sincrônico consiste em pesquisar dois ou mais fenômenos, no presente estudo, sistemas jurídicos e sistemas judiciais, cotejando-os entre si, identificando e privilegiando as semelhanças, por meio da consideração das diferenças.⁷⁴ Trata-se de um método fundamental para melhorar o sistema judicial de determinado país, pois pelos métodos comparativos sincrônico e diacrônico pode-se obter uma melhor possibilidade de eficiência nos estudos comparativos. Além disso, é uma questão de política jurídica e legislativa, de modo que a legislação local não deveria ser uma obra local, mas uma obra à qual a experiência do mundo inteiro deveria colaborar.⁷⁵

O método comparativo-sincrônico tem como um dos objetivos o estudo dos exemplos de causas que explicam as semelhanças ou as diferenças dos termos a serem comparados, o que possibilita um melhor conhecimento do direito que está sendo comparado. Desse modo, considerar, após a comparação, o seu próprio direito numa nova ótica é compreendê-lo melhor, justamente porque se pode descobrir novos aspectos, contornos e relevos que até então não eram percebidos. As falhas e fraquezas de certas instituições jurídicas nacionais aparecem mais claramente. A comparação permite que o observador olhe o direito nacional com um novo olhar, mais maduro porque mais experimentado, mais crítico porque mais informado. É um primeiro efeito benéfico dos conhecimentos obtidos pela comparação.⁷⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, trata-se de método extremamente importante num quadro de enorme diversidade cultural, em face da grande quantidade de sistemas jurídicos no mundo e do uso de

⁷² FRIEDMAN, Lawrence M. On legal development. p. 18.

⁷³ FRIEDMAN, Lawrence M. On legal development. p. 30.

⁷⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 1999. p. 84.

⁷⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. p. 104.

⁷⁶ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative**. p. 291.

Princípios Constitucionais como Política do Direito, em regime de tensão dialética entre os poderes, que sofrem os efeitos de intensa transnacionalização do direito, tornando a tarefa do Direito Comparado mais urgente e relevante do que nunca.⁷⁷

Nesse quadro, a riqueza de conhecimento acumulado pelos comparativistas, ao longo dos tempos, principalmente do século 20, requer do Direito Comparado, que é uma velha ferramenta, novos usos, especialmente em face da sua importância para a advocacia nas atividades marítima e portuária, e demanda um esforço maior dos seus operadores para a solução dos problemas que afetam o comércio internacional, seja pela sua especialidade, seja pela sua complexidade, que carece de pesquisa em outros sistemas jurídicos para dar maior eficácia aos Princípios Constitucionais

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASCARELLI, Tullio. **Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952. p. 11 e 43.

CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; WEILER, Joseph (Eds.). A General Introduction. In: **Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience**. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986. v. 1, book 1, p. 3-68.

CARVALHO, José Murilo de. Dreams come untrue. In: *Brazil: the burden of the past; the promise of the future*. **Journal of the American Academy of Arts and Sciences**, Cambridge, v. 129, n. 2, p. 57-81, Spring 2000.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, Ibradd, Unigranrio, 2002. 286 p.

CHODOSH, Hiram E. Comparing comparisons: in search of methodology. **Iowa Law Review**, n. 84, p. 1027-1127, Aug. 1999.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. **Traité de Droit Comparé – Introduction au Droit Comparé**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. t. I. p. 9, 25, 32, 45, 53-54, 79, 104, 133, 135, 210, 211 e 215.

_____. **Traité de Droit Comparé – La Méthode Comparative**. Paris: Librairie Générale de Droit et

⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition**. p. 273.

de Jurisprudence, 1974. t. II. p. 24, 31, 40, 45, 48, 96, 51, 134, 223 e 291.

CURRAN, Vivian Grosswald. Dealing in difference: Comparative Law's potential for broadening legal perspectives. **The American Journal of Comparative Law**, v. 46, p. 657-668, Fall 1998.

DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a changing world**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 1999. p. 3, 6, 9, 10-11, 18, 220 e 228.

FRIEDMAN, Lawrence M. Legal Culture and Social Development. **Law and Society Review**, v. 4, n. 1, Apr. 1967, p. 786-840.

_____. On legal development. **Rutgers Law Review**, n. 24, p. 11-64, 1969.

KOZYRIS, P. John. Comparative Law for the twenty-first century: new horizons and new technologies. **Tulane Law Review**, n. 69, p. 165-179, Nov. 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** – Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 27.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Lisboa: Presença, 1978.

LYRA TAVARES, Ana Lucia de. O ensino do Direito Comparado no Brasil contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 69-86, jul./dez. 2006, p. 82. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Lyra_n29.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 1999. p. 84.

POUND, Roscoe. The place of Comparative Law in the American Law School. **Tulane Law Review**, n. 8, p. 161, 1934.

REITZ, John C. How to do Comparative Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 46, p. 617-636, Fall 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition**. New York: Routledge, 1995. p. 268 e 273.

SCHADBACH, Kai. The benefits of Comparative Law: a Continental European view. **Boston University International Law Journal**, v. 16, n. 2, p. 331-442, Fall 1998.

A CONDIÇÃO DOS DEVERES COMO PRESSUPOSTO PARA EFETIVAÇÃO DE UM DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL

Josemar Sidinei Soares¹

INTRODUÇÃO

Sabe-se que um dos principais objetivos do Direito é regular as relações interpessoais, estabelecendo as normas essenciais para a manutenção da ordem social. Neste sentido, as disposições jurídicas costumam estabelecer direitos e deveres aos cidadãos, no intuito de promover a harmonia da sociedade.

Percebe-se, no entanto, que as principais discussões jurídicas se dão em torno dos direitos, ou seja, das faculdades garantidas aos indivíduos pela legislação. Assim, os deveres, que também são essenciais à manutenção de uma sociedade ordenada e funcional, acabam ficando em segundo plano.

Neste sentido, observa-se que a grande maioria das Constituições contemporâneas estabelece uma grande quantidade de direitos aos cidadãos. Uma das principais justificativas para este fenômeno é o fato de que boa parte das Cartas Políticas atualmente vigentes foram estabelecidas no Pós-Guerra, momento em que se iniciou a primazia do princípio da dignidade humana e dos próprios direitos humanos.

Entretanto, nota-se que estas mesmas Constituições não tratam dos deveres dos cidadãos de forma tão elaborada como é a abordagem concedida aos direitos.

Quando se adentram questões como o espaço transnacional, visando um cenário pluralista e democrático capaz de respeitar as particularidades inerentes a cada povo, é necessário repensar também o papel do cidadão em dimensão transnacional.

No presente texto será abordada a importância do dever em suas várias dimensões ou níveis. Assim, se verá que os deveres, não apenas na esfera jurídica, mas também em outros

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. É professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

âmbitos da vivência humana, exigem um comportamento ético do indivíduo que, se não for cumprido, acarreta sérias consequências.

Primeiro apresenta-se breve explanação acerca do espaço transnacional vinculado ao conceito de transconstitucionalismo, para depois retomar a questão dos deveres.

1. DO ESPAÇO TRANSNACIONAL AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O fenômeno cada vez mais desenvolvido da globalização² levou à transnacionalização das mais diversas áreas da sociedade mundial. Muito daquilo que era resolvido no âmbito do Estado nacional em épocas passadas hoje não é mais possível pelos efeitos que atingem diversas nações, não podendo seu tratamento se limitar a um determinado território.

Alguns veem esse fenômeno de forma positiva, como uma evolução da história, e outros de forma negativa devido aos diversos efeitos catastróficos que a globalização ocasiona para a sociedade. De qualquer forma, a crise é inegável. Como destacam Cruz e Bodnar:

A potência destrutiva das armas nucleares, as agressões cada vez mais catastróficas contra o ambiente, o aumento das desigualdades sociais, a explosão dos conflitos étnicos fazem com que o equilíbrio planetário seja cada vez mais precário e, portanto, que se torne mais difícil a conservação da paz em sua definição mais ampla. E agora, temos mais a crise financeira iniciada em 2008, que teima em não ir embora³.

A atualidade presencia a formalização de uma nova dinâmica nas relações pessoais, jurídicas, econômicas, políticas, sociais, culturais, que transcende as limitações territoriais do Estado-Nação. Há instituições transnacionais e há problemas transnacionais.

Nesse contexto, o direito ainda está em processo de construção de um espaço transnacional, pois hoje ainda se vê vinculado à lógica nacional/internacional. De qualquer forma isso não exclui o fato de existirem outras dimensões da vida, como o mercado, já funcionando em âmbito transnacional⁴.

O fenômeno da transnacionalização surge em um novo contexto mundial que surge

² “A globalização é principalmente um processo de integração global, definindo-se como a expansão, em escala internacional, da informação, das transações econômicas e de determinados valores políticos e morais.” SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de Conceitos Históricos**. São Paulo: Contexto, 2009. p. 169.

³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 22.

⁴ SOARES, Josemar; MENEGHETTI, Tarcísio. Uma análise da transnacionalidade a partir da paz perpétua de Immanuel Kant e da crítica ao direito internacional de G. W. F. Hegel. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; ADEODATO, João Maurício Leitão; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. (Org.). **Filosofia do Direito II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 60-75.

principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período pós-guerra fria, caracterizado pela desterritorialização da expansão capitalista⁵, o enfraquecimento da soberania e a aparição de ordenamentos jurídicos gerados fora do monopólio estatal⁶.

Como destaca Habermas, hoje todos os Estados, culturas e sociedades têm se aproximado por causa do mercado mundial, da comunicação, do tráfico mundial e da tecnologia que ninguém pode pretender não se topar com ninguém no caminho. Não há opção: se não se quer recair em guerras tribais agora de tipo atômico, os Estados devem-se colocar de acordo sob as regras de uma convivência justa e equitativa⁷.

As diversas tendências transnacionais não podem mais ser resolvidas dentro do marco do Estado nacional. O esvaziamento da soberania do Estado nacional seguirá se aprofundando⁸.

Os contatos físicos, sociais ou simbólicos que têm por sistema de referência o mundo todo, se estabelece através de conexões aceleradas no tempo e cobrem imensos espaços, sobretudo, através dos meios eletrônicos de comunicação. Essas comunicações que correm através das línguas naturais ou de códigos especiais, como por exemplo, o dinheiro, fomentam por um lado, a expansão da consciência dos atores e, por outro, a ramificação, alcance e conexão de sistemas, redes e organizações⁹.

⁵ “Para isso é preciso entender que o capitalismo “solto”, “desteiorizado” e “desterritorializado” e, por isso, “despolitizado” formou uma tecno-estrutura que é uma rede global que nada tem a ver com livre mercado, já que esse novo capitalismo está baseado em um sistema mundial assentado sobre cinco monopólios: I - O monopólio das finanças, baseado no padrão dólar dos Estados Unidos da América e nas políticas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. O monopólio das finanças faz da economia financeira especulativa um vírus que está destruindo – ou já destruiu - as economias produtivas, fazendo com que os trilhões de dólares que circulam diariamente nos principais centros financeiros superem em mais de duas vezes as reservas dos bancos centrais dos países que compõem a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Mesmo com o Euro, é importante dizer, essa realidade permanece praticamente intacta, já que a moeda europeia sofre com a crise e ameaças de secessão; II - O monopólio tecnológico, que atua, principalmente, sobre as patentes e direitos de propriedade, atentando gravemente contra a biodiversidade das espécies. O complexo de indústrias mundiais de alimentos controla cada vez mais as “variedades de alto rendimento” e arrasa as culturas de sementes tradicionais; III - O monopólio energético, que atua sobre os recursos naturais e, especialmente, sobre o petróleo, através de sua comercialização mundial e por meio dos países intermediários. Desta maneira, os preços do petróleo podem ser controlados e o dinheiro utilizado na sua compra recuperado via mercado financeiro para investimentos nos países ricos; IV - O monopólio da comunicação, que faz com que, cada vez mais, a realidade seja virtual e manipulável, já que, através dos meios de informação, podem convencer a todos de que a verdade é a verdade que lhes convém; V - O monopólio militar, que, como foi demonstrado nas guerras do Golfo e nas invasões do Afeganistão e do Iraque, tem relação intrínseca com os monopólios citados anteriormente, formando uma estrutura integrada. Por estes conflitos, pode-se exemplificar tanto a capacidade de violência física como sua relação com os monopólios de recursos naturais, comunicativos, tecnológicos e financeiros, e suas lógicas relações internas.”. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 22-23.

⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011. p. 169.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid Trotta, 2008. p. 109.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. p. 175.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. p. 181.

Nessa sociedade transnacionalizada existe o problema de como conciliar a relação entre as diferentes ordens jurídicas quando ocorrem esses casos que envolvem diversos Estados. Nesse contexto, de particular relevância é o caso do Direito Constitucional, que como destaca Marcelo Neves:

A partir do final do século passado, constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de países os mais diferentes, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais¹⁰.

Questões constitucionais que antes eram de interesse de determinado Estado ou Estados, passam a ser interesse de uma comunidade de países ou até mesmo toda a comunidade internacional. Paralelamente à ordem jurídica estatal proliferam outras ordens jurídicas (local, regional, internacional e transnacional). A globalização do Direito ocasionou um sistema de níveis múltiplos em que o direito estatal é apenas um desses níveis. Há cada vez mais um diálogo e intercâmbio entre essas ordens jurídicas distintas, sendo possível afirmar que o Direito Constitucional transpõe as fronteiras do Estado¹¹.

A partir desse contexto, Neves propõe a ideia de um transconstitucionalismo. A interpenetração entre diferentes ordens jurídicas não é algo novo, pois a relação entre direito estatal e internacional já tinha sido prevista em 1648 no Tratado de Westfália. O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial presente, é sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal¹².

As formas que com que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não-governamentais multiplicam-se no âmbito do Direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que em grande parte as pontes de transição entre as ordens jurídicas desenvolvem-se a partir de seus respectivos centros: tribunais e juízes¹³.

Esses centros jurídicos desenvolvem relações de observação mútuas em um contexto que

¹⁰ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, set./dez. 2014. p. 201.

¹¹ ARAÚJO, Victor Costa de. **O Transconstitucionalismo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 11.

¹² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 116.

¹³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 116-117.

se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio sem que se possa definir um primado definitivo entre as diferentes ordens jurídicas. Assim, poderia se falar de uma conversação ou diálogo entre as cortes¹⁴.

Como destaca Neves, o peculiar do transconstitucionalismo não é a simples existência de entrelaçamento entre ordens jurídicas, mas o fato de que as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma conversação constitucional em que não cabe falar da hierarquia entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora¹⁵.

Há uma reconstrução de sentido que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autoconstrução: tanto conteúdos de sentido do outro são desarticulados e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados e rearticulados em face da introdução do “outro”¹⁶.

O transconstitucionalismo faz emergir uma fertilização constitucional cruzada. As cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva. Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem de um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas¹⁷.

Porém, como destaca o próprio Neves, o transconstitucionalismo não se resume a um diálogo entre as cortes, pois, em primeiro lugar, às vezes a conquista de direitos no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações altamente conflitantes entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo lugar, os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo, do legislativo, assim como no âmbito dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, nas comunidades ditas “tribais”¹⁸.

O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, assim como

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 117.

¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 118.

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 118.

¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 119.

¹⁸ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. p. 194.

instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais¹⁹.

Partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. Assim, o fechamento da cadeia interna de validação precisa ser compatibilizado com a capacidade de aprendizagem recíproco na rede de concretização jurídica para a construção da norma de cada ordem jurídica em face dos diversos casos que emergem com relevância simultânea para as diversas ordens entrelaçadas²⁰.

O processamento de casos vai exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas de acoplamento no plano das novas operações do sistema. A dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular no contexto do transconstitucionalismo da sociedade mundial²¹.

A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros encontros para enfrentamento de “casos comuns”²².

A grande questão a ser discutida no transconstitucionalismo e no diálogo e relação entre diferentes ordens jurídicas e cortes, é sob quais critérios essa relação ocorrerá, quais devem ser os fundamentos para sustentar um transconstitucionalismo funcional para os membros da sociedade mundial. Por isso que se passa agora a tratar da importância dos deveres. É fundamental que as constituições vislumbrem a garantia dos direitos, mas também necessário que os deveres sejam abordados, pois é a partir da devida autorresponsabilização de cada indivíduo que se torna possível a construção de sociedades mais organizadas, capacitadas a promover o bem-estar para seus cidadãos.

¹⁹ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. p. 194.

²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 126.

²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 128.

²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 129.

2. A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM SOBRE OS DEVERES

Existem diversas definições de dever, de acordo com os vários pensadores que trataram do tema em questão. Nesta abordagem, entendemos **dever** como uma exigência feita ao indivíduo em determinada ocasião, que requer a adoção de um comportamento específico para satisfazê-la. Isto é, quais circunstâncias são capazes de exigir da pessoa uma determinada tomada de posição, do contrário torna-se susceptível de sofrer alguma consequência negativa.

Por exemplo, quando estou com fome, meu organismo **exige que eu ingira algum alimento para satisfazer minha necessidade biológica**. O mesmo ocorre com os deveres jurídicos: ao se estabelecer determinado crime, o Estado exige que eu me comporte de modo adequado (deixando de praticar a conduta criminalizada).

Neste ponto, é importante fazer a distinção entre dois conceitos de dever perante a filosofia, que remetem aos filósofos Kant²³ e Hegel²⁴. Trata-se das noções de *sollen* e de *pflicht*.

Sollen: trata-se do dever como obrigação racionalmente compreendida proveniente de um valor moral que exige do sujeito uma ação prática. Trata-se, por exemplo, dos deveres decorrentes da Moral ou do Direito, os quais cobram do indivíduo determinado comportamento, sob pena de sanção moral ou jurídica, respectivamente.

Pflicht: relaciona-se ao dever como obrigação de tomar determinado comportamento em razão de uma necessidade que precisa ser satisfeita. Além dos casos relativos à Moral e ao Direito, envolve, também, os deveres decorrentes de necessidades biológicas, econômicas, profissionais e outras.

Assim, fica claro que o dever pode se dar em diversos níveis, de acordo com o que está sendo exigido do indivíduo. Pode-se estabelecer ao menos cinco níveis de dever, a saber:

1. *Dever biológico/natural;*
2. *Dever moral/social;*
3. *Dever jurídico;*
4. *Dever profissional/econômico.*

²³ Para Kant conferir as obras *Crítica da Razão Prática e a Metafísica dos Costumes*. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004.

²⁴ Para Hegel conferir as obras *Fenomenologia do Espírito e Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*. HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 2005; HEGEL, Georg W. F. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Loyola, 2010.

A seguir, serão analisados de forma específica cada um dos níveis de dever mencionados anteriormente.

O primeiro nível de dever a ser analisado é o **dever biológico**²⁵. Trata-se das exigências biológicas e fisiológicas às quais estão condicionados todos os seres humanos.

Antes mesmo do contato com o outro, cada indivíduo possui uma série de deveres para consigo mesmo, relativas ao seu corpo, à sua saúde. É preciso suprir as necessidades básicas do organismo, tais como fome, sede, sono, sexo, entre outras.

Portanto, fica claro que o nosso próprio organismo nos exige determinadas atitudes, comportamentos que visam satisfazer a estas necessidades. Todas estas exigências são deveres biológicos do ser humano.

Assim como as regras jurídicas visam garantir a ordem social, os deveres biológicos tem como finalidade manter o pleno funcionamento do organismo. Logo, deixar de cumprir um dever biológico traz consequências negativas para a pessoa.

Uma vez que passa a integrar um grupo social, o indivíduo adquire também uma série de obrigações relacionadas aos valores e às regras aceitas pela coletividade. Estes deveres, de **natureza moral**, também exigem das pessoas determinados comportamentos, sob pena de reprovação ou exclusão social.²⁶

O modo de se vestir, de arrumar o cabelo, de se portar em público, de expressar suas opiniões, os comportamentos socialmente aceitos, todos são exemplos de deveres morais.

Desde a infância, as pessoas absorvem as regras morais do grupo em que estão inseridas. Família, amigos, religião, trabalho, universidade, e as mais diversas instituições possuem regras específicas que exigem determinados comportamentos de seus membros.

Tais regras geram deveres morais, que são essenciais para a continuidade do grupo social, bem como para a permanência dos membros. Destaca-se que a sanção moral, mesmo quando carente de coerção jurídica, pode ter efeitos tão ou mais danosos ao indivíduo do que a sanção

²⁵ Para este primeiro nível sugere-se a leitura de obras dedicadas à relação do homem com o meio, como a *Fenomenologia da Percepção*, de Merleau-Ponty, e a *Poética do Espaço*, de Bachelard. Em perspectiva mais jurídica sugere-se Beck e Ferrajoli. MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Petrópolis: Vozes, 1999; BACHELARD, Gaston. **Poética do Espaço**. São Paulo: Martins Fontes, 1989; BECK, Ulrich. **Risk Society: Toward a new modernity**. Londres: Sage, 1992; FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁶ A sociologia dedicou bastante atenção à esta esfera social das obrigações humanas. Para uma introdução ver Émile Durkheim. DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Edipro, 2012.

jurídica.

É preciso ter em mente que o cumprimento dos deveres morais é necessário para que seja preservada a ordem e os preceitos básicos de um grupo social. Infelizmente, muitas vezes a moral está dissociada da própria natureza, o que faz com que estes deveres não sejam compatíveis com as reais necessidades do ser humano.

Ainda assim, deve-se observar as regras do grupo em que se está inserido e cumpri-las, ao menos externamente. Trata-se de uma atitude de autoconservação, elementar para a vitória do indivíduo no sistema.

O ***dever jurídico***, como sugere a nomenclatura, é aquele que decorre da norma jurídica. Embora semelhante ao dever moral, o dever jurídico se diferencia pelo fato ser legalmente reconhecido e pela possibilidade de uso legitimado da força para exigir o seu cumprimento.²⁷

Como visto anteriormente, os deveres jurídicos são as obrigações impostas pelo Direito para, entre outras coisas, garantir a harmonia social. O indivíduo que cumpre as leis do Estado em que vive está, conseqüentemente, cumprindo seus deveres jurídicos.

O não cumprimento de um dever jurídico tem como consequência a aplicação de uma sanção jurídica. Esta sanção pode ter naturezas jurídicas diversas. Por exemplo: o não pagamento de uma dívida pode ocasionar a perda de patrimônio do devedor; o cometimento de um crime pode privar o agente da liberdade; o descumprimento de uma cláusula contratual pode causar o término de um negócio jurídico; etc.

É importante salientar que tanto dever como sanção jurídica serão claramente descritos pela norma que os estabelece, de modo que basta ao indivíduo conhecer as leis para saber de que modo deve agir em cada ocasião.

Ressalta-se que os deveres jurídicos decorrem de um critério legal, que estabelece na sociedade o que é justo ou injusto, certo ou errado. Assim como o dever moral, este dever está diretamente ligado ao contexto histórico, social, político e cultural de um povo, que influencia diretamente a criação das normas.

Novamente, destaca-se a importância de que o indivíduo conheça e entenda as regras sistêmicas, a fim de exercer seu papel social e jurídico. Vale ressaltar que o cumprimento dos

²⁷ A literatura jurídica sobre o dever é extremamente vasta. Para a definição de 'dever jurídico' neste trabalho basta a visão kelseniana introduzida na Teoria Pura do Direito. Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

deveres jurídicos é indispensável para o pleno gozo dos direitos concedidos pelo Direito aos cidadãos.

Dentre as várias esferas de atuação individual, a **esfera profissional** é de grande importância. É por meio do trabalho que o indivíduo desenvolve suas competências e habilidades, bem como obtém sua autonomia, que lhe garante a liberdade para se realizar em outras áreas de sua vida.²⁸

A profissão, o trabalho, o negócio de uma pessoa também exige dela determinadas ações. Pode-se dizer, portanto, que há um dever profissional que precisa ser cumprido para que se obtenha êxito nessa esfera da vida.

O dever profissional visa suprir as necessidades do trabalho, sem as quais é impossível obter sucesso. Trata-se de exigências muito precisas, que tem como critério a funcionalidade e o crescimento profissional, implicando na melhoria da qualidade dos produtos ou serviços oferecidos, bem como no aumento do retorno financeiro.

Infelizmente, muitas vezes o indivíduo opta por agir e pensar segundo princípios e concepções pessoais que não condizem com as reais necessidades de sua profissão. Neste caso, o resultado prático é a estagnação e/ou o declínio da atividade profissional desenvolvida, pois o dever profissional não foi suprido por esta pessoa.

Toda a profissão possui uma razão de existir e objetivos claros a serem perseguidos. Juizes, promotores, advogados, professores, empresários, todos tem uma função específica que justifica a própria existência desta profissão. O dever profissional está diretamente ligado à realização de nossas atividades com excelência, ou seja, da melhor maneira possível.

Para cumprir este dever, é necessário compreender quais são as reais exigências de minha profissão. Qual é minha função neste trabalho? De que modo posso melhorar a forma com que exerço meu trabalho? O que é necessário para que meu escritório ou minha empresa possa crescer?

Salienta-se que, em boa parte dos casos, as regras que dão origem ao dever profissional não são de natureza jurídica ou moral, mas do próprio mercado. É o mercado que dita as necessidades de determinado setor econômico, que devem ser observadas pelo negócio que

²⁸ A já citada Filosofia de Direito de Hegel apresenta interessante introdução à obrigação profissional e econômica, na seção da sociedade civil destinada à satisfação das necessidades.

pretende obter êxito.

Feita esta breve introdução à noção de deveres é necessário relacioná-los à temática do diálogo transconstitucional.

3. A IMPORTÂNCIA DOS DEVERES NO DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL

A importância dos deveres destacada na seção anterior precisa ser entendida como um dos critérios que devem ser utilizados para fundamentar o diálogo entre ordenamentos jurídicos proposto pelo transconstitucionalismo.

Toda vez que uma nova teoria jurídica é proposta, debatida, desenvolvida, sempre se defende como essa teoria seria mais adequada para a proteção dos direitos, esquecendo-se que só se obtém uma maior funcionalidade para a sociedade mundial se os deveres também forem considerados.

O diálogo proposto pelo transconstitucionalismo precisa estar pautado sobre os deveres, sejam aqueles individuais ou de grupos, dos Estados, dos organismos e instituições nacionais, internacionais e transnacionais, incluindo as cortes jurídicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 intitula seu capítulo mais importante, no qual consta o art. 5º, dentro do título de direitos e garantias fundamentais como “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Apesar da quase ausência de deveres no art. 5º²⁹, percebe-se como a própria constituição sabia que não podia falar em direitos individuais e coletivos fundamentais sem falar também nos deveres.

Os atores do diálogo transconstitucional devem se perguntar quais são os deveres de cada um. Primeiramente, qual o dever de cada corte, cada ordenamento perante o resto do mundo? Se os atores estatais não se derem conta que possuem um dever de diálogo com o resto do mundo, jamais aceitarão a reconstrução da norma necessária para cada caso transconstitucional e continuarão na velha busca de aplicação do direito interno. A própria abertura necessária para o transconstitucionalismo só irá ocorrer de forma produtiva na prática se todos entenderem seus

²⁹ O problema da falta da previsão dos deveres nas Constituições dos Estados e nos tratados internacionais foi analisada pelo autor no trabalho: SOARES, Josemar Soares; ROSENFELD, Denis. Lerrer. A Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições e Tratados Internacionais: Uma Análise da Responsabilização do Indivíduo Perante a Própria Condição Existencial. In: SANTOS, Rafael Padilha dos; DAL RI, Luciene, SOARES, Josemar Sidinei (Org.). **Direito Constitucional Comparado e Neoconstitucionalismo**. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2016. v. 2. p. 8-31.

deveres com o espaço transnacional. Caso contrário, será apenas uma “briga” e negociações supérfluas entre Estados, cada um buscando aquilo que é melhor para si.

Além disso, considerável parte das questões transconstitucionais envolvem responsabilização de Estados, sendo assim, o próprio Estado deve assumir seus deveres perante a comunidade internacional e assumir a culpa pelos seus descumprimentos quando for o caso, aceitando as eventuais sanções decorrentes disso.

A questão é ainda mais pertinente quando se trata dos indivíduos, afinal qualquer grupo, organismo, instituição, inclusive o próprio Estado, é um agrupamento de indivíduos, refletindo aquilo que já é uma cultura individual. Um dos grandes problemas dos ordenamentos jurídicos hoje, independentemente do país e de ser local, nacional, internacional ou transnacional, é a ênfase excessiva nos direitos e a desconsideração dos deveres de cada indivíduo.

Tal concepção tem gerado leis e decisões judiciais cada vez mais assistencialistas, no sentido negativo do termo, pois um auxílio social que visa diminuir as desigualdades e dar oportunidades de crescimento é fundamental, porém, as práticas assistencialistas no geral têm tido uma conotação muito mais infantilizante, constituindo prestação de auxílios por tempo indeterminado e mantendo os indivíduos dependentes do Estado e sem cobrar contrapartidas ou seja, garantindo direitos, mas não deveres.

Essas práticas acabam por gerar uma concepção que o indivíduo nada precisa fazer, coloca-se toda a responsabilidade de garantir os direitos para o Estado, organismos internacionais e demais instituições, tirando qualquer tipo de responsabilidade das pessoas. O papel do Estado e das instituições é de fundamental importância, porém não se pode retirar toda e qualquer responsabilidade dos indivíduos.

Uma problemática que decorre dessa situação é que em nome dessa total responsabilidade do Estado em garantir direito, o poder público acaba por conceder inúmeros direitos aos indivíduos que permanecem em uma relação de dependência da ajuda estatal, não buscando sua autonomia.

Como destaca Rosenfield, o auxílio público, embora pareça um grande valor moral, é na verdade destruidora de valores morais ao criar condições para que os necessitados permaneçam como necessitados³⁰. Em vez de contribuir para dignidade, o assistencialismo pode ocasionar o

³⁰ ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 129.

contrário, mantendo o sujeito em uma situação de dependência indigna.

Esse paradigma precisa começar a ser mudado. Os sistemas jurídicos precisam pensar em formas mais eficientes de desenvolvimento local, nacional e mundial, e para isso é fundamental que a prática jurídica leve mais à sério os deveres.

Se isso já é importante para o Estado nacional, para o espaço transnacional é ainda maior. A responsabilidade³¹ de cada indivíduo para com a comunidade global é muito grande e somente através dela será possível concretizar a tão almejada solidariedade em um nível planetário. Uma prática jurídica, um diálogo transconstitucional que tenha como critério de decisão o dever de cada um, poderá encontrar a buscada harmonia e funcionalidade entre os Estados que se busca desde o advento da idade moderna, ou até mesmo antes. A cada um os seus deveres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que há diversos níveis de dever, que abrangem as várias esferas da existência humana, tanto no que diz respeito à sua saúde biológica, como ao convívio social e à própria autorrealização.

As consequências do cumprimento ou não dos deveres, em qualquer de suas dimensões, afeta o indivíduo e a própria sociedade. Os cuidados biológicos estão diretamente ligados aos cuidados com o meio ambiente, que, por sua vez, atingem toda a coletividade. O cumprimento dos deveres jurídicos permite a manutenção da harmonia social, mas também garante paz à pessoa que vive de acordo com a lei.

Deve-se ter em mente que a relação entre direitos e deveres é íntima e constante. Para todo o direito individual, há um dever que precisa ser cumprido. Os direitos à saúde, educação, segurança, etc., exigem um dever do Estado de garanti-los. Isto exige, ainda, a contribuição dos cidadãos, por meio de tributos, além da fiscalização da atividade estatal, e assim sucessivamente.

Por fim, não se deve entender os deveres como exigências duras, penosas, negativas. É preciso compreendê-los como necessidades passíveis de cumprimento e essenciais para o funcionamento da sociedade e dos próprios indivíduos.

³¹ Como define Abbagnano: "Possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão.". ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 855.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARAÚJO, Victor Costa de. **O Transconstitucionalismo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BACHELARD, Gaston. **Poética do Espaço**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

BECK, Ulrich. **Risk Society**: Toward a new modernity. Londres: Sage, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid Trotta, 2008.

HEGEL, Georg. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEGEL, Georg W. F. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Loyola, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Petrópolis: Vozes, 1999.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

_____. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões.

Lua Nova, São Paulo, n. 93, p. 201-232, set./dez. 2014.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de Conceitos Históricos**. São Paulo: Contexto, 2009.

SOARES, Josemar; MENEGHETTI, Tarcísio. Uma análise da transnacionalidade a partir da paz perpétua de Immanuel Kant e da crítica ao direito internacional de G. W. F. Hegel. *In*: GUERRA FILHO, Willis Santiago; ADEODATO, João Maurício Leitão; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. (Org.). **Filosofia do Direito II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 60-75.

SOARES, Josemar Soares; ROSENFELD, Denis. Lerrer. A Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições e Tratados Internacionais: Uma Análise da Responsabilização do Indivíduo Perante a Própria Condição Existencial. *In*: SANTOS, Rafael Padilha dos; DAL RI, Luciene, SOARES, Josemar Sidinei (Org.). **Direito Constitucional Comparado e Neoconstitucionalismo**. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2016. v. 2. p. 8-31.

AS ORIGENS DEMOCRÁTICAS DO PODER CONSTITUINTE: A TEORIA DE EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS E A REVOLUÇÃO FRANCESA¹

Marcos Leite Garcia²

O que poderão levar o desprezo pela Constituição e seu desrespeito diuturno?

Paulo Ferreira da Cunha³.

INTRODUÇÃO

O padre católico Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), até 1788, era então um simples e desconhecido vigário da paróquia de Chartres, situada na periferia de Paris. Seus biógrafos dizem que não tinha muita vocação para o sacerdócio e sim para a política⁴. No final de 1788 escreve um *Ensaio sobre os privilégios* e nos inícios de 1789 seu famoso panfleto, livro de menos de 100 páginas, que tem como título a pergunta: *O que é o Terceiro Estado?* Também na mesma época será eleito deputado pelo Terceiro Estado pelos parisienses, e a partir de sua famosa obra e atuação como parlamentar desempenhará um papel decisivo em junho de 1789, na transformação dos Estados Gerais em Assembléia Nacional e na resistência ao Rei Luís XVI e a instituição do Estado absolutista. A atual doutrina do Direito Constitucional enfatiza que é o vigário de Chartres o *pai* da teoria do Poder Constituinte, que até hoje preside os processos de constitucionalizações democráticas, expresso na sua obra *Qu'est-ce que le tiers état?* ou como na tradução em português: *A Constituinte Burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Não cabe dúvida que o chamado Abade Sieyès será uma peça fundamental na construção do constitucionalismo moderno⁵.

¹ Um extrato do presente texto foi apresentado no XXV Congresso do Conpedi, realizado no Centro Universitário de Curitiba - PR - entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016, com o título: "As origens da Teoria do Poder Constituinte: o Abade Sieyès e a Revolução Francesa".

² Doutor em Direitos Fundamentais (2000); Master em Direitos Humanos (1990); Ambos cursos realizados no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Santa Catarina entre 2012 e 2103. Desde 2001 professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Cursos de Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)- Santa Catarina. Da mesma maneira, desde 2015 professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, da Universidade de Passo Fundo (UPF) - Rio Grande do Sul. E-mail: mleitegarcia@terra.com.br

³ CUNHA, Paulo Ferreira da. **O Contrato Constitucional**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. p. 39.

⁴ MADELIN, Louis. Sieyès. In: **Los hombres de la Revolución Francesa**. Buenos Aires: Vergara, 2004. p. 305.

⁵ Interessante a inclusão de Maurizio Fioravanti do Abade no panorama do constitucionalismo moderno: "[...] Emmanuel-Joseph

Não resta dúvida que o Poder Constituinte é um elemento fundamentalíssimo na construção da ideia do constitucionalismo moderno e contemporâneo. Conceitua o movimento conhecido como constitucionalismo o italiano Maurizio Fioravanti com as seguintes palavras: "El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistente, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas"⁶. Para o português José Joaquim Gomes Canotilho⁷ o constitucionalismo é uma "teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política-social de uma comunidade". Segue o professor luso no sentido de que "[...] o conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo".

O objetivo do presente trabalho é apresentar algumas questões relacionadas com o Poder Constituinte, a obra do abade Emmanuel-Joseph Sieyès, sua marca democrática - dentro do contexto de sua época - e a Revolução Francesa.

Para tal citamos alguns dos principais estudiosos do constitucionalismo do momento, entre outros já considerados como clássicos; assim da mesma maneira alguns dos grandes historiadores franceses da Revolução Francesa catedráticos como Jules Michelet (1798-1874), Albert Mathiez (1874-1932), Georges Levebvre (1874-1959), entre outros importantes estudiosos da emblemática revolução liberal-burguesa.

Sieyès, ciertamente el más lúcido de los intérpretes de la revolución, en su célebre ensayo sobre el Tercer Estado[...], saca de la nueva y potente imagen del poder constituyente consecuencias bastantes distintas a las de los revolucionarios americanos. [...]. [Cuando] [...] pone de relieve el aspecto de los límites a los poderes constituidos que se contiene en la constitución instaurada por el mismo poder constituyente. Pero no se queda ahí. Al menos con igual fuerza sostiene que la constitución que limita los poderes constituidos no puede de ninguna manera limitar al poder constituyente: la nación, que es para Sieyès el sujeto soberano, 'no debe encerrarse en las trabas de una forma positiva', y 'no debe ni puede someterse a formas constitucionales'. Se trata de páginas bastante claras, en las que aparece con fuerza la cuestión de la soberanía y la necesidad de encender el motor de la revolución, y de dejar que él guíe la revolución a su resultado. La constitución deberá disciplinar los poderes que la misma revolución instituye, pero nunca podrá pretender apagar ese motor". FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 111-112.

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução: Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014. p. 9.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 51 e 218.

1. PODER CONSTITUINTE E DEMOCRACIA

O Estado Constitucional, segundo Pedro Vega - Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Complutense de Madrid nos anos 1980 - em sua clássica obra sobre Reforma Constitucional e Poder Constituinte, consolida sua estrutura em dois pilares fundamentais: por um lado no *princípio político democrático* e, por outro lado no *princípio jurídico da supremacia constitucional*⁸. De esta maneira no presente trabalho queremos destacar que *a marca indelével de nascimento* da Teoria do Poder Constituinte do Abade Emmanuel-Joseph Sieyès é a *Democracia*. O exercício autoritário do Poder Constituinte é uma contradição em si mesma. Cabe assim também ressaltar a arguta observação de Alexandre Bernardino da Costa⁹ no sentido de que infelizmente "A teoria brasileira sobre o poder constituinte originário ainda contempla a possibilidade de um poder constituinte autoritário". Nas palavras do citado professor da Universidade de Brasília é urgente "[...] tratar do tema à luz de um marco teórico atual, por incorporar as mais recentes lições que a teoria foi capaz de extrair da própria vivência constitucional", já que dito fenômeno "[...] não reside apenas na demonstração da ilegitimidade do emprego da *terminologia constitucional* contra o *constitucionalismo* que - *não somente em regiões de democracias menos consolidadas* -, é um risco sempre presente"¹⁰. E Bernardino Costa acertadamente assevera que "[...] pode interferir, e de fato interfere, na possibilidade mesma de consolidação da democracia, na medida em que a ausência de reflexão teórica e prática adequadas ao constitucionalismo possibilita abusos e desrespeito a direitos dos cidadãos, gerando a descrença na democracia e no constitucionalismo"¹¹. Exatamente assim tem ocorrido em nossas latitudes. De esta forma, mesmo que essa seja uma realidade, faz-se também importante destacar que mesmo a inicial teoria do Poder Constituinte foi democrática na medida de suas possibilidades e contexto histórico da época.

⁸ DE VEGA, Pedro. **La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985. p. 15. Grifo acrescentado.

⁹ COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. **Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara - Veredas do Direito**. Vol. 3, Nº5, Jan-Jun 2006. p. 35.

¹⁰ COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. p. 35-40. Grifo acrescentado. Como exemplo da teoria constitucional brasileira, Alexandre Bernardino Costa cita como teóricos brasileiros que aceitam uma teoria do Poder Constituinte autoritária a Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos. Manuel Ferreira Filho. E Bernardino Costa destaca como pioneira no tratamento democrático da Teoria do Poder Constituinte, "uma das honrosas exceções" em suas palavras, a obra de Paulo Bonavides., que vinculou sempre em seus escritos o conceito de Democracia à teoria do Poder Constituinte desenvolvendo assim suas reflexões e análises a esse fundamentos: "quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 126. Para conferir, veja-se: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 97-98. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 21. Também: BONAVIDES, Paulo, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 120-146.

¹¹ COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. p. 35.

No contexto da história do constitucionalismo na América Latina, e sobretudo no Brasil, o ressentimento à instituição da Constituição, sentimento contrário às regras da Democracia é a ordem do dia para as elites que historicamente usam a Constituição apenas para legitimar o seu poder¹². Essa é a via do autoritarismo, que muitas vezes se utiliza da retórica da Democracia apenas para manter uma farsa arquitetada sem escrúpulos e somente para legitimar seus desmandos. Por outro lado, na via democrática, temos o exemplo das democracias ocidentais com o *bom* sentimento constitucional como forma de valorização da Democracia e de integração política por intermédio de uma Constituição Contemporânea no marco de um Estado Democrático e Social de Direito. Assim citamos a necessidade de consenso das forças políticas e da Sociedade em torno ao *sentimiento* constitucional, nas palavras de Pablo Lucas Verdú¹³, ou no mesmo viés do *patriotismo constitucional* segundo a visão de Rolf Sternberger e difundido notavelmente por Jürgen Habermas e Gregorio Peces-Barba¹⁴, além do também entendimento de Peter Häberle¹⁵ da *Constituição como um projeto cultural*.

Podemos afirmar que: em primeiro lugar, o pouco caso com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dos meios de comunicação de nosso país, refletem um verdadeiro *ressentimento* das elites donas do poder com uma constituição democrática e que contém um amplo rol de direitos fundamentais igualitários e libertadores; assim como, em segundo lugar, os acontecimentos recentes do ano de 2016, quando de uma série de descasos com as garantias constitucionais e do que está previsto na Constituição de 1988, antes, durante e depois da crise política que levou ao impeachment da Presidente Dilma Rousseff; e por último e em terceiro lugar, somando ademais com o plasmado no teor das distintas propostas de emenda constitucional (PEC) que violam a mesma¹⁶; são as diversas provas latentes de que o diz o professor Bernardino

¹² Esse é o tema de pelo menos cinco interessantes textos que destacamos: NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 288 p. GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo democrático**: La sala de máquinas de la Constitución. Buenos Aires: Katz, 2015. 390 p.; PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática**. Madrid: Trotta, 2014. 184 p.; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, 102 p.; e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **La naturaleza emancipadora de los procesos constituyente democráticos: avances y retrocesos. Por una Asamblea Constituyente**. Madrid: Sequitur, 2012. p. 13-28.

¹³ O sentimento constitucional ou o sentir constitucional como modo de valorizar e defender a Democracia, a titularidade legítima do Poder Constituinte e a integração do povo a partir de uma Constituição contemporânea. LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional**: aproximación ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Forense, 2004. 256 p.

¹⁴ PECES-BARBA, Gregorio. El patriotismo constitucional. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 20, p. 39-62. Da mesma maneira: STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo constitucional**. Bogotá: Universidade do Externado, 2001. Também interessante em nossa doutrina: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. 102 p.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione como Scienza della Cultura**. Roma: Carocci, 2001.

¹⁶ Numa rápida amostra das PEC da legislatura que se iniciou em 2015, o Congresso Nacional mais conservador de nossa democracia recente, os exemplos são muitos no que se refere aos retrocessos de Direitos Fundamentais tramitando no

Costa é uma realidade.

2. A CONSTITUIÇÃO E SUAS ORIGENS

Podemos afirmar que a construção teórica do Poder Constituinte nasce na Revolução Francesa a partir da obra do abade Emmanuel-Joseph Sieyès. Pelo menos esse é um senso comum arraigado e consagrado pela doutrina constitucional de nossa era. Ainda que os precedentes da Convenção da Filadélfia de 1787, e as anteriores constituições da Confederação Americana como a da Virgínia¹⁷, deixam bem claro que o exemplo norte-americano influenciou à teorização do fenômeno do Poder Constituinte.¹⁸ Porém reconhecer as origens intelectuais que permeiam os valores de nosso atual Direito Constitucional faz-se necessário e urgente em nossa sociedade atual. Uma vez que nas últimas décadas temos assistido a proliferação de um sem fim de teorias que negam os valores constitucionais mais fundamentais como o exercício do Poder Constituinte somente em ocasiões especialíssimas¹⁹. Ademais de que no último ano (2016) nossa Constituição Federal tenha sido pisoteada pelos poderes legislativo e judiciário nos últimos acontecimentos que maculam a nossa pretensa e recente democracia. Interesses dos mais variados, alguns até concebidos em bases pouco sólidas, oportunistas da ignorância endêmica vigente, e fundamentados em preconceitos classistas ou de outras origens. Alguns desses interesses podem causar danos enormes em sociedades periféricas como a nossa, em favor de alguns privilegiados.

Congresso Nacional. Todos temas referentes à conquistas humanas civilizatórias (conquistas que custaram muito à humanidade - o absurdo de que se tratam todas questões contrárias à dignidade da pessoa humana, consagrada como um dos fundamentos de nossa República e o fundamento dos Direitos Fundamentais). A lista é a seguinte: Redução da maioria penal para 16 anos; Liberação da terceirização para qualquer atividade da empresa, incluídas as atividades fins; Transferência do poder de demarcação de Terras Indígenas para deputados e senadores; Proibição de adoções por casais do mesmo sexo (um dos desdobramentos da aberração que é o Estatuto da Família e que restringe o conceito de *família* a apenas uma união entre um homem e uma mulher); Alteração do conceito de trabalho escravo contemporâneo para diminuir as possibilidades de punição; Redução da idade mínima para poder trabalhar de 14 para 10 anos; Proibição do aborto nos casos de estupro, risco de vida para a mãe e má formação fetal. Entre algumas propostas violadoras de Direitos Fundamentais sociais como outras relativas aos direitos dos trabalhadores; as relativas à educação, entre elas a conhecida como *escola sem partido*, etc.

¹⁷ Sobre o constitucionalismo norte-americano e a importância de seus debates sobre as questões de como deveria ser a futura constituição, entre outros, veja-se as obras de: DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno**: novas perspectivas. Tradução de Antônio M. Hespanha e Cristina N. da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007; FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001; RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Una filosofía del Derecho en modelos históricos**: De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002; MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998; e o clássico *Os Federalistas*: MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1993.

¹⁸ "Embora a experiência norte-americana tenha sido anterior, a célebre distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ou seja, entre o poder ilimitado de criar a Constituição e estabelecer a organização política do Estado e os poderes criados pela Constituição, portanto limitados por ela, foi divulgado também por Sieyès". BERCOVICI, Gilberto. Poder Constituinte Originário. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 271.

¹⁹ Sobre o tema, veja-se: STRECK, Lênio Luiz. **Assembleia Constituinte é golpe!** Em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/9.pdf>> Acesso em: 1 agosto 2016.

O exercício do Poder Constituinte, originário ou não, deveria ser um assunto tratado de forma mais séria e constante em nosso entorno. É um assunto que deveria ser também discutido fora da academia.

É indiscutível a importância do bom entendimento da Teoria do Poder Constituinte no contexto do Direito atual. Uma vez que o exercício do Poder Constituinte Originário é ilimitado, inicial e incondicionado e deve somente ser exercido em momentos políticos muito especiais e não banalizados como pretendem alguns em nosso contexto político-social. Um texto constitucional não prevê o seu próprio fim. As normas constitucionais definidoras de Direitos (direitos fundamentais), consagradas em nosso texto de 1988, são o coração e a cabeça das atuais constituições ocidentais e felizmente em nosso texto constitucional de 1988 consideradas como o núcleo irrevogável (cláusulas pétreas) do mesmo. Estamos em plena era do *constitucionalismo contemporâneo* (para alguns *pós-positivismo* ou *neoconstitucionalismo*, ou ainda: *constitucionalismo ético* ou *constitucionalismo garantista*, como preferem outros ou mesmo *Democracia Constitucional*, terminologia mais abrangente²⁰), e os vetores que regem todo o sistema de normas são valores de direitos fundamentais. Já é hora de colocar os direitos fundamentais e as questões da cidadania em seu devido lugar: como disciplina autônoma nos currículos das universidades brasileiras, não somente nos cursos de Direito, e colocá-los em pauta em diversos debates – principalmente naqueles dirigidos a um maior número de cidadãos possível.

Os mais respeitados autores da Teoria Constitucional lecionam que o Poder Constituinte (Originário, é claro) origina-se em acontecimentos históricos especialíssimos. Em ocasiões muito especiais, em momentos chaves. Esses são acontecimentos históricos extrajurídicos, fatores metajurídicos - como afirmamos-. Será a partir deles que o povo poderá exercer sua titularidade legítima do poder constituinte. Claro que temos a exceção de que em muitas ocasiões a titularidade do poder constituinte é usurpada do povo pelo autoritarismo de um ditador ou de um grupo.

Sobre esses, destacamos que os fatores metajurídicos são acontecimentos históricos especialíssimos que estão fora (meta) ou não previstos pelo mundo jurídico e estes podem ser de quatro maneiras: 1. **Quando do nascimento de um país** (que pode ser pela independência de uma

²⁰ Sobre a controvérsia, veja-se: PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*: Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013. 309 p.

nação, de um povo ou de um país formado por várias nações, ou mesmo por uma fusão, incorporação, ou separação de povos ou partes de um país); 2. **Quando ocorre uma Revolução:** que pode levar ou não a uma nova etapa democrática do povo em questão, mas inegável é a necessidade de refundação da nação, povo ou país que faz uma revolução; 3. **Quando ocorre um Golpe de Estado**²¹: são muito os tipos de Golpes de Estado. Desde os mais violentos perpetrados por um ditador e/ou por militares, como os atuais golpes de estado institucionais dos países latino-americanos como ocorreu em Honduras em 2009, Paraguai em 2012 e Brasil em 2016. 4. **Desde um processo de redemocratização:** um processo lento e gradual de abertura política e de volta a democracia em um país que viveu anos de ditadura, ou quando do fim de uma guerra. Entre essas quatro formas de exercício do Poder Constituinte Originário, os exemplos são muitos. Ainda que as mesmas podem ser mesclados, por exemplo: uma revolução pode levar à independência de uma nação; uma revolução pode levar a um processo de redemocratização de um país; o golpe de Estado é a forma mais perversa, que leva a usurpação do poder do povo e que quase sempre leva a uma ditadura, mas muitas vezes promete um imediato processo de redemocratização (promessa que faz parte da farsa - como vimos na história do século XX em muitos países da América Latina), entre outros exemplos. Lembrando sempre da longa controvérsia que existe entre Revolução e Golpe de Estado. Nesse último ponto, interessante o que diz o filósofo espanhol Felipe González Vicén²² quando teoriza as revoluções e leciona sobre as diferenças entre golpe de Estado, praticado por um indivíduo, ou um grupo de indivíduos -como os militares ou uma elite econômica- e a Revolução que para assim ser classificada deve ter ampla participação popular. Claro que como nosso objetivo é teorizar o Poder Constituinte como Democrático, no caminho de Paulo Bonavides - como teórico do poder constituinte democrático - destacamos que quando provenientes de golpes de estado o poder constituinte é sempre usurpado por um ditador, um grupo, que pode ser uma elite e que não recebeu do povo a legitimidade para exercê-lo. Uma vez que, como é consabido e como foi visto, e o povo é o legítimo titular do Poder Constituinte²³.

²¹ Não reconhecemos o Golpe de Estado como forma legítima de fator metajurídico que leva ao exercício do Poder Constituinte; mas, por ser uma realidade fática aqui incluímos. É a forma clássica de usurpação da titularidade do poder e da soberania do povo.

²² GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. **Teoría de la Revolución: Sistema e historia**. 2 ed. México/Madrid: Plaza y Valdés, 2010. 125 p. A primeira edição é de 1932 de tão interessante estudo sobre as revoluções.

²³ "O poder constituinte originário é [...] um poder absoluto, ilimitado, incontrolável, que estabelece a constituição e a organização política. Todos os demais poderes no Estado constitucional, inclusive o poder de reformar e emendar a Constituição, são poderes constituídos, ou seja, limitados e realizáveis apenas dentro dos parâmetros fixados pelo poder constituinte originário no texto constitucional". BERCOVICI, Gilberto. Poder Constituinte Originário. p. 271.

3. A ASSEMBLÉIA DOS ESTADOS GERAIS

A revolução francesa é um dos acontecimentos mais importantes da história da humanidade, como sabemos será determinante nas mudanças profundas da sociedade moderna desde a positivação dos direitos fundamentais e será essencial para o constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Devido a uma série de fatores econômicos e políticos²⁴, o Rei Luis XVI resolve convocar no final de 1788 aos chamados Estados Gerais, a Assembléia Nacional que reuniria as três ordens ou três Estados: o clero, a nobreza e os comuns, conhecidos também estes últimos, de acordo com sua posição hierárquica, como o terceiro Estado. Os Estados Gerais não eram convocados desde 1614²⁵, e sua convocação levou a que as três ordens organizassem as questões a serem discutidas nos chamados *cadernos de queixas (cahiers de doléances)*²⁶, que condensavam os desejos de reformas que antecederam a Revolução, já que esta era uma época marcada pela tentativa de reorganização e discussão dos problemas da sociedade francesa.

Para os Estados Gerais organizarem suas respectivas eleições, evidentemente que de maneira diferente que em 1614, chegou-se a um acordo prévio no sentido de que a terceira ordem teria o mesmo número de deputados que as duas ordens privilegiadas. Seria então o Parlamento de Paris²⁷ quem iria determinar as regras. E esse parlamento composto por magistrados determinou em um acórdão de 25 de setembro de 1788 que o funcionamento dos Estados Gerais seria igual aos de antes: “regularmente convocados e composto da mesma maneira que em 1614”. Os intelectuais do Terceiro Estado, a sociedade evidentemente não era mais a

²⁴ Entre esses fatores principalmente uma grave crise econômica marcada pela fome do povo por culpa de uma péssima safra dos anos 1787 e 1788 e da ajuda da França à Revolução de Independência das ex-colônias inglesas que formariam os Estados Unidos da América, e também devido a uma revolta da aristocracia mais tradicional. Sobre essa revolta da aristocracia, veja-se: LEFEBVRE, Georges. **O surgimento da Revolução Francesa**. Tradução de Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 41-54.

²⁵ Como muito bem descreve Albert Mathiez com relação ao Terceiro Estado em 1614 “[...] as cidades haviam sido representadas por delegados de suas municipalidades oligárquicas, e as províncias do Estado por deputados eleitos pelos próprios Estados, sem intervenção da população”. E concluiu que “adotando essa antiga norma, o terceiro Estado seria representado apenas por uma maioria de incapazes enobrecidos” (MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol I: A queda da realeza (1787-1792). Tradução de Paulo Zinco. São Paulo: Atena Editora, s.d. p. 44).

²⁶ Quanto ao estudo desses cadernos de queixas, Georges Lefebvre é categórico ao dizer que “quando os cadernos de queixas de baillado das diferentes ordens são comparados entre si, constata-se sua unanimidade contra o poder absoluto: as três ordens querem uma constituição que reserve o voto do imposto e das novas leis a Estados Gerais periódicos, que atribua a administração a Estados provinciais eletivos e que garanta a liberdade individual e de imprensa” (LEFEBVRE. **O surgimento da Revolução Francesa**. p. 109). Somente recordar que os Estados Gerais, a Assembléia Nacional, não eram convocados desde 1614, há exatos 175 anos, devido ao extremo absolutismo de reis como Luís XIV e Luís XV, respectivamente bisavô e avô do jovem rei Luís XVI.

²⁷ Segundo Lefebvre ser membro do Parlamento de Paris era um privilégio do que ele chama de *nobreza de toga*, pois esses parlamentos provinciais eram compostos por magistrados pertencentes à nobreza (LEFEBVRE. **O surgimento da Revolução Francesa**. p. 46-47).

mesma que a de 1614, começaram a denunciar uma série de coisas, entre elas a “venalidade e o caráter hereditário dos cargos judiciais, os abusos das custas em espécie e a negar à magistratura o direito de censurar as leis ou de modificá-las”. Além do que, os patriotas, como eram conhecidos os intelectuais do Terceiro Estado, “[...] declaravam abertamente que, depois da reunião dos Estados Gerais, ninguém obedeceria mais às decisões da justiça, porque a nação poderia fazer-se obedecer, melhor que o rei”²⁸. Era esta uma clara alusão e provocação pré-revolucionária.

Denunciava-se também a inquisição judiciária como mais temível que a dos bispos. Segundo Albert Mathiez²⁹ diante de todas essas veementes denúncias o Parlamento de Paris intimidou-se e recuou. No dia 5 de dezembro de 1788, em novo acórdão, anulou o precedente, e aceitou o dobro de representantes do Terceiro Estado. “Capitulação alias inútil e incompleta” nas palavras de Mathiez³⁰, pois o acórdão nada dizia sobre a votação per capita e assim continuava-se com a votação por ordem. O Parlamento de Paris antes popular agora era execrado por estar a serviço dos privilegiados. Além do que vale lembrar que tal Parlamento não decidia essa questão, quem decidia era o rei através de seu primeiro ministro, o popular Jacques Necker³¹. O clima tenso fez com que um grupo de nobres, chamados de *os notáveis* por ser composto por cinco príncipes de sangue, evidentemente pronunciara-se a favor das antigas regras dos Estados Gerais e já prevendo algo declararam em 12 de dezembro ao rei que se ele não procurasse manter de qualquer forma os dispositivos tradicionais, a Revolução seria inevitável. Chamavam a atenção os príncipes que os direitos do trono já estavam sendo discutidos³². Da mesma forma para ganhar a simpatia do rei, os intelectuais do Terceiro Estado enviavam-lhe declarações de lealdade, e assim os príncipes e toda a nobreza pareceriam exagerados em suas previsões. Claro que acima de tudo, as duas ordens privilegiadas estavam sendo ameaçadas pelas reivindicações plebéias contra seus privilégios tradicionais, a exclusividade dos cargos públicos, sobretudo os militares e da justiça, e a propriedade dos direitos feudais.

Como acontece desde sempre em todas as revoluções contra situações de exceção, as manifestações arrogantes dos que se achavam melhores que os demais, a defesa de seus

²⁸ LEFEBVRE. **O surgimento da Revolução Francesa**. p. 46-47.

²⁹ MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol I: A queda da realeza (1787-1792). Tradução de Paulo Zing. São Paulo: Atena Editora, s.d. p. 45.

³⁰ MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol. I. p. 45.

³¹ Necker, o primeiro ministro do Rei Luís XVI, um dos únicos membros do governo de origem burguesa, por isso popular.

³² MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol. I. p. 46.

privilégios e autoridade baseada na tradição e em uma cultura de religião única, em crise marcada pela secularização da sociedade, será determinante ao fortalecimento da causa dos patriotas. Necker, o primeiro ministro, “[...] se sentiu com forças para fazer o rei ágil contra os notáveis e os príncipes”. Foi concedido então ao Terceiro Estado um número de deputados igual ao das duas ordens privilegiadas reunidas, exatamente 578 deputados³³. Tanto Mathiez³⁴ como Hampson³⁵ chamam a atenção para o fato de que também foi então permitido que os sacerdotes do chamado baixo clero participassem diretamente das assembleias eleitorais do clero, medida que teve conseqüências terríveis para o poder da nobreza eclesiástica. Mesmo fazendo essas concessões, as novas regras de nada serviam, pois o rei não ousou tocar na questão mais importante de todas, a da votação *per capita*, deixando a votação por ordem ou para ser discutida sua forma depois de iniciada a reunião das três ordens³⁶. Exatamente essa votação por ordem será fundamental para o fracasso da forma tradicional de funcionamento dos Estados Gerais e a pólvora para a explosão da revolta do Terceiro Estado. Não fazia sentido o voto por ordens, pois essa forma era *um jogo de cartas marcadas* uma vez que as duas primeiras ordens – clero e nobreza – unidas, quando fossem discutir seus privilégios (por exemplo: seus direitos feudais, isenção de impostos, reserva de cargos públicos e patentes militares) com as regras de 1614 o resultado seria sempre um dois a um em favor dos privilegiados³⁷.

³³ Os Estados Gerais de 1789 compunham-se de 1.154 representantes: 291 deles eram deputados do clero, 285 da nobreza e 578 do Terceiro Estado.

³⁴ MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol. I. p. 53.

³⁵ HAMPSON, Norman. **Historia social de La Revolución Francesa**. Tradução de Javier Pradera. Madrid: Alianza Universidad, 1970. p. 69.

³⁶ LEFEBVRE, Georges. **O surgimento da Revolução Francesa**. Tradução de Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 96.

³⁷ Ou seja, ainda a finais do século XVIII um típico parlamento estamental: o primeiro Estado: O Alto Clero da Igreja Católica. Ainda vinculada como religião única e oficial do Estado (sem se importar com um grande número de protestantes, *huguenotes* como se dizia na França). O segundo Estado: Os nobres. A nobreza detentora dos mais diversos privilégios, juntamente com o primeiro Estado, como a exclusividade dos cargos públicos, oficialato das forças armadas, magistratura, já que todos esses cargos eram exclusivos das classes e famílias dos privilegiadas. E por fim o terceiro Estado: O Estado baixo, formado por todos os demais, incluindo uma burguesia enriquecida, culta e sedenta de poder, assim como também composta pelos trabalhadores, que na França eram chamados pejorativamente de *sans-culottes* (os *culottes* eram os calções utilizados pelos ricos, os nobres e também os burgueses mais endinheirados). Importante matizar que pelas regras medievais vigentes em 1614 o voto era por ordem. Fato a ser mantido e importantíssimo para entender os inícios da Revolução Francesa. O 2x1 a favor dos privilegiados estava mantido, principalmente na questão dos impostos e dos privilégios das classes dominantes. A questão dos impostos - pagava-se três vezes: à igreja, ao nobre e ao Estado. Essa era a principal reivindicação dos Cadernos de Reclamações de todas as regiões da França.

4. A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE A PARTIR DA OBRA DO ABADE EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS

Durante a campanha eleitoral para as três ordens, surgem muitas obras rápidas, os chamados panfletos e libelos pré-revolucionários, escritas na efervescência das questões que levaram a Revolução. A difusão dos panfletos é muito variável, alguns deles têm um público meramente local ao passo que outros como o famoso *Qu'est-ce que le Tiers État* (O que é o Terceiro Estado), do abade Emmanuel-Joseph Sieyès, com trinta mil exemplares vendidos em alguns dias em janeiro de 1789, são de esfera nacional³⁸. A obra do abade Sieyès de forma especial irá marcar o futuro do próprio movimento por discutir as regras de funcionamento da Assembléia dos Estados Gerais então recente convocada pelo Rei Luis XVI, como foi visto, na tentativa de dirimir as reivindicações das ordens ainda estamentais que formavam a sociedade francesa do Antigo Regime.

O abade Emmanuel-Joseph Sieyès, então um simples padre da periferia de Paris, Chartres, em 1789 será eleito deputado pelo Terceiro Estado³⁹ pelos parisienses, e como já foi dito a partir de sua famosa obra e atuação como parlamentar desempenhará um papel decisivo na Revolução Francesa desde a inauguração dos Estados Gerais em 5 de maio de 1789 no Palácio de Versalhes. Principalmente em 20 junho de 1789 quando do conhecido Juramento do Jogo da Péla (*Serment du jeu de paume*), que foi um dos marcos iniciais da revolta do Terceiro Estado, quando estes decidiram permanecer reunidos até dotar a França de uma Constituição escrita nos moldes dos Estados Unidos da América, da monarquia parlamentarista inglesa, e sobretudo a partir das regras teorizadas por Sieyès. Essa foi especificamente a transformação dos Estados Gerais em Assembléia Nacional e a resistência ao Rei absolutista. A atual doutrina do Direito Constitucional enfatiza que é basicamente do vigário de Chartres a organização da teoria do Poder Constituinte, que até hoje preside os processos de constitucionalizações democráticas, expresso na sua obra *Qu'est-ce que le tiers état?* Curioso notar que devido ao seu caráter comedido o abade Sieyès será o único grande nome da Revolução Francesa que sobreviverá aos piores momentos da mesma, talvez por sua posição política marcadamente de centro (a chamada *planície*) e por ser bastante calado⁴⁰. Entre outras curiosidades de sua biografia, Sieyès votará a favor da constituição civil do clero, em 1790,

³⁸ PÉRONNET, Michel. **Revolução Francesa em 50 palavras-chaves**. Tradução de Rita Braga. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 124.

³⁹ Os deputados do Terceiro Estado eram na sua maioria juristas, um vigário do baixo clero era uma exceção. Os sacerdotes do Alto Clero tinham a sua ordem-estamento específico: o chamado primeiro Estado dos Estados Gerais da Monarquia Absoluta da França, o antigo regime.

⁴⁰ MADELIN, Louis. Sieyès. p. 305.

e pela morte do Luis XVI no final de 1792; sobreviverá à época do terror e será favorável ao golpe de Estado do dia 9 de Termidor (27 de julho 1794); em 1799 introduzirá Napoleão Bonaparte no poder, e será embaixador do mesmo; cairá em desgraça na época da restauração da Monarquia (chamada de Julho – 1815), sendo exilado em Bruxelas e de volta a Paris em 1830 morrerá na cidade aos 88 anos em 1836. Certamente é o único personagem importante da Revolução Francesa a morrer ancião. Perguntado em certa oportunidade como fez para sobreviver a tantas épocas, o abade respondeu ironicamente: “apenas sobrevivi”⁴¹.

Em sua obra de 1789, o abade Sieyès reafirma a doutrina da soberania da Nação, dizendo que *“em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação”*⁴². Foi com essa posição que Sieyès confirma, desde uma posição racional, o princípio da soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição de um Estado baseado no Direito estipulado em um contrato social que deverá ser o estabelecimento prévio das regras de viver em sociedade que será uma constituição escrita pelos representantes da nação. Esta nova forma de organização político-jurídica da sociedade em transformação, segundo Dallari, ao ser concebida *“no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios”*⁴³, através de um Poder político e metajurídico, inato ao novo membro da sociedade: o cidadão. O cidadão substitui ao súdito e os direitos do cidadão devem substituir aos privilégios das ordens superiores declarando-se a igualdade entre todos. Seguindo a linha dos livres pensadores modernos, Sieyès pede também o fim das diferenças entre os seres humanos, nada mais racional, nada mais jusracionalista.

O poder de constituir as regras prévias do viver em sociedade é o primeiro poder constituinte, aquele que é inicial, ilimitado e incondicionado⁴⁴, chamado pela doutrina atual de poder constituinte originário. Esse se deve a um acontecimento político e social, é dizer, um acontecimento, um fator, metajurídico, isto é fora do jurídico, não previsto pelo sistema jurídico,

⁴¹ MADELIN, Louis. Sieyès. p. 328.

⁴² SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 113.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168. Para reforçar a tese do Estado Democrático e Social de Direito e sua vinculação com os direitos fundamentais, veja-se: DIAZ, Elias. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11 - n. 1 - p. 09-25 / jan-jun 2006; e BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

⁴⁴ Como diz a doutrina do Poder Constituinte, o primeiro e inaugural poder constituinte é o originário, aquele que gera uma nova constituição e é inicial, ilimitado e incondicionado. (CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 66).

não previsto pelo Direito posto. Exatamente desse fator metajurídico, acontecimento político não previsto pelo Direito vigente, surgem as constituições escritas da modernidade. A primeira constituição escrita surge de um fator metajurídico – acontecimento histórico e político – que foi a independência dos Estados Unidos da América. As revoluções políticas e sociais também serão históricos fatores metajurídicos que geraram muitas constituições. Infelizmente por ser inicial, ilimitado e incondicionado, o poder constituinte (originário) poderá ser exercido de forma ilegítima, uma vez entendido que legitimamente é exercido pelo povo, por forças estranhas a vontade popular como por exemplo por um ditador, ou uma elite oligárquica, ou um grupo que através da força bruta detenha o poder como os militares na América Latina em sua conturbada história do século XX. Seria o caso de o poder constituinte ser exercido ilegitimamente a partir do fator metajurídico chamado de golpe de estado, que difere da revolução por não ter ampla participação popular e levar ao poder um ditador ou um grupo que instala uma ditadura. Outro fator metajurídico que gera o exercício do poder constituinte (originário), considerado como legítimo, seria um processo de redemocratização de uma sociedade. Os exemplos de processos de redemocratizações são muitos, e todos eles derivaram assembleias constituintes que geraram constituições democráticas, como os exercidos no pós-guerra a partir de 1945, entre outros, França, Alemanha e Itália, e no final de ditaduras como Portugal e Espanha e certamente o exemplo brasileira que gerou a Constituição de 1988⁴⁵.

As origens intelectuais das chamadas revoluções liberais burguesas e do processo de positivação dos direitos fundamentais serão os movimentos individualista, racionalista, iluminista, contratualistas dos autores que iram influenciar as transformações da sociedade feudal a sociedade moderna e que levarão às chamadas revoluções liberais⁴⁶. O abade Sieyès seguirá essas concepções racionalistas, individualistas e um dos seus grandes méritos será fundamentalmente voltar-se de maneira original, naquele momento pré-revolucionário, para a realização de um documento jurídico, no sentido de dar à nação o direito de produzir sua norma jurídica fundamental: uma Constituição que contenha suas regras prévias da organização e limitações do

⁴⁵ Como foi visto, destacamos então que os fatores metajurídicos são acontecimentos históricos especialíssimos que estão fora não previstos pelo mundo jurídico e estes em nossa opinião podem ser de quatro maneiras: Quando do nascimento de um país; Quando ocorre uma Revolução; Quando ocorre um Golpe de Estado; Desde um processo de redemocratização. Da mesma forma, Luís Roberto Barroso, leciona, entre os quatro exemplos, chamando-os de forma diferente: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado; c) a derrota numa guerra; d) uma transição política pacífica. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98-99.

⁴⁶ Veja-se, entre outros autores, as seguintes obras: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 115-144; FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. p. 71-164; e MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 29-258.

poder do Estado. Dito de outra forma, o grande mérito de Sieyès será traduzir para o momento (pré) revolucionário a discussão da forma de funcionamento ainda medieval e estamental dos Estados Gerais e sua transformação em uma Assembléia de homens livres, formada por representantes da nação, do povo, na qual cada representante tenha direito a um voto; resumidamente é a luta do povo pelo voto *per capita*.

Acertadamente e seguindo o espírito da igualdade do Direito Natural Racionalista, dos autores contratualistas e iluministas, o abade Sieyès desconsidera a histórica autoridade das ordens superiores baseada na tradição e na superstição. Na tradição dos históricos costumes e privilegiados feudais e na superstição da Igreja que justifica e fundamentam os privilégios e o poder do monarca, da nobreza e do clero⁴⁷. No seu famoso livro (*Qu'est-ce que le tiers état?*) não há nenhuma alusão ao desenvolvimento das instituições nem ao papel histórico da nobreza ou da monarquia, muito pelo contrário, esses são chamados de parasitas da nação. A história que recomeça em 1789 é a dos homens livres, a partir das reivindicações das classes não privilegiadas, dos burgueses, ou seja, da nação⁴⁸. Exatamente no início de sua obra, Sieyès empenhasse em demonstrar a importância e utilidade da burguesia e a inutilidade da nobreza parasita. Para o abade, o argumento da utilidade é o principal entre todos por ele utilizados para defender sua tese⁴⁹.

O abade demonstra em sua obra a extrema utilidade do Terceiro Estado, afirmando que o mesmo suportava todos os trabalhos particulares – desde a atividade econômica, desde a exercida na indústria, no comércio, na agricultura, nas profissões científicas e liberais e até nos serviços domésticos –; e ainda exercia a quase totalidade das funções públicas, excluídos apenas aquelas que eram injustamente reservadas aos privilegiados, ou seja, os lugares lucrativos e honoríficos, correspondentes a cerca de um vigésimo do total, os quais eram ocupados por membros das duas outras ordens – o alto clero e a nobreza – que eram, ao entender de Sieyès, privilegiados sem méritos. O abade advoga pela construção de uma meritocracia baseada em uma mínima igualdade de oportunidade entre todos.

Para Sieyès os privilegiados membros da nobreza e do alto clero constituíam um corpo

⁴⁷ Sobre o tema veja-se: ARENDT, Hannah. O que é autoridade. In: **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

⁴⁸ Como diz o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli os direitos fundamentais surgem historicamente como reivindicações dos mais débeis, dos mais fracos, e no caso das revoluções liberais, surgem como reivindicações da classe burguesa que iram culminar na positivação dos primeiros direitos fundamentais de liberdade (Veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, 180 p.).

⁴⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 66.

estranho, que nada fazia e poderiam ser suprimidos sem afetar a essência da Nação. Muito pelo contrário, pois as coisas poderiam andar melhor sem o estorvo desse conjunto parasita.

Na defesa do voto *per capita*, tema central do funcionamento dos Estados Gerais, Sieyès argumenta que a vontade nacional é o resultado das vontades individuais, assim como a Nação é o conjunto dos indivíduos. A Nação é um conjunto de indivíduos de quase 27 milhões de franceses e os privilegiados são apenas 200 mil nobres ou sacerdotes. A força da nação, do povo, está no número, já que todos os representantes, burgueses, nobres ou sacerdotes, teriam somente um voto (é o voto *per capita*: cada homem um voto)⁵⁰.

O vigário de Chartres, também deputado eleito pelo Terceiro Estado, notadamente ocupado em estabelecer um entendimento de igualdade político-jurídica a partir da igualdade perante a lei. Característica absolutamente racionalista, de direito natural racionalista, pois não é por acaso que todas as declarações de direitos fundamentais se iniciam pela igualdade. Em sua obra famosa ele pergunta e responde: O que é o Terceiro Estado? Segue com suas perguntas: “*O que é uma Nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura*”⁵¹. Dessa forma, ele ressalta a importância da lei. Sua perspectiva é puramente jurídica. Não foi objetivo da obra qualquer tipo de análise econômica ou social: o Terceiro Estado é apresentado como um bloco monolítico de quase 27 milhões de indivíduos iguais. A única distinção feita na obra é a que contrasta “privilegiados” com “não privilegiados”.

Para Sieyès, a nação – no sentido de povo – se identificava com o Terceiro Estado, e com a ideia de sufrágio censitário que iria vigorar essa seria representada pela burguesia. Como muito bem explicou Hermann Heller, sobre a luta da burguesia para limitar o poder do Estado absoluto, no sentido que: “*na Revolução Francesa, o setor burguês do povo que chegou a adquirir uma consciência política, a nação na acepção francesa, conseguiu alcançar para si a decisão consciente sobre a forma de existência do Estado e, com isso, o poder constituinte*”⁵².

Embora o Terceiro Estado possuísse todo o necessário para constituir uma nação, na interpretação do momento pré-revolucionário ele nada era na França do antigo regime, pois a nobreza havia usurpado os direitos do povo, oprimindo-o, instituindo privilégios e exercendo as funções vitais no serviço público. Contra esta situação, o Terceiro Estado reivindicava apenas uma

⁵⁰ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. p. 67.

⁵¹ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. p. 69.

⁵² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo G. da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 326.

parte do que, por justiça, lhe caberia. A burguesia não queria ser tudo, mas queria, no mínimo, escolher seus representantes no próprio Terceiro Estado, ter igual número de deputados que os outros dois estados e poder ter as votações nos Estados Gerais por cabeça, não por ordem.

Sieyès⁵³ escreveu que o povo “quer ter verdadeiros representantes nos Estados Gerais, ou seja, deputados oriundos de sua ordem, hábeis em interpretar sua vontade e defender seus interesses”. Sobre a desigualdade do absolutismo monárquico quanto ao poder de decisão, Sieyès⁵⁴ anotou que ao Terceiro Estado “[...] é certo que não possa vir a votar nos Estados Gerais, se não tiver uma influência pelo menos igual à dos privilegiados, e com um número de representantes igual ao das outras duas ordens juntas”. E criticou a vazia decisão de somente duplicar o número de deputados do Terceiro Estado enquanto “[...] esta igualdade de representação se tornaria perfeitamente ilusória se cada câmara votasse separadamente”. Assim, Sieyès conclui categoricamente que “*o Terceiro Estado pede, pois, que os votos sejam emitidos por cabeça e não por ordem*”.

Quem interpreta adequadamente, ao que nos parece, essa não absorção de Sieyès é Aurélio Wander Bastos na introdução brasileira da obra de Sieyès⁵⁵:

Sendo um ativista político e, quem sabe, por isto mesmo, Sieyès está muito mais preocupado com a pragmática eleitoral do que com as teorias sobre formas de organização de um novo Estado. Para ele o que importa é definir meios e alternativas eleitorais que transfiram o controle do poder das ordens privilegiadas – o clero e a nobreza (os notáveis) – para o Terceiro Estado, ou o estado plano como também à época se denominou.

De todas as formas, procurando fundamentar estas reivindicações no Direito, Sieyès desenvolveu o seu pensamento jurídico nos dois capítulos finais do famoso folheto, partindo do modo representativo de governo para chegar, pela primeira vez, a uma distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos⁵⁶.

Sieyès distinguiu três épocas na formação das sociedades políticas. Na primeira, há uma quantidade de indivíduos isolados que, pelo fato de quererem reunir-se, têm todos os direitos de uma nação, restando apenas exercê-los. Na segunda época, reúnem-se para deliberar sobre as necessidades públicas e os meios de provê-las. A sociedade política atua, então, por meio de uma vontade real comum. Na terceira época, surge o governo exercido por procuração: os

⁵³ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. p. 78.

⁵⁴ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. p. 78.

⁵⁵ BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. p. xxiii.

⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 60.

representados escolhem seus representantes para velar por suas necessidades. Neste momento já não atua uma vontade comum real, mas sim, uma vontade comum representativa. Os representantes não a exercem por direito próprio e nem sequer têm a plenitude do seu exercício.

Em última análise, ao procurar fundamentar juridicamente as reivindicações da classe burguesa, Sieyès foi buscar fora do ordenamento jurídico positivo, que ele considerava injusto, um Direito superior, o Direito Natural do povo de autoconstituir-se, a fim de justificar a renovação da mesma ordem jurídica, ou seja, através do Poder Constituinte⁵⁷. A justificativa do exercício do Poder Constituinte será um fator metajurídico que irá corrigir a uma situação de injustiça extrema.

5. A ASSEMBLÉIA DOS ESTADOS GERAIS SE CONSTITUI EM UMA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: A VITÓRIA DO TERCEIRO ESTADO RUMO A REVOLUÇÃO QUE COLOCARÁ FIM AO ANTIGO REGIME

Os acontecimentos históricos que seguem a eleição e reunião dos chamados Estados Gerais darão razão a teoria e obra do abade Sieyès. Alguns detalhes são interessantes serem expostos para que tenhamos uma idéia do clima da reunião da Assembléia dos Estados Gerais.

Antes da reunião de 5 de maio de 1789 em Versalhes, segundo Mathiez⁵⁸, a Corte fez questão de manter rigorosa diferença de tratamento e uma irritante separação entre os deputados do clero e da nobreza com relação aos deputados da burguesia. O rei recebia aos deputados das duas ordens privilegiadas na sala de audiências cercado das maiores atenções e pompas, enquanto que recebia aos deputados da ordem dos comuns com desdém no quarto de dormir e em grupos. Cada detalhe fazia crescer a revolta no espírito dos burgueses. “O Terceiro Estado será obrigado a usar um traje oficial todo preto, que, na sua simplicidade, contrastava de maneira chocante com as rendas e os chamalotes dourados das duas primeiras ordens”⁵⁹. Historicamente marcou o desfile de abertura dos Estados Gerais, em 4 de maio de 1789, essa diferença que assinalava para uma exagerada singeleza dos trajes dos membros do Terceiro Estado, ainda que todas essas tentativas de humilhação fizessem com que o Terceiro Estado tenha se unido ainda mais. Enquanto as portas principais se abriam para a entrada dos deputados do clero e da nobreza, finalizando um desfile com toda a pompa possível, os deputados do Terceiro

⁵⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 60.

⁵⁸ MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol. I. p. 55.

⁵⁹ MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol. I. p. 55.

Estado por uma porta lateral entravam na sala reservada à primeira reunião da Assembléia dos Estados Gerais no Palácio de Versalhes. Na sessão de abertura no dia seguinte, 5 de maio, ainda mais agravaram a má impressão e a irritação causada pela falta de tato do rei Luis XVI, que “[...] em tom queixoso e sentimental [...] preveniu aos deputados contra as tendências inovadoras e convidou-os a se preocuparem, antes de mais nada, com os meios de encher as arcas do tesouro”⁶⁰. Por último, o primeiro ministro Necker fez um enfadonho e longo discurso cheio de cifras e não se pronunciou sobre a importantíssima questão do voto *per capita* para a decepção do todos.

Após o pronunciamento de Necker, ficou claro que o Terceiro Estado sempre perderia por dois a um pelas regras de 1614 do voto por ordem. Ao dia seguinte os representantes dos comuns começam a campanha pelo voto por cabeça. Após semanas de conversações e discussões, os deputados da burguesia conseguem o apoio da maioria do clero – de seus representantes que pertenciam ao baixo clero – e de parte da nobreza liberal para o voto por cabeça. Diante desse fato, declaram-se representar a 98% dos franceses, e por isso no dia 17 de junho se proclamam, levando em conta as idéias de Sieyès, uma Assembléia Nacional. O rei tenta dissolvê-los, fechando a sala do Palácio de Versalhes na qual se reuniam. Os deputados não se intimidam, buscam outra sala pelo palácio adentro e numa sala usada pela corte para praticar um jogo da época, a sala do Jogo da Péla, certos de sua missão histórica juram: “[...] nunca separar-se e reunir-se em todos os lugares onde as circunstâncias o exigirem até que a Constituição seja estabelecida e assentada sobre fundamentos sólidos”⁶¹. É o famoso juramento da Sala do Jogo da Péla do dia 20 de junho de 1789, com o qual a Assembléia Nacional se proclama agora como uma Assembléia Nacional Constituinte, a primeira do constitucionalismo moderno.

A partir desse fato, Luis XVI continua a dar mostras de sua total falta de sensibilidade política, seguidamente aos mesmos acontecimentos de junho reage e ameaça aos deputados discursando no sentido de que ele era o rei e único e verdadeiro representante dos franceses, assim afirmando que nenhum projeto aprovado pela assembléia rebelde teria força de lei sem sua aprovação. A miopia de Luis XVI não lhe fazia ver que a Revolução apenas começava. Como prova de força o rei concentra suas tropas em Versalhes e Paris, preparando a dissolução da Assembléia. Demite Necker, ainda popular por suas posições comedidas. O conde de Mirabeau que lhe terá

⁶⁰ MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol. I. p. 59-60.

⁶¹ EPIN, Bernard. **Revolução Francesa**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 26.

que dizer publicamente como resposta ao seu intempestivo pronunciamento de que não toleraria uma revolta: “é uma revolta? Não, majestade, é uma revolução”⁶².

Os poucos quilômetros de distância entre Versalhes e Paris, uns 20 km, permitiam que as notícias chegassem rapidamente à capital. Os parisienses saíam às ruas, reuniam-se em locais públicos para informar, discutir e decidir que havia chegado o momento de uma rebelião popular sem precedentes, certamente não se sabia que se tratava de uma Revolução que iria marcar toda a humanidade. Evidentemente que o espírito de revolta tomou conta do movimento que saiu de todo e qualquer possível controle, levando a um sem fim de acontecimento entre os quais o de 14 de julho é o mais emblemático, a tomada da Bastilha, e que marca a data da Revolução Francesa. A notícia irá influenciar a todo o mundo da época, nas palavras de Michelet⁶³, sobre o episódio da ocupação da Bastilha por populares teve um significado simbólico ainda maior: “Todas as nações, à notícia de sua ruína, acreditaram-se libertadas”. A queda da Bastilha foi a primeira verdadeira vitória popular, uma demonstração de força sem precedentes, pois era a famosa prisão política da monarquia absoluta. É certo dizer que o sentimento de medo acompanhou aos franceses no período revolucionário. Os boatos nas cidades eram muitos e no campo a partir de julho instalou-se o que Georges Lefebvre⁶⁴ chamará de *o grande medo de julho de 1789*, a revolta camponesa provocada pelas más colheitas dos últimos anos, pelo desemprego e a fome, pelos séculos de exploração e pelas dívidas que os faziam servos eternos dos senhores donos das terras. Castelos foram incendiados, nobres tiveram que fugir para não morrer assassinados pela ira que se instalou pelos condenados a viver como miseráveis⁶⁵.

Dessa maneira, foi então que a Assembléia Nacional Constituinte, agora instalada em Paris, resolve no dia 4 de agosto decretar o fim do feudalismo, o fim dos direitos feudais, declarando a igualdade entre todos com o fim dos privilégios. Somente assim foi possível apaziguar a revolta no campo e o Grande Medo. Ato seguinte a Assembléia decide aprovar uma Declaração de Direitos do Homem, para deixar claro que os Direitos Naturais do Homem deveriam ser estipulados antes mesmo de terminar sua função de dotar a nação francesa de uma constituição. Então em 26 de

⁶² MADELIN, Louis. Sieyès. p. 52.

⁶³ MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa**: da queda da Bastilha à festa da federação. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989. p. 156.

⁶⁴ LEFEBVRE, Georges. **O surgimento da Revolução Francesa**. p. 173.

⁶⁵ *Le Grande Peur de 1789* foi a obra, escrita em 1927, que consagrou Georges Lefebvre como historiador. Exatamente o Grande Medo se deu entre 20 de junho até 6 de agosto de 1789. Da consagração da Assembléia Nacional Constituinte até que a mesma decretou o fim de todos os direitos feudais.

agosto de 1789 é aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão composta por 17 artigos. Na Declaração aprovada estão estipulados os direitos do homem e do cidadão burguês revolucionário de 1789.

Por culpa de muitos acontecimentos posteriores demorará a finalização dos trabalhos da constituinte instalada em 1789; entre outros, em 6 de outubro a família real é trazida a força pelo povo ao Palácio das Tulherias (*Palais des Tuleries*), os nobres exilados começam a organizar com algumas monarquias vizinhas uma guerra contra-revolucionária, o rei e rainha tentam fugir da França em julho de 1790, a discussão e aprovação da constituição civil do clero, a guerra contra-revolucionária, e assim somente em 1791 é finalizado o exercício do poder constituinte e dissolvida a Assembléia Nacional Constituinte. Convocada agora eleições para uma Assembléia Legislativa. Todo esforço resultaria tarde demais, pois a Revolução seguia e a Constituição Monárquica aprovada já não cabia para a França de então, uma vez que a constituição de 1791 mal entraria em vigor, pois a guerra contra-revolucionária e sobretudo as jornadas do dia 10 de agosto de 1792, levariam a convocação de uma nova Assembléia Nacional Constituinte: agora chamada de Convenção Nacional, em homenagem à Convenção da Filadélfia de 1787, para novamente exercer o poder constituinte. Pois uma nova revolução dentro da Revolução havia acontecido, um novo fator metajurídico havia acontecido, o rei e a família real haviam sido presos nas jornadas do dia 10 de agosto e a República havia sido proclamada oficialmente em 21 de setembro e no dia seguinte, 22 de setembro, uma nova era com calendário novo e tudo mais, a Convenção Francesa se inaugurava e uma nova constituição seria elaborada.

Para o nosso trabalho é importante ressaltar que a obra do abade Sieyès vigorou e sobreviveu ao seu tempo. Também eleito deputado na nova assembléia constituinte, o vigário de Chartres seguiria sua função de mediador entre a direita dos chamados girondinos e a esquerda mais feroz dos montanheses jacobinos. Certamente a história da Revolução Francesa é apaixonante, mas o objeto de nosso texto fica o dito de que a Teoria do Poder Constituinte teve sua origem na obra do abade, uma teoria democrática e que é atual até hoje.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais podemos dizer que:

O pensamento de Sieyès desenvolveu-se nos moldes do direito natural racionalismo

iluminista, do contratualismo e da ideologia liberal da época. Ele dedicou-se a construir um conceito racional de Poder Constituinte, levando em conta o problema da sua natureza e da sua titularidade, bem como apresentando a sua solução. Sobre a natureza jurídica do Poder Constituinte admitindo-se a positividade como o único modo de ser do Direito e sendo certo que o Poder Constituinte é anterior ao Direito Positivo, não pode ser considerado um poder jurídico⁶⁶.

Depreende-se daí que o Poder Constituinte Originário, a princípio, não está, necessariamente, obrigado pela ordem pretérita e, portanto, não se funda em nenhum poder jurídico⁶⁷. Funda-se sim em um poder político e metajurídico que pode ser através do nascimento de um novo país (independência, separação, fusão etc), de uma Revolução (legítima), de um golpe de Estado (ilegítimo exercício do Poder Constituinte) e de um autêntico processo de redemocratização.

O Poder Constituinte é, assim, um poder advindo da soberania natural do conjunto da sociedade, e é seu titular legítimo o povo que o exerce através de seus representantes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. O que é autoridade. *In: Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1979.

BERCOVICI, Gilberto. Poder Constituinte Originário. *In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 271-273.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

⁶⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 60-61.

⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 61.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. **Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara - Veredas do Direito**. Vol. 3, Nº5 - p. 31-45 - Jan-Jun 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O Contrato Constitucional**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE VEGA, Pedro. **La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.

DIAZ, Elias. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11 - n. 1 - p. 09-25 / jan-jun 2006.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno**: novas perspectiva. Tradução de António M. Hespanha e Cristina N, da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. Título original:

EPIN, Bernard. **Revolução Francesa**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibañez e Andrea Greppi Madrid: Trotta, 1999. Título original:

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 97-98.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. Título original: *Costituzione*.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução: Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014. Título original: *Costituzionalismo*.

GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo democrático**: La sala de máquinas de la Constitución. Buenos Aires: Katz, 2015.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. **Teoría de la Revolución**: Sistema e historia. 2 ed. México/Madrid: Plaza y Valdés, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione como Scienza della Cultura**. Roma: Carocci, 2001. Título original:

HAMPSON, Norman. **Historia social de La Revolución Francesa**. Tradução de Javier Pradera. Madrid: Alianza Universidad, 1970. Título original: *A Social History of the French Revolution*.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo G. da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original:

LEFEBVRE, Georges. **O surgimento da Revolução Francesa**. Tradução de Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. Título original: *Quatre-vingt-neuf*.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Forense, 2004. Título original: *El sentimiento constitucional*.

MADELIN, Louis. Sieyès. *In: Los hombres de la Revolución Francesa*. Buenos Aires: Vergara, 2004. p. 301-333. Título original: *Les hommes de la Révolution*, 1928.

MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1993.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. La naturaleza emancipadora de los procesos constituyente democráticos: avances y retorsesos. **Por una Asamblea Constituyente**. Madrid: Sequitur, 2012. p. 13-28.

MATHIEZ, Albert. **História da Revolução Francesa**, Vol I: A queda da realeza (1787-1792). Tradução de Paulo Zing. São Paulo: Atena Editora, s.d. Título original:

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. Título original: *Organizzazione del potere e libertà*.

MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa**: da queda da Bastilha à festa da federação. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 288 p.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio. El patriotismo constitucional. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 20, p. 39-62.

PÉRONNET, Michel. **Revolução Francesa em 50 palavras-chaves**. Tradução de Rita Braga. São Paulo: Brasiliense, 1989. Título original: *Les mots clefs de la Révolution Française*.

PISARELLO, Gerardo. Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **El constitucionalismo de los derechos**: Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Una filosofía del Derecho en modelos históricos**: De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo constitucional**. Bogotá: Universidade do Externado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Assembléia Constituinte é golpe!** Em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/9.pdf> Acesso em: 1 agosto 2016.

O OBJETIVISMO ÉTICO MÍNIMO: PRESSUPOSTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA FILOSOFIA JURÍDICA COMUM AO MUNDO LATINO

Rafael Padilha dos Santos¹

Orlando Luiz Zanon Junior²

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é contribuir com as discussões tendentes à formação da base teórica para a construção de uma filosofia jurídica comum ao mundo latino mediante uma abordagem que parte do estudo do objetivismo ético mínimo em matéria valorativa sob o modelo do construtivismo ético.

O estímulo inicial para redação veio da proposta trazida pelo Prof. Manuel Atienza, na oportunidade em que coordenou a Escola de Altos Estudos realizada na Universidade do Vale do Itajaí (Univali), no ano de 2015. Seu enfoque foi expor os pressupostos que entendia necessários para a construção de uma proposição pós-positivista para a filosofia jurídica no âmbito dos países latinos³. Tal proposta teórica deveria se ater, grosso modo, a três linhas de enfoque principais, cada uma herdada de uma das principais correntes paradigmáticas da Ciência Jurídica, consistentes na formação de consenso quanto a um objetivismo ético mínimo (como um legado do Jusnaturalismo), no emprego do método analítico (de importância destacada no Juspositivismo) e na viabilidade de sua implementação social (uma herança das teorias críticas)⁴.

Dentre estes amplos itens de discussão, reputou-se adequado iniciar justamente pela

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Pós-graduado pela UNIVALI e pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina (EMPSC) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Advogado.

² Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Juiz de Direito. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ).

³ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015. Sobre o tema, há também um vídeo disponível em: <http://justiciayargumentacion.blogspot.com.br/2015/04/manuel-atiienza-una-filosofia-del.html>. Acesso em: 22.08.2015.

⁴ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social”.

polêmica referente àquilo que o mencionado jurista chamou de objetivismo ético mínimo, alegando se tratar de ingrediente indispensável para se viabilizar algum consenso sobre uma matriz filosófica adequada para o âmbito dos países latinos. Evidentemente, tal tema merece um aprofundamento, para fins de, num primeiro item do texto, expor detalhes da proposta do jurista em tela e contextualizá-la no âmbito das discussões paradigmáticas hodiernas da Ciência Jurídica, que contrapõem argumentos de viés jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista. Superada esta seção inicial, importa partir para o assunto atinente à viabilidade (ou não) de estruturação de uma base teórica que, de forma harmônica e concatenada (sem mixagens)⁵, possa amparar tal proposição filosófica. E, por fim, em uma terceira linha de abordagem, importa discutir sobre o delicado aspecto referente à interpretação do objetivismo mínimo ético dentro de um modelo de construtivismo ético, para envolver nessa linha a reflexão sobre o discurso moral, sua relação com os direitos humanos, e sua contextualização como proposta filosófica ao mundo latino.

Fixado o referente e estabelecidas as hipóteses a serem discutidas, cabe fazer alguns registros quanto à metodologia empregada, no sentido de que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica⁶.

1. CONCEITO DE OBJETIVISMO ÉTICO MÍNIMO

Esta primeira seção do texto visa explicitar as peculiaridades principais da proposta do professor Manuel Atienza quanto à importância de se discutir sobre o objetivismo ético mínimo como pressuposto para construção de uma filosofia jurídica para o mundo latino. Tal proposição merece ser contextualizada no âmbito das atuais discussões quanto aos paradigmas clássicos da ciência jurídica (Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico) e suas diversas propostas de superação (Pós-positivismo).

Para ingressar em tal tema é necessário antes expor dois esclarecimentos iniciais sobre o pensamento do professor Atienza quanto à Ciência Jurídica e seus principais paradigmas, de modo a servirem de embasamento para o ingresso no foco da discussão.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 507.

⁶ PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

A primeira de tais considerações diz respeito ao entendimento do jurista em tela no sentido de que a Ciência Jurídica não teria as mesmas características de outros estudos científicos, a exemplo da Física, da Matemática e da Química. Isto porque, segundo ele, as disciplinas jurídicas não são alimentadas por saberes universais da mesma maneira como ocorre com as proposições teóricas dos físicos, matemáticos e químicos (dentro outros), de modo que um instituto jurídico empregado em determinada realidade não será, necessariamente, passível de simples importação e aplicação em outro contexto, diferentemente do que ocorre com os resultados das pesquisas dos cientistas⁷. Daí resulta o primeiro argumento para construção de uma filosofia jurídica para os países latinos, porquanto a ausência de uma universalidade científica quanto aos institutos jurídicos recomenda que se construam bases teóricas em cenários com raízes jurídicas similares.

Prosseguindo nesta primeira consideração, o professor Atienza tem argumentado que o Direito é o objeto de estudo de uma espécie de “tecno-práxis”, ou seja, de algo como uma tecnologia que instrumentaliza uma espécie de ciência prática⁸. Embora o autor não tenha deixado claro os contornos de tal categoria, mesmo assim é possível interpretá-lo, mediante recurso à classificação aristotélica das áreas de conhecimento em geral, mormente considerando a importância que o jusfilósofo em tela confere à obra do estagirita. Sem embargo, Aristóteles classifica os conhecimentos em: a) ciências teóricas (*theoría*), baseadas em juízos de cunho universal e necessário (o quê efetivamente é na natureza), cuja finalidade é conhecer a verdade, como a Física em sentido amplo (englobando a Física propriamente dita e, também, a Biologia, a Botânica, a Zoologia, a Cosmologia etc), a Matemática (abrangendo a Aritmética, a Geometria, a Astronomia e a Música) e a filosofia primeira (*próte philosophia* ou, como posteriormente chamada, Metafísica ou Ontologia⁹); b) ciências práticas (*práxis*), baseadas em juízos hipotéticos e disjuntivos (o quê é possível nas ações humanas), voltadas à ação humana direcionada ao

⁷ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “La ficción consiste en suponer que la filosofía del Derecho es un tipo de actividad semejante a la matemática, la física y la biología, en el sentido de que, tanto en un campo como en los otros, existen instituciones de ámbito mundial que integran a la comunidad de sus cultivadores (la IVR para los iusfilósofos), organizan congresos de ámbito mundial en los que se discuten los avances en la materia siguiendo las reglas del diálogo racional, etc. [...] Simplemente, el Derecho no es como las matemáticas, como la biología o como la física. Hoy por hoy, la “ciencia del Derecho” (en el sentido amplio e impreciso de la expresión) sigue siendo, en muy buena medida, una ciencia de cada pueblo o de cada cultura”.

⁸ Tal expressão (“tecno-práxis”) foi expressamente mencionada pelo Professor Manuel Atienza pessoalmente para os autores deste texto e, inclusive, perante o auditório do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando de sua palestra “Nem positivismo jurídico, nem neoconstitucionalismo. Uma teoria pós-positivista do direito”, proferida em 13.08.2015 (a veiculação do ocorrido data de 14.08.2015), conforme notícia disponibilizada em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 22.08.2015.

⁹ CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. V. 1. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 507: “Como Aristóteles afirmou que a Filosofia Primeira estuda o ser enquanto ser, Jacobus Thomasius, filósofo alemão do século XVII, propôs o nome *Ontologia* para a obra aristotélica que a tradição chama de *Metafísica*”.

atingimento do bem, como a Ética e a Política; e, c) artes e técnicas produtivas (*tékhne*), voltadas à construção de uma obra, como a Poesia, o Teatro, a Pintura, a Escultura etc¹⁰. Outrossim, tendo em conta tal divisão estruturada dos saberes, pode-se perceber que o jurista europeu afasta a Ciência Jurídica das ciências teóricas e lhe enquadra como uma espécie mista das duas outras (ciências práticas e técnicas produtivas), talvez porque na segunda estão a Ética e a Política e na terceira se encontra a Retórica, sendo que todos estes três campos do saber são indispensáveis à Ciência Jurídica.

Fixada esta característica, cabe expor um segundo argumento, referente à tese de que uma nova matriz disciplinar da Ciência Jurídica (entendida como “tecno-práxis”) não pode desconsiderar as contribuições dos anteriores modelos do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico, para o fim de resultar em uma proposta Pós-positivista útil ao desenvolvimento de um sistema jurisdicional mais sofisticado. Aliás, de cada um destes campos de estudo poderia se extrair um dos elementos relevantes para construção de uma filosofia jurídica para o mundo latino, como já exposto na introdução.

Sem embargo, o Jusnaturalismo foi o paradigma mais durador da ciência jurídica, cujas raízes remontam à corrente naturalística da Sofística (Hípias e Antifonte)¹¹, tendo influenciado os estudos jurídicos até a consolidação juspositivista, em meados do século XIX. A característica mais marcante de tal modelo teórico consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão. Nesta linha de raciocínio, o Direito Natural seria anterior e hierarquicamente mais elevado do que a legislação, cabendo apenas ser racionalmente reconhecido e incorporado ao sistema positivo para fins sancionatórios¹². Sua queda decorreu principalmente do baixo grau de

¹⁰ ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 171-178. E CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. V. 1. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 338-346. E p. 456-457: “A sabedoria prática (*phrónesis*) é a disposição racional para a boa deliberação, segundo a regra certa da virtude. A arte (*tékhne*) é a disposição racional para produzir coisas em conformidade com certas regras e modelos. A ciência (*epistémē*) é a disposição racional para conhecer o universal e eterno; é ensinável ou comunicável aos outros”.

¹¹ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: filosofia pagã antiga**. V. 1. São Paulo: Paulus, 2003. p. 81: “Nasce assim a distinção entre um direito ou uma lei da natureza e um direito positivo, posto pelos homens. O primeiro é eternamente válido, o segundo contingente”.

¹² ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 100: “Todos (o, al menos, la inmensa mayoría de) los autores que se califican a si mismos o que son calificados de iusnaturalistas parecen haber defendido estas dos tesis: 1) además, y por encima, del Derecho positivo (de la ley humana) exuste un Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y de principios válidos para todos los tiempos y lugares; 2) el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (a menos, em sus principios fundamentales) com el Derecho natural, esto es, si es justo”. PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p.296-300, especialmente p. 297: “En esta definición aparecen los

segurança jurídica que proporcionava, haja vista que o intérprete tinha grande margem de flexibilidade para superar a legislação escrita, mediante a criação ou invocação de postulados do Direito Natural no momento de tomada da decisão¹³. Apesar disto, o professor espanhol sustenta que tal linha de pensamento deixou um relevante legado, referente ao destaque que conferiu às discussões de moralidade política, as quais são indispensáveis à Ciência Jurídica, posto que o Direito não visa a qualquer fim, mas sim focar o atingimento de determinados valores caros a cada comunidade (legitimidade ética).

O Positivismo Jurídico foi desenvolvido justamente com a finalidade de superar as deficiências do jusnaturalismo quanto à segurança jurídica, porquanto a observação estrita de postulados escritos formalmente em diplomas legislativos, mediante um esforço interpretativo de viés subsuntivo (enquadramento dos fatos nas Regras Jurídicas), permitiria maior previsibilidade da resposta estatal e facilitaria a sindicabilidade democrática (*accountability*)¹⁴. Sua fase inicial é chamada de Juspositivismo Exegético (ou Paleopositivismo) e tem como principal característica a crença de que seria possível construir um Direito Positivo tão completo e perfeito que o juiz poderia ser apenas a “boca da lei” (*Bouche de la Loi*), aplicando a regra democraticamente posta pelo legislador sem interferências subjetivas e inseguras, porquanto proscriu o recurso a postulados jusnaturalísticos (geralmente extraídos da Moral). As falhas descritivas e prescritivas de tal etapa inicial recomendaram reparos *ad hoc* nesta base teórica, dando ensejo à fase do Juspositivismo Normativista, desenvolvido por expoentes como Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio, que resultaram na versão mais avançada da matriz disciplinar, cujas cinco características principais já foram detalhadas em estudo anterior¹⁵, cabendo apenas mencionar que consistem em, primeiro, separação entre Direito e Moral (embora com diferenças

rasgos básicos de la teoría iusnaturalista: se trata de una teoría que defiende la existencia de un *Derecho distinto al Derecho positivo, anterior y superior* a él y que prevalece en caso de conflicto con el mismo. Además, puede conocerse por parte de sus destinatarios”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 70-74. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 22-23.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 48-49: “Apenas com uma condição poderíamos concordar em reconhecer como direito unicamente aquilo que é justo: com a condição de que a justiça fosse uma verdade evidente ou no mínimo demonstrável como uma verdade matemática e, portanto, nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto. E essa na realidade sempre foi a pretensão do jusnaturalismo nas suas várias fases históricas. [...] Mas, então, se a observação da natureza não oferece um apoio suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça só pode levar a uma única e grave consequência: à destruição de um dos valores fundamentais em que se apoia o direito positivo (entenda-se o direito válido), o valor da *certeza*”.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 40: “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei”.

¹⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo Jurídico 1: conceito e características centrais. **Revista Jurídica**, Blumenau, v. 17, n. 33, p. 127-146, 2013.

entre as modalidades inclusiva ou exclusiva); segundo, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por Regras positivadas; terceiro, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; quarto, aplicação do Direito posto mediante subsunção; e, quinto, discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*)¹⁶. Embora todas estas cinco características estejam em flagrante e insuperável descrédito¹⁷, o professor Atienza alerta que não se pode olvidar da importância do emprego do método analítico, tipicamente utilizado pelos juspositivistas clássicos, para auxiliar na construção de uma filosofia jurídica para o mundo latino.

No estado atual de discussões sobre o desenvolvimento da Ciência Jurídica, alguns autores vêm defendendo a importância de manutenção do paradigma juspositivista, mediante a correção de alguns pontos ou a adição de outros, a exemplo do Luigi Ferrajoli, que propõe uma versão neopositivista de perfil garantista, mediante a reinserção da dimensão estática no sistema jurídico, a qual seria constituída por princípios constitucionais¹⁸. De outro lado, diversos juristas têm trabalhado as críticas a tal corrente de pensamento e, conseqüentemente, vêm defendendo a necessidade de construção de uma nova base paradigmática para superar as insustentáveis teses juspositivistas, as quais, além de não descreverem bem a realidade, tampouco oferecem soluções razoáveis aos problemas que se apresentam, de modo a contaminar as duas faces da Ciência Jurídica (descritiva e prescritiva). Tal vertente de pensamento é chamada coletivamente de Pós-positivismo, embora seus expoentes estejam calcados em bases filosóficas diversas, cabendo agrupá-los, grosso modo, em procedimentalistas (Robert Alexy), substancialistas (Ronald Myles Dworkin e Lenio Luiz Streck) e pragmatistas (Richard Allen Posner). Adicionalmente a estas três linhas, pode também ser incluída a corrente dos estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*), que enfocam a natureza ideológica e política do fenômeno jurídico e, assim, negam a importância de uma efetiva matriz disciplinar sobre o tema¹⁹. Todas estas linhas mencionadas têm, em geral,

¹⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo Jurídico 1: conceito e características centrais. **Revista Jurídica**, Blumenau. v. 17. n. 33, p. 127-146, 2013.

¹⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo Jurídico 2: crítica às características centrais. **Direito e Democracia**, Canoas. v. 13, n. 1, p. 21-46, 2012.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 801-804. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 328: “O resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídica e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, quer dizer, a sua juridificação por meio da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural”.

¹⁹ POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XXV: “Tratava-se, basicamente, de uma retomada do realismo jurídico de uma ótica radicalmente intransigente. [...] Os adeptos dos estudos jurídicos críticos, por sua vez, afirmavam que o direito não passa de política – e que o mesmo acontece com as ciências sociais (a não ser, talvez, a teoria crítica influenciada pelo marxismo), especialmente a análise econômica do direito, contra a qual esses estudiosos dirigiram

suscitado a importância de se focar o aspecto prático (ou pragmático) do Direito, de modo a prescrever soluções para os problemas surgidos no funcionamento do sistema jurídico, sendo este o terceiro ponto de interesse para construção de uma nova proposta teórica.

Diante desta ampla discussão, o professor espanhol em questão defende que o aperfeiçoamento da “tecno-práxis” jurídica não pode implicar um retorno ao já superado modelo do Jusnaturalismo, embora não possa desconsiderar a importância da fixação de uma pauta ética e, também, de alguma margem de flexibilidade ao intérprete e aplicador²⁰. Também alegou que o Positivismo Jurídico é uma construção teórica insuficiente, que merece ser superada, até porque sequer apresenta uma teoria da argumentação, que considera indispensável para amparar a tomada de decisões, em que pese mereça ser preservado o rigor do método analítico dos juspositivistas clássicos²¹. A resposta, então, residiria na construção de uma nova proposta de viés pós-positivista, com enfoque na aplicabilidade prática do Direito²². Daí que cada um destes três elementos mencionados como relevantes para a construção paradigmática (objetivismo ético, método analítico e implementação social) refere-se a um aspecto de importância de cada uma destas linhas de pensamento (Jusnaturalismo, Juspositivismo e Teorias Críticas, respectivamente).

Fixadas estas duas considerações propedêuticas, importa esclarecer qual o significado de objetivismo ético mínimo e, também, expor os motivos pelos quais se trata de ingrediente indispensável para se construir uma Filosofia do Direito para o mundo latino, de acordo com o professor Manuel Atienza.

Segundo o jurista espanhol, o objetivismo ético mínimo é necessário à construção de um

suas baterias”. DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 143-144: “The rise and fall of what was called ‘critical legal studies’ in American law schools provides an even better example of the same phenomenon. The ‘Crits’, as they called themselves, were anxious to debunk the widespread assumption that law is the product of legal officials trying to work out a coherent set of principles of personal and political morality for the regulation of social and commercial interaction. Crits aimed to expose the contradictions in legal doctrine produced by powerful groups pursuing their own interests rather than the impact of moral and political principle”.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “La superación del positivismo jurídico no supone (no debe suponer) una vuelta al Derecho natural”.

²¹ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica”.

²² ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “Pero, al mismo tiempo, aunque uno no pueda ser ya ni positivista, ni iusnaturalista, ni ‘crítico’, no veo ninguna razón para dejar de apropiarse de lo que pudiera haber (de lo que hay) de valioso en esas (o en otras) tradiciones, para no tener hacia ellas –si se me permite hablar así– una actitud no sólo pragmática, sino incluso ‘oportunistas’”.

novo modelo disciplinar de filosofia jurídica para o mundo latino, porquanto a fundamentação das decisões jurídicas (dentre as quais estão as judiciais) não tem condições de prescindir de critérios éticos, sob pena de ser inviável sequer se cogitar da justificação quanto à sua legitimidade. Notadamente, a própria causa originária de existência do Ordenamento Jurídico reside em postulados supraleais, os quais são, em última instância, o fundamento precípua das deliberações jurisdicionais, sem os quais elas caem em um vazio de sentido. Um exemplo nítido disto é a própria justificativa dos direitos fundamentais, que são inseridos nos diversos sistemas jurídicos como variações de importância que a respectiva comunidade política confere a determinadas prerrogativas (*rights*) das pessoas. Daí que a própria existência de um sistema jurídico depende de questionamentos acerca de sua legitimidade ética, na qual repousa sua base de sustentação²³. Considerando isto, pode-se acrescentar ao comentário do jurisfilósofo em tela que o tratamento de tais assuntos no bojo da Ciência Jurídica é um imperativo para a correta descrição da realidade concreta, de modo que os juristas não caiam na ilusão de que se trata de algo externo e irrelevante ao operador jurídico (é necessário ao caráter descritivo da Ciência do Direito).

Além de necessário, o autor sustenta, em um segundo momento, que o objetivismo ético mínimo representa também um elemento relevante para a esmerada fundamentação das decisões jurídicas. Isto porque, além de ser inegável o ingresso de argumentos éticos na formação dos Ordenamentos Jurídicos, também é recomendável que efetivamente sejam empregados como critérios para que as decisões sejam valorativamente carregadas, justamente para que possam dar conta do desenvolvimento axiológico do sistema de maneira coerente (caráter prescritivo da Ciência Jurídica). Com efeito, a decisão é o resultado de uma interpretação operada em um processo argumentativo dialético que visa, justamente, a reconstrução institucional do Direito para fins do atingimento de determinadas finalidades, que são axiologicamente importantes para a Sociedade, residindo exatamente aí sua legitimidade²⁴.

²³ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “Como él [Carlos Nino] no se cansó de defender, el Derecho no es un fenómeno insular, y la filosofía del Derecho tiene que entenderse en términos de interconexión con la filosofía moral y la filosofía política”.

²⁴ ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “Sin embargo, las cosas son muy distintas para quien ve el Derecho como una práctica social, pues desde esta última perspectiva la interpretación adquiere una importancia esencial: mediante la interpretación se trata de desarrollar los valores de esa práctica, sin salirse de la misma: interpretar no es inventar. No se puede, por ello, interpretar sin asumir un punto de vista interno a la práctica, esto es, sin aceptar los valores de la práctica; el propósito de la interpretación ha de ser el de desarrollar esos valores de una manera coherente. Y esto significa que no es posible tampoco establecer una separación estricta entre la labor de los

Diante de tais exigências para correção da Ciência Jurídica nos seus aspectos descritivo e prescritivo, o professor em tela recomenda que o objetivismo ético não implique um retorno ao Jusnaturalismo, haja vista que efetivamente não existe um Direito Natural do qual se possa extrair leis universais. Outrossim, sem desconsiderar o fato de que o Direito é um fenômeno artificial (ou seja, sem ignorar a tese das fontes sociais – *social fact thesis*), é preciso que seja construída uma base axiológica para amparar a tomada de decisões jurídicas. E tal base, como já mencionaram outros pensadores da linha argumentativa (a exemplo de Jürgen Habermas e de Robert Alexy²⁵), reside justamente na pretensão de correção, ou seja, na ideia de que as decisões são formadas mediante o embate de argumentos voltados à sua qualificação ética, sob pena de se incorrer em grave erro performativo, capaz de implicar até a invalidade da interpretação. Neste sentido, o objetivismo ético mínimo é um conceito que não tem relação com uma suposta verdade moral absoluta e definitiva, a qual poderia resultar num perigoso fanatismo, como temem alguns juspositivistas. Mas sim resultaria em um consenso baseado em argumentos racionais quanto à legitimidade ética da decisão em determinado contexto²⁶.

2. O OBJETIVISMO ÉTICO NOS LIMITES DA PRETENSÃO DE CORREÇÃO

Explicitada a ideia do professor Manuel Atienza quanto ao objetivismo ético mínimo e contextualizado tal tema nas discussões paradigmáticas atuais, consoante o item anterior, importa agora prosseguir com a discussão quanto à viabilidade (ou não) de estruturação de uma base

teóricos generales del Derecho, la de los dogmáticos o la de los operadores prácticos del Derecho. La teoría jurídica, en definitiva, no puede ser puramente descriptiva y explicativa: es también, esencialmente, normativa: dirige la práctica y se integra con ella” (grifou-se). E mais adiante: “Al interpretar se produce el paso de un enunciado (el enunciado a interpretar) a otro (el enunciado interpretado), lo cual puede expresarse en una operación lógica, pero lo que guía la interpretación no puede ser otra cosa que valores, de manera que una teoría de la interpretación tiene que contener también, necesariamente, un elemento axiológico: una filosofía moral y política” (grifou-se).

²⁵ ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008. p. 290: “This might be termed the dual-nature thesis. A central element of the real dimension of law is coercion or force. A central element of its ideal dimension is a claim to correctness, wich includes a claim to moral correctness and wich, if violated, implies legal defectiveness in normal cases and legal invalidity in extreme cases” (grifou-se).

²⁶ ATIENZA, Manuel. *Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca*. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>. Acesso em: 22.08.2015: “Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. [...] La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defiende la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles”. E mais adiante: “Y dado que una de esas reglas es la del carácter abierto del diálogo racional, lo que de ahí se sigue es que el procedimiento permite arribar a juicios de validez objetiva, pero no absoluta: nuevos argumentos no considerados hasta el momento podrían hacer que tuviésemos que corregir un juicio considerado hasta entonces como correcto. O sea, el objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta”.

teórica que, de forma harmônica e concatenada (sem mixagens), possa amparar tal proposição filosófica.

E nesse aspecto referente ao objetivismo ético caracterizado como pretensão de correção axiológica das decisões, cabe assinalar que a tese do professor espanhol se encontra em consonância com a Teoria Complexa do Direito, desenvolvida no âmbito da Univali, justamente a sede brasileira onde ele propôs a discussão sobre o tema. No ponto, não é ocioso assinalar que a referida teoria não surgiu motivada por uma eventual arrogância intelectual de simplesmente produzir algo original. Muito pelo contrário, tal teoria resultou de pesquisas de doutoramento que buscavam responder angustiantes dúvidas pessoais de seu autor, mediante o recurso às obras de grandes pensadores que já ganhavam projeção nos cenários acadêmico e forense brasileiros. A necessidade de construção de uma nova teoria original veio somente depois, quando se constatou que as teses já existentes mereciam uma rearticulação filosófica para ficarem mais afinadas ao contexto jurídico brasileiro. Daí que a ideia era justamente a mesma do professor espanhol, ou seja, promover a construção de uma Filosofia do Direito pragmaticamente adequada ao contexto. Notadamente, o propositor da Teoria Complexa do Direito buscou elementos teóricos extraídos das obras de reconhecidos autores estrategicamente selecionados para, então, apresentar uma proposta que pudesse ser empregada nas suas atividades acadêmicas e profissionais, da mesma forma que faz o anão que sobe nos ombros de gigantes para enxergar mais longe.

Daí que a referida proposição paradigmática para a Ciência Jurídica oferece alguns elementos que podem auxiliar na compreensão do objetivismo ético mínimo proposto pelo professor Manuel Atienza, cabendo trazer abaixo algumas referências neste sentido.

Primeiro, cabe anotar que a Teoria Complexa do Direito apresenta uma crítica à tese da separação abrupta entre Direito e Moral de viés juspositivista, baseada na ideia de que, a uma, são inegáveis os reflexos entre tais ordens sociais, que se conformam mutuamente, a despeito da vontade de purificação científica e de preservação da objetividade das disposições normativas; e, a duas, os temas morais estão intrinsecamente interligados com as questões jurídicas, porquanto voltados ao sentido material (axiológico) finalístico do Direito, que é disciplinar a tomada de decisões corretas, boas e justas (e não qualquer deliberação, a despeito de seu conteúdo)²⁷.

Embora seja inviável reproduzir aqui todos os argumentos que sustentam tal crítica ao

²⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 93-99.

postulado juspositivista (os quais constam de estudos anteriores), cabe aqui asseverar que tal conclusão não implica uma ofensa à tese das fontes sociais do Direito (*social fact thesis*), haja vista que a moralidade é evidentemente também considerada um produto cultural, passível de ser aferido cientificamente (sob um viés sociológico), cuja importância é inegável para a construção dos postulados jurídicos, seja na fase de positivação (construção dos Textos Legais) como também na etapa da decisão (conformação da Norma Jurídica que resolve o caso concreto)²⁸. Como já bem ressaltou Ronald Myles Dworkin, não existem partículas morais (*morons* ou *jusnaturons*) na natureza, ao lado das demais (prótons, elétrons, nêutrons etc), que permitam a extração de um Direito Natural absolutamente válido e, tampouco, existe um fundamento absoluto (*master fundamental principle*) que possa ser descoberto ou elaborado, do qual se possam valer as alegações morais para justificar sua veracidade²⁹. Mesmo assim, as ciências sociais apresentam claramente a existência de bases objetivas de moralidade política, que são construídas argumentativamente e merecem ser consideradas no tratamento de temas jurídicos.

Precisamente aí reside a demonstração de que os juspositivistas, ao se focarem estritamente na discussão analítica dos dispositivos positivados, acabaram deixando de tratar de um assunto imprescindível à Ciência Jurídica, que reside justamente nas questões de moralidade política que inegavelmente influenciam o legislador, o juiz e todos aqueles que tomam decisões em Sociedade. Embora seja de grande dificuldade construir consensos objetivos sobre temas referentes à moralidade política em cada comunidade, ante a difícil aferição de sua manifestação no cenário empírico, isto não significa que mereçam ser excluídos do campo de estudo dos juristas pela simples pretensão ideológica de objetividade e de pureza científica. Ora, se efetivamente existe uma moralidade política aferida cientificamente, se ela está inafastavelmente interligada ao Direito Positivo e, além disto, se ela é de suma relevância para justificar e legitimar os critérios jurídicos de decisão, isto implica que mereça ser igualmente objeto de estudo pela Ciência Jurídica, apesar de sua complexidade e fluidez.

Dito isso, em segundo, cabe acentuar que a Teoria Complexa do Direito apresenta uma classificação da moralidade política, vagamente inspirada na tese dworkiniana da co-originalidade. Notadamente, durante os aproximadamente primeiros quarenta anos em que Dworkin criticou a

²⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 123-125.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p: 117: “But when must a moral justification end because there is no more to say? It cannot end in the discovery of some master fundamental principle that is itself barely true, in some foundational statement about how things just are. There are no moral particles, and só there is no such principle” (grifou-se).

proposição juspositivista da separação (e, posteriormente, da indiferença) entre moralidade e juridicidade, as duas esferas eram tratadas separadamente, segundo o modelo dúplice (*two-system picture*). Só posteriormente, quando da elaboração da obra *Justice for Hedgehogs*, é que encontrou o motivo pelo qual a disputa filosófica com os juspositivistas não chegava a bons termos. O problema era a má visualização dos fenômenos em análise, haja vista que, em uma melhor consideração do assunto, a explicação da aproximação entre as ordens sociais é no sentido de que uma é especialização (ou subdivisão) da outra, ou seja, o Direito é um ramo do galho da moralidade política que, por sua vez, brota do tronco maior da Moral, segundo a imagem estrutural de uma árvore (*tree structure*)³⁰.

Com base em tal constatação, a moralidade política foi entendida como o gênero do qual Moral, Ética e Direito são espécies. Em uma brevíssima síntese, a Moral reflete a escala de valores de cada pessoa, voltada ao direcionamento daquilo que é certo ou errado (justo ou injusto), de acordo com seu conhecimento adquirido, de modo a orientar as suas deliberações (ou seja, é um conceito individual). A Ética consiste no conjunto de parâmetros valorativos convergentes em determinado grupo de pessoas ou comunidade individualmente identificável, de modo a orientar e delimitar as deliberações tomadas perante o agrupamento (daí seu caráter intersubjetivo). E o Direito é o instituto artificialmente criado para cristalizar os parâmetros morais e éticos de tomada de decisão e para fixar as consequências quanto à sua observância ou não, as quais são reforçadas institucionalmente, mediante estruturas políticas criadas para esta finalidade (logo, é um conceito intersubjetivo institucionalizado)³¹.

Nessa trilha lógica, cada uma das ordens de conduta sequer tem existência completamente autônoma, havendo uma relação de complementariedade entre elas. Tal confluência decorre de três aspectos correlacionados, quais sejam: a) Da relação derivativa, na medida em que uma origina a outra, partindo da moralidade, passando pela eticidade e, por fim, chegando à juridicidade, consoante uma abordagem histórica. b) Do condicionamento recíproco, porque as referidas esferas são reflexivas entre si, na medida em que aquilo tido por cada pessoa como correto (moralidade) é determinante para deliberar quais os valores e interesses convergentes dos grupos sociais majoritários e minoritários (eticidade), os quais, conseqüentemente, acabam influenciando as autoridades públicas na redação dos Textos Normativos (juridicidade). Isto se

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 405: “We can easily place the doctrinal concept of law in that tree structure: law is a branch, a subdivision, of political morality”.

³¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Moral, Ética e Direito. *Revista da Esmesc*, Florianópolis. v. 21, n. 27, p. 11-26, p. 2014. p. 24.

apresenta também no sentido inverso, haja vista que a interpretação da legislação, por via reflexiva, também influencia o que cada um entende por certo e justo, de modo a estabelecer um refluxo da juridicidade sobre a eticidade e a moralidade. c) Da mesma função, porque todas as três categorias são voltadas ao direcionamento das decisões em Sociedade, tanto para permitir a previsibilidade de determinadas condutas, como para estabelecer as consequências quanto à observância ou não dos postulados morais, éticos e jurídicos³².

E, terceiro, a Teoria Complexa do Direito igualmente afasta a possibilidade de estabelecimento de um parâmetro absolutamente verdadeiro de moralidade política, entretanto, reputa possível o estabelecimento de critérios objetivos pela via da discussão argumentativa, pautada pela pretensão de correção. Sem embargo, a referida proposta pós-positivista defende um engate entre as bases filosóficas da hermenêutica (Heidegger, Gadamer e Streck), com enfoque no âmbito da racionalidade individual, com os elementos das teorias discursivas e argumentativas (Habermas, Alexy e Atienza, dentre outros), como aprofundamento da racionalidade interindividual, para o desenvolvimento de um critério de veracidade paradigmática (transitória e passível de crítica) e não absoluta (imutável e inquestionável, portanto, dogmática)³³. De acordo com tal conjugação de fundamentos teóricos, foi tratada da possibilidade de construção de critérios de moralidade política mediante a busca pela formação de consensos, ainda que mediante a força da maioria (democrática), passíveis de críticas e vinculados ao contexto social e político da comunidade que promove a sua construção. Ainda que seja inviável aprofundar neste breve artigo científico toda a discussão que justifica a mencionada articulação de bases teóricas, a conclusão apresentada sobre o ponto refere que, efetivamente, a moralidade política (Moral, Ética e Direito) representa a construção de um objetivismo axiológico possível, pautado na pretensão de correção, para o estabelecimento da pauta de valores caros a cada comunidade.

Fixadas estas três premissas teóricas da Teoria Complexa do Direito, é inegável que a tríade converge com a proposta do professor Manuel Atienza, porquanto amparam a possibilidade de formação de um objetivismo ético mínimo, limitado à pretensão da correção, focado nas

³² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Moral, Ética e Direito. **Revista da Esmesc**, Florianópolis. v. 21, n. 27, p. 11-26, p. 2014. p. 22-24.

³³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 56: "Notadamente, o engate entre os níveis de racionalidade individual (hermenêutico) e intersubjetivo (argumentativo discursivo) com as bases epistemológicas de Kuhn, nos termos antes alinhavados, revela que a racionalidade humana é formada na linguagem, como *medium* de funcionamento e comunicação, razão pela qual é inviável a comprovação do atingimento efetivo da verdade no sentido absoluto. Outrossim, a alternativa remanescente reside no estabelecimento de verdades transitórias, formuladas com pretensão de correção, que persistem transitoriamente, até que ocorra novo salto paradigmático".

características dos países integrantes do mundo latino.

3. OBJETIVISMO ÉTICO MÍNIMO, O DISCURSO MORAL E O DIREITO

A importância de um objetivismo ético mínimo pode ser apreendida pelo exemplo dos direitos humanos, que não são simplesmente um produto convencional positivo, mas tem também fundamento em uma ética racionalmente fundamentada. No processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a UNESCO, consultando filósofos, elaborou o compilado *Human rights: comments and interpretations*³⁴, e na sua introdução a este compilado Jacques Maritain³⁵ afirma que a *UNESCO National Commission*, na reunião para debater sobre os direitos humanos, teve êxito em formular uma lista de direitos, conquanto a discussão ter envolvido representantes de ideologias opostas, porque tais representantes teriam afirmado: “‘Yes’, they said, ‘we agree about the rights but on condition that no one asks us why’”.³⁶ Segundo Maritain, o ponto de convergência não seria chegar a uma ideologia especulativa comum a todos (entre cristãos, muçulmanos, hebreus, liberais, socialistas tal convergência não seria possível), mas em princípios básicos de ação implícitos na consciência das pessoas, os quais constituem um denominador comum que consente a convergência entre teorias ideológicas divergentes, ou seja, o consenso é possível assumindo-se uma posição mais pragmática que teórica, através de conclusões práticas aceitáveis entre as partes, como admitir que a dignidade da pessoa humana deva ser resguardada.

O direito não pode ser interpretado apenas como um produto derivado da vontade emanada por uma autoridade competente, pois não é simplesmente uma realidade dada e não se resume a um ato de fixação, pois é o direito uma realidade dinâmica que consiste essencialmente em uma prática social complexa vinculada a uma pretensão de correção. O direito não se limita a alcançar apenas objetivos sociais, mas incorpora valores morais que não são apenas uma moral social, mas uma moral racionalmente fundamentada. Atienza³⁷ dá mais prioridade ao elemento valorativo do direito que ao autoritativo, o que não significa rejeitar integralmente o positivismo,

³⁴ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Human rights**: comments and interpretations. Symposium edited by UNESCO: Paris, 1948.

³⁵ MARITAIN, Jacques. Introduction. In: ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Human rights**: comments and interpretations. Symposium edited by UNESCO: Paris, 1948. p. I-IX; p. 1-2.

³⁶ MARITAIN, Jacques. Introduction. In: ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Human rights**: comments and interpretations. Symposium edited by UNESCO: Paris, 1948. Grifo do autor. p. I: “‘Sim’, eles disseram, ‘nós concordamos sobre os direitos, mas sob a condição de que ninguém nos pergunte o porquê.’” (Tradução do autor).

³⁷ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el derecho. Madrid: Pasos Perdidos, 2013. p. 39.

já que o positivismo fornece contribuições para a defesa dos valores do legalismo.

Esta concepção do direito, do modo proposto por Atienza, supõe uma maior necessidade de argumentação no direito, o que envolve considerações acerca da pretensão de correção. A pretensão de correção, na concepção de Habermas, afirma que uma norma vigente deve ser válida ou estar vigente, e para tanto envolve um desempenho discursivo pela argumentação e o alcance de um consenso racional, porém o consenso alcançado não gera um consentimento universal a uma ideia (como ocorre na pretensão de verdade), mas gera “a possibilidade de concordância universal com uma ideia.”³⁸

Seria assim possível falar, na linha de Alexy³⁹, de universalidade de estrutura dos direitos do homem, no sentido de serem direitos de todos contra todos, bem como na universalidade de validez, em que tais direitos valem moralmente por entender estarem justificados por cada um que aceite uma fundamentação racional. A razão jurídica não é assim mera razão instrumental, mas razão prática sobre os meios e os fins, em que o jurista não é orientado apenas ao êxito, mas pela ideia de correção, aspirando assim a justiça. Acrescenta-se ainda que em uma sociedade democrática é fundamental a justificação racional das decisões, de modo que a prática da justificação das decisões adquiere caráter racional por intermédio de critérios objetivos, como o princípio da universalidade, ou o da coerência ou o da integridade. Ademais, tratar da pretensão de correção envolve a consideração aos pressupostos universais da argumentação, na linha de Apel⁴⁰, e da ação comunicativa, na linha de Habermas⁴¹.

Para o mundo latino, o objetivismo ético mínimo proposto por Atienza não recorre ao direito natural, mas a uma forma de procedimento ou construtivismo moral que envolve a pretensão de correção, como expõe:

A alternativa deveria ser um objetivismo moral (mínimo) que, frente ao relativismo, defenda a tese de que os juízos morais incorporam uma pretensão de correção e, frente ao absolutismo, que os juízos morais (como os dos tribunais de última instância) incorporam razões últimas (no raciocínio prático), porém abertas à crítica e, portanto, falíveis.⁴²

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. 1997. p. 101: “la posibilidad de concordancia universal en una idea.” (Tradução do autor).

³⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2011. p. 47.

⁴⁰ APEL, Karl-Otto. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1998.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. 1997.

⁴² “La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defiende la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, y frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.” ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca**. Disponível em:

O significado de determinado juízo moral deve advir da prática social, vinculada à concepção de homem e sociedade, unida à conformidade a condições formais que fornecem os pressupostos e procedimentos do discurso. Portanto, um construtivismo ético como o proposto por Atienza segue a mesma linha de Nino⁴³, em que a fundamentação racional de juízos morais se baseia no contexto social do discurso moral que leva à superação de conflitos sociais e facilita a cooperação pelo consenso e na obediência a condições formais que satisfaçam tal procedimento discursivo.

Nessa ordem de ideias, Nino sustenta que existe um ponto de convergência entre os sistemas morais vigentes em diferentes sociedades e as concepções morais ideais, ainda que exista uma enorme diversidade em seus conteúdos. Em Estados Teocráticos as sociedades não se perguntam se algo deve ou não ser feito na medida em que tal teria sido disposto por um Deus, há apenas uma obediência ativa das pessoas. Porém, em uma sociedade democrática, é preciso pensar em um conceito de justificação para que os atos legislativos expressem efetivamente os fatos morais relevantes, em que é possível alcançar, por exemplo, uma certa concepção moral que reconheça direitos humanos básicos, tendo uma pretensão de validade universal.

Na concepção de Nino, para cumprir este desiderato, não é possível desnaturar a distinção entre moral social, positiva ou vigente, e moral ideal ou crítica. A moral social ou positiva é assim definida: “A moral social ou positiva é o *produto* da formulação e aceitação de juízos pelos quais se pretende realizar princípios de uma moral ideal.”⁴⁴ O discurso da moral positiva (em que se inclui os juízos relacionados à ordem jurídica) concerne ao raciocínio prático do homem “prudente” preocupado especialmente com as reações sociais que seus atos possam gerar, e este discurso refere-se aos princípios da moral ideal e não à moral vigente. Na moral ideal não se fala do homem prudente, mas do homem “moral”, cujo raciocínio prático volta-se à justificação de seus atos e decisões preocupado apenas pelos ditames de uma moral ideal. São justamente atos do homem “moral” que geram a sua versão positiva, já que a moral social se mantém enquanto convergir com os juízos morais críticos que as pessoas estão dispostas a elaborar.

Segundo Nino, a diferença entre a moral ideal e a moral positiva está em que a primeira

<<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo.html>>. p. 3. (Tradução do autor).

⁴³ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

⁴⁴ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 93: “La moral social o positiva es el *producto* de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal”. (Tradução do autor).

estabelece a validade e a segunda a aceitação social, ou seja, se juízos morais válidos (por correspondência à moral ideal) forem aceitos socialmente, então tais juízos da moral ideal fazem parte da moral positiva; se os juízos morais elaborados no contexto social forem válidos para uma moral ideal, então estariam sendo realizados princípios da moral ideal neste contexto social.

É preciso ainda considerar, na linha de Nino, que o direito e a moral devem ter pressupostos, objeto e conteúdo mínimos formulados à luz da função social que desempenham. Ambos cumprem a função social de reduzir os conflitos entre os indivíduos (causados, dentre outros, pela escassez de recursos, interesses conflitantes, falta de simpatia recíproca etc.) e promover a cooperação social (em razão, dentre outros, da escassez de recursos, fragilidade individual, igualdade aproximada etc.), o direito o faz pela autoridade e coerção, e a moral por sanções informais (como o ostracismo ou a exclusão social, a humilhação, irritação etc.), ou por intermédio de virtudes de caráter (como a beneficência, a sinceridade, imparcialidade etc.). A estes enfoques da moral, no entanto, é preciso unir o elemento discursivo ou argumentativo da moral social vinculado à aquisição de crenças morais, enquanto atividade consistente em oferecer argumentos favoráveis ou contrários a certas condutas ou pretensões. As crenças morais podem ser detectadas pelas reações diante de uma infração das regras morais e no exercício das virtudes, ou então em situações em que não há regras morais nem virtudes diretamente em jogo, como a discussão pública sobre a legitimidade da pena de morte, e por trás das crenças morais há o aspecto discursivo.

É preciso ainda considerar que o direito, para satisfazer sua função social, depende parcialmente das convicções morais das pessoas, pelos seguintes motivos relacionados por Nino⁴⁵: as regras e decisões dos órgãos jurídicos constituem por si mesmas razões auxiliares para as pessoas orientadas por razões morais de obediência ao que é determinado por uma instituição jurídica, em favor da realização dos atos determinados; há muitos casos em que as pessoas têm razões morais para fazer o mesmo que os órgãos jurídicos determinam, mas com total independência ao que tais órgãos tenham disposto, ou seja, para pessoas nestes casos as instituições jurídicas formam razões prudenciais que são meras coadjuvantes; há também casos em que determinado comportamento é favorecido por razões morais porque instituições consideraram legítimo o que está determinado. Isso significa que um sistema jurídico não pode conservar-se apenas sobre a base do temor ao emprego da coerção, porquanto é também preciso

⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 100.

unir a crença na legitimidade moral dos órgãos do sistema.

O discurso pelo qual as pessoas são favoráveis ou contrárias a certas condutas é uma prática social e historicamente contingente. Tal discurso moral consiste em uma técnica para se obter convergência de ações e práticas na base da coincidência de crenças em razões morais. Porém, este não pode ser um resultado casual, o discurso moral deve ser uma atitude submetida a determinadas regras que prevejam quais as condições para se alegar razões morais, do contrário, o discurso moral não satisfaria a sua função social. É preciso assim estabelecer regras para a formulação de juízos acerca da existência de razões para atuar, o que envolve a consideração a regras processuais subjacentes ao discurso moral.

Immanuel Kant⁴⁶ traça alguns aspectos formais básicos que um juízo moral deve ter para ser válido, como a autonomia, a universalidade e o não condicionamento a móbeis patológicos (como desejos e interesses contingentes). John Rawls⁴⁷ também expõe procedimentos para a prática do discurso moral, a exemplo de sua concepção de posição originária, que exige que determinadas condições sejam cumpridas para que exista a aceitação dos princípios de justiça. Além disso, Rawls fala de um equilíbrio reflexivo, um equilíbrio que deve ser alcançado entre determinadas convicções intuitivas e certos princípios gerais, alegando que seus dois princípios de justiça são aqueles que melhor se coadunam a tal teste do equilíbrio reflexivo. Nino entende, no entanto, que o equilíbrio reflexivo não deve se dar apenas por dois termos, mas por três: “convicções intuitivas particulares, princípios substantivos gerais que deem conta delas, e regras ou aspectos formais do discurso moral que permitam derivar tais princípios.”⁴⁸ Portanto, intuições que não se apoiam em princípios plausíveis não podem ser aceitas; princípios que não expressam convicções intuitivas devem ser modificados; assim como os princípios que parecem não derivar de regras formais do discurso moral; e devem ser reconstruídas tais regras formais quando elas não consentirem extrair de seu procedimento princípios plausíveis.

Para determinar os princípios a serem assumidos na moral positiva, não é satisfatório apenas admitir sua validade por força da aceitabilidade social de tais princípios, mas porque há um

⁴⁶ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band IV. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968. KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band V. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

⁴⁷ RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 106: “convicciones intuitivas particulares, principios sustantivos generales que den cuenta de ellas, y reglas o aspectos formales del discurso moral que permiten derivar tales principios”. (Tradução do autor).

procedimento para identificar regras formais do discurso moral que são relevantes para a justificação de tais princípios morais. Para verificar a adequação da forma do discurso moral vigente é preciso cercar-se de um teste independente, representado pelas funções sociais do discurso moral, que devem estar sendo cumpridas, o que também confere um caráter pragmático a tal teoria.

No tocante ao aspecto estrutural do discurso moral, Nino⁴⁹ considera que para tal discurso alcançar a convergência de ações e atitudes por intermédio da aceitação livre de princípios de conduta, as seguintes condições mínimas devem ser satisfeitas por tais princípios: **a)** públicos, pois tais princípios não podem ser secretos, a convergência exige o seu conhecimento por todos; **b)** gerais, pois tais princípios não se referem a casos individuais, as soluções normativas servem a casos baseados em propriedades e relações gerais; **c)** supervenientes às circunstâncias de fato, já que as circunstâncias que condicionam as diferentes soluções normativas devem ser passíveis de verificação por todos; **d)** universalidade, ou seja, que alguém possa justificar suas ações baseado em determinado princípio aplicável ao caso, de modo que todo participante no discurso moral possa também justificar suas ações e atitudes neste mesmo princípio, desde que os casos sejam equivalentes entre si, ou seja, o princípio moral constitui uma razão para todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias; **e)** constituem razões finais na justificativa de uma ação, ou seja, nenhuma outra razão pode prevalecer sobre a primazia do princípio, resultando assim em uma convergência de ações e atitudes.

A prática social do discurso moral, para alcançar uma convergência de ações e atitudes na aceitação de determinados princípios de conduta, apoia-se também na ideia de que o discurso moral deve adotar um ponto de vista comum para todos os participantes, para evitar que cada qual contamine sua decisão conforme ao que gostaria particularmente para si, maculando-a por interesses próprios. Por isso, a discussão moral deve levar com que cada participante decida do mesmo modo como decidiria na situação um árbitro ideal, porque o raciocínio moral exige a adoção de uma perspectiva imparcial ou desinteressada. Nino⁵⁰ adverte, no entanto, que é preciso reduzir ao mínimo os ingredientes fictícios desta ideia, preservando seu valor heurístico, mas prevenir que não se trata de elaborar uma estrutura da racionalidade de seres fantásticos, mas trata-se do raciocínio moral ordinário de cada pessoa em situações comuns e corriqueiras.

⁴⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 110.

⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 116.

Neste contexto, relacionando essas ideias expostas aos direitos humanos, é preciso frisar que estes envolvem uma tomada de posição de índole moral, além de precisarem ser justificados a partir de razões para não permanecerem inertes diante de posições opostas de fautores do despotismo. A questão não é escolher entre os que defendem e os que não defendem os direitos humanos, mas de determinar quais são tais direitos que devem ser tutelados e qual seu alcance, o que somente pode ser realizado mediante uma discussão racional no plano da filosofia moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma filosofia do direito para o mundo latino envolve pensar em uma concepção metaética que consente a fundamentação racional de juízos sobre princípios normativos de índole constitucional e/ou ligados aos direitos humanos. Os juízos morais não podem ser formulados ao vazio, mas pela prática do discurso ou argumentação moral que contribui para gerar critérios substantivos de conduta, enquanto técnica social para superar conflitos e promover a cooperação pelo consenso. Os juízos então são elaborados no contexto dessa prática social baseada em critérios processuais e substantivos de validação, em que os argumentos são considerados pertinentes pelo reconhecimento geral intersubjetivo em seu campo de aplicação.

A atividade de escutar as razões alheias, de refutar argumentos com outros cômicos da perspectiva do árbitro imparcial, de buscar convergir ações e atitudes sobre a base de uma aceitação voluntária dos mesmos princípios de conduta, reúnem-se em um construtivismo ético que deve fundamentar o objetivismo ético e, assim, contrapor-se ao dogmatismo ético, ao relativismo ético e ceticismo ético.

Deste modo, reforça-se com responsabilidade a visão dos juízos morais atrelados a pretensões de correção e incorporando a razões últimas suscetíveis de reformulação, aspectos estes elementares para um objetivismo ético no mundo latino do modo formulado por Atienza. Além disso, é essencial assumir uma postura pragmática⁵¹, para considerar a aplicabilidade prática do exposto, considerando que do discurso moral é possível extrair critérios que permitem justificar princípios substantivos como aqueles dos direitos humanos.

O discurso moral dirige-se à obtenção de consenso a que os participantes devem alcançar

⁵¹ “Em minha opinião, a teoria do Direito, que é costume elaborar nos países latinos (tanto a dogmática como a teoria geral), sofre precisamente desse defeito: da falta de pragmatismo, de incapacidade para incidir sobre as práticas jurídicas.” ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014. p. 76.

aceitando livremente os mesmos princípios de conduta, sendo que a reivindicação por uma razão envolve a reclamação por uma justificativa que seja aceitável coletivamente, e por isso, a justificação deve ser desinteressada. Essa ordem de ideias exige que no mundo latino se constitua uma consciência moral da humanidade sobre o valor dos direitos fundamentais e humanos capaz de imunizar contra concepções ideológicas tendentes a violar a dignidade da pessoa humana.

A formação de uma tal consciência moral é alcançada de modo eficaz pelo método da discussão racional, porém abre-se aqui o desafio de disseminar tais posições metaéticas no mundo latino, a fim de se chegar, como propõe Nino: “à formação de uma consciência moral esclarecida que sirva de último baluarte contra os assaltos à dignidade do homem.”⁵²

Este estudo partiu da proposta do Prof. Manuel Atienza de um modelo de filosofia do direito pragmaticamente útil, que envolve três elementos: o método analítico, o objetivismo ético e a implantação social, delimitando-se no aspecto do objetivismo ético, servindo assim de estímulo para a continuidade das reflexões acerca dos outros dois elementos indicados pelo Prof. Atienza, que não foram abordados neste texto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2011.

_____. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APEL, Karl-Otto. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1998.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2012.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010.

_____. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

_____. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el derecho**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

_____. **Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de Tuerca**. Disponível em: <<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/04/una-filosofia-del-derecho-para-el->

⁵² “para la formación de una conciencia moral esclarecida que sirva de último baluarte contra los asaltos a la dignidad del hombre.” NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 6.

mun.do.html>.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. V. 1. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. 1997.

KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band IV. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

_____. Kritik der praktischen Vernunft. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band V. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MARITAIN, Jacques. Introduction. In: ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Human rights**: comments and interpretations. Symposium edited by UNESCO: Paris, 1948.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. V. 1. São Paulo: Paulus, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Moral, Ética e Direito. **Revista da Esmesc**, Florianópolis. v. 21, n. 27, p. 11-26, p. 2014.

_____. Positivismo Jurídico 1: conceito e características centrais. **Revista Jurídica**, Blumenau. v. 17. n. 33, p. 127-146, 2013.

_____. Positivismo Jurídico 2: crítica às características centrais. **Direito e Democracia**, Canoas. v. 13, n. 1, p. 21-46, 2012.

_____. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS NULIDADES PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

INTRODUÇÃO

De início, importante destacar as palavras do Prof. Egas Dirceu Muniz de Aragão, quando disse que “É este um dos mais árduos capítulos do Código. Tanto faz que seja encarado por um ou por outro de seus ângulos, as dificuldades são grandes e pouco variam. Complexo para o legislador, que tem que elaborá-lo, e para o magistrado, que tem que aplicá-lo. Penoso para uma das partes, que vê perdido o seu esforço, e para a outra, que poderá sofrer os efeitos de um ato indevido”. E mais adiante completa: “Ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios”.²

Elas bem refletem o sentimento de todos que se deparam com o trato das nulidades (ou invalidades) processuais, em especial, quando diante de uma situação concreta em determinado processo: ao se constatar a existência de um defeito na formação do ato, a primeira tentativa é de superação, mas – por vezes – tal se mostra impossível e aí o reconhecimento da falha se torna necessário, fazendo cair por terra tempo e dedicação, prolongando um litígio e retardando a tão desejada pacificação social, objetivo maior do processo e da atuação do Estado no exercício da função jurisdicional³.

E justamente essa inquietação, esse desconforto, é que justifica tratar das nulidades processuais no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), já que a nova legislação – em que pese possa parecer a uma primeira vista (apenas parecer), apresentar poucas alterações, justifica um olhar mais atento em relação a tema tão instigante e tão complexo.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Processo Civil do Curso de Graduação em Direito da UFSC; Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau (Desembargador Substituto) do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público.

² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao código de processo civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³ Tanto é assim, que no art. 12, NCPC, foi inserida regra com o objetivo de minimizar o atraso que porventura venha a ocorrer: “Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que: I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução”.

Retroagindo no tempo, percebe-se que no Código de Processo Civil de 1939 a matéria foi tratada de modo inovador em relação ao sistema anterior, que era o chamado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, considerado – nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira – o primeiro instituto processual puramente brasileiro⁴. Naquele conjunto normativo havia uma descrição das nulidades que poderiam contaminar o ato processual, o que foi abandonado no CPC de 1939 e também no CPC de 1973.

O CPC de 2015 segue a mesma linha, mas inova – apesar de alterar fundamentalmente questões gramaticais –, na medida em que abre espaço para uma participação mais efetiva e concreta das partes na condução do feito. A co-responsabilidade, vista a partir de institutos como o negócio jurídico processual com a flexibilização de regras procedimentais e ampliação do contraditório, faz com que as nulidades processuais passem a ser examinadas com uma perspectiva mais ampla e com foco na finalidade do processo, não perdendo de vista o respeito ao devido processo legal.

Eis a pretensão deste estudo: descrever as teses que foram construídas a partir dos nossos modelos legislativos até o sistema de enfrentamento das nulidades adotado no CPC de 2015, destacando suas particularidades e possibilidades no contexto da lógica atual do processo civil.

1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA RELAÇÃO COM AS NULIDADES

Como bem recorda Cândido Rangel Dinamarco, “as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes”⁵, tudo como evidente manifestação da cláusula do devido processo legal, até porque as nulidades têm por consequência um desequilíbrio na relação processual.

É a busca do processo justo, com a compreensão de que, a violação de regras formais poderá comprometer o resultado final.

E para explicar essa relação, por mais evidente que seja, penso ser adequado resgatar a lição de dois dos maiores pensadores da teoria do direito: Hans Kelsen e Luigi Ferrajoli.

O primeiro, em sua “Teoria Pura do Direito”, ao tratar do direito material e do direito

⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. São Paulo: Conceito, 2015, p. 29.

⁵ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 615.

formal destaca o que chama de “conexão sistemática” e assim a explica:

As normas gerais criadas por via legislativa (como leis ou decretos) ou por via consuetudinária devem ser aplicadas pelos órgãos para tal competentes, os tribunais e as autoridades administrativas. Estes órgãos aplicadores do Direito tem de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se determine sob que condições um determinado individuo funciona como juiz ou autoridade administrativa. É, porém, necessário determinar também o processo pelo qual deve ser exercida a sua função, isto é, a aplicação de normas gerais.⁶

Há então uma dupla função da norma jurídica: de um lado determinar o processo a ser observado e, de outro, o conteúdo a ser aplicado na construção da “norma individual”.

Tais funções são inseparáveis.

Já Luigi Ferrajoli, em “*Principia Juris*”, nos apresenta um raciocínio que parte da distinção entre democracia formal e democracia substancial, onde a primeira cuida do “quem” e do “como”, ou seja, das formas e procedimentos idôneos para garantir que as decisões sejam expressões da vontade popular, ao passo que a segunda (democracia substancial), cuida do “que”, vale dizer, do conteúdo, já que a seu ver, a concepção meramente formal da democracia não é suficiente.⁷

Aqui, da mesma forma que na obra de Hans Kelsen, percebe-se que o aspecto formal e o aspecto material são indissociáveis. São duas caras da mesma moeda, não só da democracia, mas também de todo o direito positivo, não se podendo abrir mão de um sem que o outro seja afetado, ou até mesmo comprometido.

Seja na teoria política, seja na teoria do direito, a dualidade entre forma e conteúdo sempre estará presente, assim como sua inseparabilidade, a tal ponto de, em determinados momentos, a própria norma de conteúdo formal assumir, quando violada, um aspecto material: no dizer FERRAJOLI⁸ opera-se uma metamorfose onde as normas formais aparecem destacadas como normas substanciais vol. obre a produção das decisões que são ditadas justamente sobre sua violação.

Revela-se um aspecto material (substancial) na norma até então apresentada unicamente como formal.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 256.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoría de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 09.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoría de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 30.

Pois bem. Vencidas essas questões de ordem mais geral, e que mostram a indispensabilidade de atenção à forma de modo indissociável da substância, é o momento de examinar o ato processual em si e sua relação com as invalidades.

2. OS ATOS PROCESSUAIS (ATOS JURÍDICOS)

Como afirma ARAKEM DE ASSIS⁹, os fatos (os eventos e as condutas) interessam ao direito caso exista a previsão na norma jurídica.

É o suporte fático, e seu ingresso no mundo jurídico pressupõe o atendimento de certos elementos, de modo que, se há o preenchimento suficiente de tais elementos, o fato jurídico será existente.

A questão relacionada ao modo como tais elementos foram atendidos é o que diz respeito à sua validade (ou o plano da validade), “no qual o direito realiza a triagem entre os atos válidos e os atos inválidos ou não válidos. Já os eventos ficam confinados ao plano da existência. Eles jamais passam ao plano da validade, porque este envolve o elemento cerne do suporte fático – a vontade humana”.¹⁰

Daí possível afirmar que três são os planos de projeção que podem ser atingidos pelos atos processuais (atos jurídicos): o da existência, o da validade e o dos seus efeitos (eficácia) onde o último pressupõe o segundo e este, por evidente, pressupõe o primeiro.

Algo como: Existência - validade - eficácia, onde a eficácia pressupõe a validade, que pressupõe a existência.

E isso se dá porque o processo também se insere na categoria maior ato jurídico e, assim, igualmente se submete aos requisitos gerais de todos os atos jurídicos, a saber: capacidade dos agentes, licitude do objeto e forma prescrita ou não defesa em lei.

Os dois primeiros requisitos não se incluem unicamente no campo das nulidades, posto que o primeiro é elemento da formação da relação processual, ao passo que o segundo é relacionado ao objeto, do que cuidam, por exemplo, os arts. 139, III, e 142, NCPC¹¹.

⁹ ASSIS, Arakem de. **Processo civil brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1619.

¹⁰ ASSIS, Arakem de. **Processo civil brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1619.

¹¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias. Art. 142. Convencendo-se, pelas

E no caso da capacidade dos agentes, há incidência das regras do direito civil que se refletem na formação da relação processual: maioria, representação, assistência e capacidade postulatória.

Mas sem dúvida alguma é em relação ao terceiro dos elementos apontados como essenciais de todos os atos jurídicos (forma prescrita ou não proibida por lei), o momento onde se manifesta de modo mais intenso as invalidades processuais, já que diz respeito àquilo que é sua essência, ou seja, a forma (o modo) como são praticados.

E voltando aos três planos do ato jurídico ou do ato processual, é que constatamos que a inexistência efetivamente fica fora do regime das invalidades, já que, se um ato não existe, não há o que se reconhecer em termos de invalidades.

Nas palavras de Pontes de Miranda: “O que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito”.¹² É o não ato, existe no mundo dos fatos, mas não existe no mundo do direito (júri simulado, audiência simulada).

Situa-se em plano anterior ao campo das invalidades e mereceu atenção do legislador processual em alguns momentos, como se pode ver pela classificação dos chamados “pressupostos processuais”, os quais podem ser de existência (jurisdição e capacidade de ser parte) ou de validade da relação processual (inexistência de fatos impeditivos da relação processual - coisa julgada, litispendência, etc.; normas de procedimento; capacidade de estar em juízo; capacidade postulatória; competência e imparcialidade).

Assim, não há como afirmar que as inexistências são irrelevantes para o processo civil. É o que se vê de algumas previsões como, por exemplo, o art. 525, parágrafo 1º, inciso I, NCPC¹³, que prevê uma hipótese de ausência do ato que importará em considerar como “não ato” todo o processo a partir de quando tal deveria ter ocorrido.

Vencido isso, mais uma vez busco em Pontes de Miranda o rumo a ser seguido no trato da matéria, vencida a questão das inexistências: “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que

circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

¹² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Tomo III. 4ª Ed., rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42.

¹³ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”.

Em dado momento afirma: “dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar mudança de sexo ou abrir audiência na lua”.¹⁴

É bem verdade que os exemplos já foram superados, mas a distinção entre inexistência e nulidade ainda não. Tanto que o legislador atual corrigiu uma imperfeição do CPC/73. Seu art. 37 estava assim redigido:

Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz. Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por **inexistentes**, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

No NCPC, a matéria é tratada no art. 104, onde esta dito:

O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente. § 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exhibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz. § 2º O ato não ratificado será considerado **ineficaz** relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos.

Ocorreu, percebe-se, a substituição da palavra “inexistentes” por “ineficaz”, o que é o correto, por dois motivos fundamentais: 1) porque ali não há ausência de capacidade postulatória, mas sim impossibilidade de que ela produza seus efeitos naquele processo, já que está submetida a uma condição de eficácia: a sua apresentação na forma e prazo legal; e 2) porque assim é que esta colocado no art. 662, do Código Civil: “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”.

Com isso, mais claro fica o espaço de análise das nulidades: é o que foi feito, mas tem defeito.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Tomo III. 4ª Ed., rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 353.

3. AS NULIDADES PROCESSUAIS: TIPOLOGIA

De início, duas observações.

A primeira é de que, analisada a legislação a respeito no CPC/2015 (arts. 274 a 281, em especial), tem-se a mesma impressão retratada por Pontes de Miranda quando analisa o assunto e destaca que a preocupação do legislador foi maior com regras jurídicas contrárias às nulidades ou à sua decretação: “o legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos. A vida a roer os restos do medievalismo...”¹⁵

Permanece entre nós a lógica de que o sistema é feito para que não ocorram invalidades, de modo que sempre haverá a intenção de “salvar” o ato.

A segunda é de que há uma divergência estabelecida em relação a palavra utilizada para retratar o fenômeno: muitos apontam que a palavra “nulidade” é inadequada, posto que nulidade é o vício, é o defeito, ao passo que “invalidade” (a mais adequada) é o que resulta da desconstituição do ato e dos seus efeitos, além de ser o contrário de válido.

O legislador utilizou – a exemplo dos códigos anteriores – a palavra nulidades.

Dito isso, é preciso ainda observar que não se pode desconhecer que as nulidades não são tratadas apenas no direito processual, havendo quem aponte semelhanças com as nulidades do direito civil, e disso decorrem conseqüências importantes. A começar pelo detalhe de que, o conceito oferecido pelos estudiosos das nulidades do direito civil tem origem no direito privado, ao passo que o processo civil é ramo do direito público, o que explica a importante conclusão de que não há invalidade processual de pleno direito.

Todas precisam ser decretadas, isso porque “A relação entre Estado e indivíduo, exercendo aquele o poder e estando este em estado de sujeição, impede que a pessoa faça seu próprio juízo sobre a regularidade do ato e conclua por mostrar-se indiferente a ele”.¹⁶

Desta forma, pode-se afirmar que, ao contrário do que ocorre em direito civil, o ato processual produz efeitos até a decretação de sua invalidade já que, repito, não há invalidade (nulidade) de pleno direito. Todas precisam decretadas.

Quanto aos tipos de nulidades, antes mesmo do CPC de 1973, três importantes autores

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Tomo III. 4ª Ed., rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 353.

¹⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 605.

apresentaram teorias delineando o tema das nulidades no processo civil brasileiro, todos com a intenção de sistematizar sua compreensão: Pontes de Miranda, Galeno Lacerda e J. J. Calmon de Passos.

Mas, usando as palavras de Egas Dirceu Moniz de Aragão, foi Galeno Lacerda em 1953 em sua obra intitulada “Despacho Saneador” quem desvendou o sistema adotado pela lei à época vigente, identificando quatro pontos fundamentais no trato da questão: finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual. Com isso, no compreender de Egas, surgia a possibilidade de abandonar-se o subjetivismo que até então imperava no trato da matéria, o que entendia como possível extrair da classificação apresentada por J. J. Calmon de Passos que, em lado oposto, sustentava que todo o capítulo das nulidades deveriam estar subordinados aos “fins de justiça do processo”.¹⁷

E aqui surge uma primeira classificação com larga utilização entre a doutrina: Inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades e meras irregularidades, que emprega de modo muito claro dois critérios: a natureza da norma violada (cogente ou dispositiva) e o interesse tutelado (público ou privado).

Vencida a primeira categoria (inexistência) – e que já foi objeto de exame – as **nulidades absolutas** seriam aquelas em que há um vício mais grave (norma cogente), prevalecendo o interesse público a respeito do qual as partes não tem qualquer poder de disposição e que deve ser declarada de ofício pelo Juiz.^{18 19}

São vícios insanáveis.

Já as **nulidades relativas** são aqueles em que a norma violada diz respeito ao interesse da parte, sendo o vício do ato sanável. Necessita que a violação seja de norma cogente e o juiz esta autorizado a, de ofício, determinar a correção do ato.²⁰

Ao contrário da absoluta, onde o vício não pode ser corrigido pelo juiz, que se limita a decretar sua ocorrência, na relativa há possibilidade de sanar de ofício mesmo que as partes nada

¹⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao código de processo civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 289.

¹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao código de processo civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 293.

¹⁹ Exemplos no NCP: falta de fundamentação adequada (art. 489, par. 1º); sentença extra petita (art. 492); falta de título adequado (art. 803, I); cerceamento de defesa; violação de competência absoluta; reconhecimento de falta de pressuposto processual (art. 485, par. 3º, inciso IV).

²⁰ Vide: LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina. 1953.

tenham dito²¹.

São sanáveis.

Quanto às **anulabilidades**, há uma violação de norma dispositiva (que são raras no processo civil), de modo que o ato fica na esfera de disposição da parte e sua anulação somente poderá ocorrer mediante a reação do interessado, vedada a atuação de ofício do juiz²².

Por fim, as meras irregularidades, que são aqueles que a violação da norma processual não gera qualquer consequência. São defeitos mínimos (não usar vestes talares durante a sessão de julgamento, numeração equivocada da fls. do processo, art. 208, NCPC; descumprimento dos prazos do art. 226, NCPC; erro material da sentença – art. 494, I, NCPC).

Seguindo esta classificação temos autores como E. D. Moniz de Aragão e Araken de Assis.

Divergindo, autores como Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco, cabendo a este último explicitar o motivo da discordância: a impossibilidade de aceitação da anulabilidade em direito processual civil.

Diz ele:

A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de anulabilidade do ato processual e de ato processual anulável. Tais categorias são próprias do direito privado, que contempla duas espécies centrais de defeitos dos negócios jurídicos, a saber: a) os vícios radicais, que impedem desde logo a produção dos efeitos programados pelos agentes e caracterizam as nulidades de pleno direito, ou *pleno jure*; b) os vícios menos graves, que não impedem a produção de efeitos, mas deixam à parte inocente o direito potestativo de postular em juízo a subtração destes, pela técnica das anulabilidades e da anulação.²³

Mais à frente, é enfático: “muito diferentemente se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa”.²⁴

Em face disso, tais autores sustentam uma classificação em que temos: inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas (normas de interesse da parte, não conhecíveis de ofício e que devem ser argüidas na primeira oportunidade de manifestação) e meras irregularidades.

²¹ Exemplos no NCPC: constrição de bens absolutamente impenhoráveis (art. 833); defeito de representação (art. 76); citação em período de gala (art. 244, III, a qual poderá ser suprida na forma do art. 239, par. 1º).

²² Exemplos no NCPC: impenhorabilidade relativa (art. 834); ordem de ouvida na audiência (art. 361); falta de alegação de convenção de arbitragem (art. 337, par. 6º); violação do art. 486, par. 2º, e o réu nada diz.

²³ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 607.

²⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 608.

A par das acima colocadas, há mais uma classificação que merece registro.

Fredie Didier Jr. adota classificação que – diz ele – decorre da compreensão de somente há uma categoria que importa, que é a das invalidades processuais, sendo que a distinção deve ser feita a partir não dos tipos de invalidades, mas sim dos tipos de defeito processual.

Para ele temos:

1) Defeitos processuais que não geram qualquer invalidade: são os defeitos mínimos chamados por muitos como mera irregularidades (não usar a toga durante a sessão de julgamento no Tribunal). São as irregularidades.

2) defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada de ofício: são aquelas que tutelam interesses particulares, deve ser requerida pela parte na primeira oportunidade em que lhe cabe falar nos autos e, se não o fizer, dá-se a preclusão (exemplo: art. 337, parágrafo 6º, NCPC). São as anulabilidades.

3) defeitos processuais que pode ser decretados de ofício: é o caso de invalidades que decorrem de desrespeito a normas de procedimento. não há preclusão. São as nulidades absolutas.

4) defeitos processuais que apresentam invalidades que podem ser decretadas de ofício mas, se a parte nada disse na primeira oportunidade, há preclusão (caso da citação defeituosa, mas há a apresentação da resposta ou, ainda, do foro de eleição, mas não arguido pela parte). São as nulidades relativas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A primeira observação que merece ser feita, diz respeito a distinção entre nulidades cominadas (expressas) e não cominadas (implícitas).

No art. 276, NCPC, onde está dito que “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”, são descritas as nulidades cominadas, que tem como exemplos os arts. 279 e 280, estando ainda presente em diversos momentos do NCPC: arts. 11, 146, par. 7º, 190, par. único, 239, par. 1º, 272, par. 2º, 5º, 8º e 9º, 525, par. 1º, inciso I, 803, par. único, 1013, II e IV; 64, par. 4º; 803, e outros.

Já as não cominadas são aquelas onde a nulidade é desprovida de expressa estipulação nesse sentido. É o que decorre do art. 277, NCPC, onde está dito que “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Frente a isso, a questão que se coloca é: há compatibilidade entre esta classificação (nulidades cominadas e não cominadas) e as classificações anteriores (nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade)?

É um questionamento que leva a incertezas, já que o fato de se tratar de nulidade absoluta não importa em classificá-la como nulidade cominada, o mesmo valendo para a nulidade relativa e a nulidade não cominada. Afinal, a invalidade somente será inevitável quando, além de cominada, for absoluta, e mais por ser absoluta do que por ser cominada. E seguindo em tal raciocínio, é possível afirmar que podemos ter nulidades absolutas cominadas, nulidades absolutas não cominadas, relativas cominadas e relativas não cominadas.

Para alguns autores, o que de fato acontece, é que a separação entre nulidades cominadas e não cominadas, é uma classificação que remete ao já mencionado Regulamento 737 de 1850, permanecendo de modo inadequado em nosso sistema processual.

Naquela legislação, o art. 672 dizia que eram nulos os processos “§ 1.º Sendo as partes ou algumas dellas incompetentes e não legitimas como o falso, e não bastante procurador, a mulher não commerciante sem outorga do marido, o menor ou pessoas semelhantes sem tutor ou curador. § 2.º Faltando-lhes alguma fórma ou termo essencial. § 3.º Preterindo-se alguma fórma que o Codigo exige com pena de nullidade”.

No artigo seguinte descrevia quais eram as “formulas, e termos essenciaes do processo”: a conciliação, a primeira citação pessoal na causa principal e na execução, a contestação, a dilação das provas, a sentença, a publicação da sentença, a exibição inicial dos instrumentos do contrato, nos casos em que o Codigo a considera essencial para a admissão da ação em Juizo, a citação da mulher quando a ação ou a execução versam sobre bens de raiz, a penhora, etc.

E na sequência afirmava:

Art. 674. As referidas nullidades podem ser allegadas em qualquer tempo e instancia; annullam o processo desde o termo em que se ellas deram quanto aos actos relativos, dependentes e consequentes; não podem ser suppridas pelo Juiz, mas sómente ratificadas pelas partes. Art. 675. As demais formulas não referidas no art. 673 se haverão por suppridas si as partes as não arguierem,

quando, depois que ellas ocorrerem, lhes competir o direito de contestar (art. 97), allegar afinal (art. 226), ou embargar na execução (arts. 575 e 576).

Contudo, o que ocorreu é que, nos Códigos subseqüentes, a técnica de elencar quais eram as nulidades foi abandonada, optando-se critério diverso, tanto que a cominação não foi um critério levado em consideração, nem por Galeno Lacerda e muito menos por J. J. Calmon de Passos.

Quem os levou em consideração foi Pontes de Miranda²⁵, dizendo ele que

No sistema jurídico do Código de Processo Civil de 1973, tal como antes, há distinção que esta à base mesma da sua teoria das nulidades: nulidades cominadas, isto é, nulidades derivadas da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídica processual, a sanção seria a nulidade; nulidades não cominadas, isto é, nulidades que resultam da infração de regras jurídicas processuais, mas para as quais não se disse, explicitamente, que a sanção seria a nulidade.

Com os demais, chegou-se a conclusão de que é impossível ao legislador prever todas as formas possíveis e imagináveis de violação da norma jurídica. Além disso, é preciso deixar alguma margem de liberdade para adaptação de novas e melhores formulações que podem e que efetivamente surgem com o passar dos anos e o aprimoramento da técnica processual.

No dizer de C. R. Dinamarco²⁶:

Racionalmente, o legislador toma consciência de sua própria falibilidade e, renunciando à utópica aspiração a um *numerus clausus* completo e sem omissões, resigna-se a especificar apenas algumas hipóteses em que o ato será nulo e, no mais, deixa ao intérprete a avaliação da aptidão de cada um deles a produzir o escopo para o qual foi concebido.

E é justamente por isso é que a manutenção deste modelo no CPC/2015 tem merecido críticas, apesar do reconhecimento do acerto da supressão da expressão “sem cominação de nulidade” no art. 277, que substituiu o art. 244, CPC/73.

Agora, adotada qualquer das classificações apresentadas, em que pese entender que as razões de C. R. Dinamarco para excluir as anulabilidades é de grande sentido, é preciso delimitar o campo de aplicação dos dispositivos que tratam do assunto no NCPC:

1) O art. 276 claramente só tem aplicação para as chamadas nulidades relativas, não havendo qualquer sentido em estender sua aplicação para as nulidades absolutas, já que elas

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Tomo III. 4ª Ed., rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 355.

²⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 610.

podem ser suscitadas a qualquer tempo e devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz. Adotada a classificação de Galeno Lacerda, tem aplicação apenas para as hipóteses de anulabilidades.

2) O art. 277, que trata do princípio da instrumentalidade das formas (se alcançada a finalidade tem-se por superada a nulidade), é norma que tem aplicação tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas. No caso da primeira, em que pese haver uma presunção de prejuízo, não há caráter absoluto e, se demonstrado o contrário, superada estará a questão. Na classificação de Galeno Lacerda, tal mereceria aplicação apenas nas nulidades relativas e anulabilidades.

3) O art. 278, não deixa dúvidas: o **caput** serve às nulidades relativas (e anulabilidade para Galeno), e o parágrafo único às nulidades absolutas.

4) O art. 279, apresenta uma regra de nulidade absoluta, mas que foi mitigada com o parágrafo 2º, vale dizer, incide o princípio da instrumentalidade das formas de modo a impedir a invalidação do processo se não há prejuízo.

5) O mesmo ocorre com as citações e as intimações previstas no art. 280, NCPC.

6) Por fim, o art. 282: apesar das divergências, tem-se como majoritária a compreensão de que se aplicam tanto as nulidades absolutas como às nulidades relativas.

Assim, em conclusão, é preciso destacar que – apesar do reconhecimento da importância da forma e do respeito ao devido processo legal – a intenção do legislador foi seguir os passos da doutrina e da jurisprudência no sentido de que é preciso reduzir a influência da forma, possibilitando sempre que possível o aproveitamento dos atos praticados, até porque – e isso precisa ser destacado em relação ao nosso momento processual – há uma co-responsabilidade na condução do feito.

E a palavra co-responsabilidade é a que, a meu ver, melhor retrata o movimento esperado da participação das partes no processo, em lugar da cooperação. Afinal, “Nada mais longe da realidade do que o ideal de cooperação entre as partes e o órgão judiciário. Entre as partes, reina a cizânia, cada qual buscando a satisfação do próprio interesse, e, não, a cooperação convergente reclamada imprópria e idealisticamente pelo art. 6º...”²⁷

Tudo a demonstrar que já não esta mais apenas nos ombros do juiz zelar pela adequada

²⁷ ASSIS, Arakem de. **Processo civil brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1632.

tramitação do feito. As partes têm espaço para influir e não utilizar de tais possibilidades é abrir mão de um processo democrático, agora explicitamente reconhecido por lei, se era o que faltava mesmo frente a sua previsão na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao código de processo civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSIS, Arakem de. **Processo civil brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, vol. 1.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoria de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina. 1953.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Tomo III. 4ª Ed., rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2001

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. São Paulo: Conceito, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Paulo de Tarso Brandão¹

INTRODUÇÃO

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, negando cautelar requerida em Ação Direta de Constitucionalidade, aforada pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), afirmou a possibilidade da execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Os autores propuseram as ações buscando suspender a execução antecipada das penas em casos de julgamento condenatório em segundo grau ainda pendentes o julgamento de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores (STF e STJ), uma vez essa questão havia sido decidida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Habeas Corpus, sem efeito vinculante, afirmando a possibilidade da execução nesse momento processual, mas diversos juízos no país vinham decidindo no mesmo sentido da antecipação da prisão sem que tivesse havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seguindo aquela decisão.

O presente trabalho pretende oferecer uma leitura e afirmar um posicionamento do autor no debate que se estabeleceu no Brasil após a decisão. Um expressivo número de juristas se colocou na posição de apoio à decisão do Supremo Tribunal Federal afirmando que não houve violação ao que se convencionou a chamar de princípio da presunção de inocência, ou da não presunção de culpabilidade. Outro grupo, também de considerável expressão numérica, ocupou a posição diametralmente oposta, afirmando, sim, a violação da referida norma constitucional.

É preciso lembrar que a decisão enfrentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que determina que a prisão decorrente de sentença penal condenatória somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão.

Evidente que a moldura para a decisão esteve e está no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e de 1988 e sobre esta norma é que o trabalho

¹ Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Permanente do Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ. E-mail: brandao@floripa.com.br.

preponderantemente se concentrará.

Para uma análise sobre o conteúdo normativo e sobre o direito fundamental que ele visa proteger é preciso, antes de tudo, rever a questão envolvendo a natureza das normas que garantem essa espécie e direitos no ordenamento jurídico brasileiro. No momento seguinte, é preciso debater qual a espécie de norma que o constituinte brasileiro elegeu como a mais adequada para garantir o respeito à presunção de inocência.

Por fim, em razão das posições tomadas acerca dos temas acima, surgirá necessariamente a opinião do autor sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que constitui a preocupação principal do trabalho.

Utilizou-se para construir o trabalho o método indutivo.

1. NORMAS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Um dos maiores problemas para a garantia dos Direitos Fundamentais no Brasil na atualidade é a identificação correta do conteúdo e da natureza das normas constitucionais que os garantem. Definir claramente qual a espécie de norma, quais as consequências de estar em uma ou outra espécie de norma e qual o limite do interprete diante dessas normas, é fundamental para definir o alcance e o limite de cada um dos Direitos Fundamentais garantidos na Constituição.

São vários os problemas que determinam a falta de clareza do trato dos Direitos Fundamentais e a forma de garanti-los e ainda o problema de suas limitações. Necessário, portanto, antes de adentrar no tema especificamente algumas superar alguns obstáculos que contribuem para essa opacidade.

O primeiro e talvez mais importante obstáculo reside no fato de uma grande parte dos doutrinadores brasileiros, e parece que agora parte dos Ministros do Supremo Tribunal também, utilizarem conceitos que não correspondem à família de direito e isso se dá, mas não só, em relação ao conceito das normas da espécie princípio.

A referência acima está relacionada ao fato da utilização dos conceitos advindo das lições de Ronald Dworkin e o tratamento das normas, regras e princípios, como se fossem adequados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Este tema já foi tratado em vários artigos anteriores e, em grande medida, é uma repetição do que já foi dito insistentemente, mas sempre fica a sensação de que é preciso insistir veementemente no tema. É por isso que ele (re)aparece aqui.

Dorkin escreve a desenvolve uma teoria do Direito para o direito anglo-americano. Em vários momentos de sua obra isso aparece claramente e em outras facilmente se depreende de sua argumentação. No capítulo 3, intitulado “O modelo de regras II”, de seu importante livro “Levando os direitos a sério”², Dworkin deixa bem claro que sua visão está dirigida para os sistemas jurídicos complexos, “como os que vigoram nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha”. Mais do que isso, no capítulo referido e no anterior, ao estabelecer sua posição, fica bem claro que o seu conceito de regra não se confunde com a noção de regra como aquele que é utilizado em sistema jurídico a que está filiado o Direito brasileiro. Mais importante, ainda, para o que será dito a seguir, é a diferença marcante entre a noção de Princípios para a teoria de Dworkin e para o sistema anglo-americano e aquela, pelo menos no âmbito do contexto normativo, que é adotada pelo Direito Brasileiro e para todos aqueles da tradição Romano-Germânica.

Para Dworkin as regras, sobre as quais ele lança pesadas dúvidas ao fazer seu contraponto com o positivismo, estariam ligadas aos enunciados de direitos e obrigações jurídicas, mas não resolvem inteiramente o problema do direito, que precisa dos princípios, que servem de padrões para aplicação do Direito. É por isso, ele afirma, que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras” e que ele ignora qualquer outro padrão que não é regra. Mais adiante, diz sobre o que entende por princípio (na acepção que interessa a este trabalho): “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.³

Vê-se, portanto, que, para Dworkin, princípio, em nenhuma das acepções que ele usa, corresponde ao conceito normativo (uma das acepções em que usado nos direitos de tradição Romano-Germânica). Ele o considera, na passagem acima, um elemento da decisão de não da normatividade.

O raciocínio de Dworkin é absolutamente correto e adequado para os sistemas jurídicos que estão na tradição daqueles sobre os quais recaíram seus estudos e que são alvos de sua

² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 73.

³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

preocupação. No entanto, quem estuda os sistemas jurídicos da tradição Romano-Germânica precisa estar atento para uma outra realidade jurídico-constitucional. O foco agora será dirigido para o ordenamento jurídico brasileiro e para a tradição na qual ele se encontra inserido.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema normativo é completamente diverso. Para este as normas são divididas em regras e princípios e estes dois tipos de normas são diferentes das normas e princípios no sistema Anglo-Americano. Observa Canotilho, evidentemente tratando com foco em ordenamento da mesma tradição do brasileiro⁴, que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.⁵

Na lição de Alexy “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”.⁶

Para Alexy, as regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”. Esclarece que “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Reforça sua lição afirmando que as regras “contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.⁷

O mesmo autor ensina que princípios, no sentido normativo, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.^{8,9}

No que se refere aos âmbitos das regras não há maiores complicações, ou não deveria haver, uma vez que elas expressam o mesmo conteúdo do que antigamente era entendido como norma, quando se fazia a diferenciação entre normas e princípios.

Já com relação a princípios e o papel que eles desempenham no âmbito do Direito brasileiro há alguns complicadores que precisam ser superados para que eles operem, em especial

⁴⁴ Com exceção de Dworkin, trazido aqui como contraponto por ser um autor que tem sido muito usado para tratar da aplicação da normas de Direitos Fundamentais no Brasil, de forma equivocada, todos os demais, em especial Canotilho e Alexy, que serão muito utilizados a seguir, lecionam para a mesma tradição do Direito brasileiro.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.144.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁹ Aparentemente há um reforço desnecessário no parágrafo em falar em “sentido normativo” e “são normas”. Na verdade, foi dito de forma intencional para chamar a atenção do leitor para um erro que é cometido frequentemente pelos estudantes menos atentos de falar em Princípio como se essa palavra tivesse um único sentido no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Não tem no Brasil, como não tem em Portugal ou na Alemanha. Aliás, como não tem nem mesmo para Dworkin e os sistemas para as quais ele escreve. Sobre esta última afirmação ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

para que eles cumpram a finalidade de garantir direitos fundamentais.

O primeiro ponto a ser considerado é que a **princípio** possui várias acepções que não podem ser confundidas.

Em uma das acepções, a palavra princípio corresponde ao “os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito” e “também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas”.¹⁰ A estes princípios Canotilho atribui o caráter de “parametricidade do direito suprapositivo” e ensina que eles têm a finalidade “densificar os Princípios Constitucionais normativos” (aqueles que são normas e que serão vistos adiante).¹¹ Aqui estão incluídos os princípios informadores do Direito Constitucional.

Outra acepção possível, também bem explicitado por Canotilho, é a que considera os princípios com parâmetros de interpretação das normas constitucionais. Segundo o autor, no catálogo desses princípios, “desenvolvido a partir de uma postura metódica concretizante”, estão, por exemplo, os princípios “da unidade da constituição”, “do efeito integrador”, “da máxima eficácia”, “‘justeza’ ou da conformidade funcional”, “da concordância prática ou da harmonização”, “a da força normativa da constituição”...¹²

A terceira, aquela que mais interessa aos limites do presente trabalho, é dos princípios como espécie de norma constitucional.

Nesta última acepção é que Alexy apresenta a definição referida anteriormente, ou seja “*princípios são normas*”.

Para Canotilho, muitas vezes, o estudo e a aplicação das normas da espécie princípios envolve uma complexidade decorrente de não ser observada uma questão fundamental: “saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm função retórica-argumentativa ou são normas de conduta”.¹³

Ainda nesta mesma acepção, de norma, os princípios se dividem, ensina Canotilho, em: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.¹⁴

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 910.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 910.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.207 a 1.210.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145.

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.149-1.151.

Os princípios jurídicos fundamentais, explica o autor, são “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.¹⁵ Aponta como exemplos o princípio da publicidade dos atos processuais e o do acesso ao Poder Judiciário.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são aqueles “que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.¹⁶ Entre eles se encontram os princípios que definem a forma de Estado, os que definem a forma de governo e, ainda, os estruturantes do regime político.

São princípios constitucionais impositivos “todos os que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização e a execução de tarefas”,¹⁷ como ocorre com o princípio da independência nacional e, entre nós, a vedação de modificação das cláusulas pétreas.

O mais importante dos tipos de princípios, para os limites do presente trabalho, são princípios-garantia. Segundo o autor citado, com apoio em outros importantes doutrinadores que ele define como maioria doutrinária sobre o tema, a estes princípios é “atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. Afirmar ainda, amparado em Karl Larenz e Eros Roberto Grau, que a estes está “o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação”.¹⁸ Seus exemplos para eles são o princípio da legalidade penal, o princípio do juiz natural, do *in dubio pro reo*, entre outros.

O que se pode verificar, então, é que não é possível falar sobre normas de direitos fundamentais sem fazer clara definição de se está tratando de regras ou de princípios e, ainda, saber identificar claramente quando se fala de princípios, qual a acepção na qual o termo é empregado. Sendo na acepção de norma, qual o tipo de norma que ele contém.

Pode-se concluir, com fundamento nas lições acima, que os Direitos Fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, são garantidos em normas que serão regras ou princípios e princípios do tipo “princípios garantias”.

Identificadas as normas garantidoras dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional, é preciso a seguir tratar da operação dessas normas na sua aplicação concreta.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.149.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.150.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.150-1.151.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.151.

2. CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de seguir adiante fica registrado que, de agora em diante, sempre o uso da expressão princípio será na acepção de norma e no sentido de princípio-garantia, conforme está na conclusão do item anterior.

O legislador constitucional brasileiro optou, seguindo orientação dos mais importantes doutrinadores de Direito Constitucional que escrevem para a tradição do direito que o Brasil adota, por prever os Direitos Fundamentais em regras e em princípios. Dependendo da espécie de norma eleita, a concretização de cada um desses direitos se dará de uma forma, segundo a opção do constituinte. Não se trata, é preciso deixar claro, da vaga ideia da vontade do legislador, tão criticada, mas simplesmente de levar a sério a norma constitucional que define e garante direitos fundamentais. Trata-se, como diz Alexy, “de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, levar a sério o texto constitucional”, uma vez que “é uma parte do postulado da vinculação à Constituição”.¹⁹

Para concretizar os Direitos Fundamentais assegurados na Constituição e cumprir a parte do postulado de vinculação à Constituição é preciso, no primeiro momento, identificar qual o tipo de norma que efetivamente o assegura. Esta questão, que aparentemente é mais difícil do que realmente é, estará envolvida no item seguinte, quando for debatida a norma jurídica que assegura a presunção de inocência.

Outro ponto a ser considerado, para o mesmo fim de concretização, é da prevalência de que tipo de norma quando entre diferentes Direitos Fundamentais possam existir, reais ou aparentes conflitos ou colisões. Claramente Alexy afirma, com muita propriedade, que as regras têm primazia na relação com os princípios. Após tecer considerações sobre o fato de as regras e princípios serem normas e que o legislador constituinte opta por positivar os Direitos Fundamentais em ou outro tipo de norma, diz que “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais a decisão a favor de certos princípios”. A seguir, afirmando que “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte”, conclui que “é por isso que as determinações estabelecidas no nível das

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”.²⁰

Por fim, um terceiro elemento fundamental para a compreensão e concretude dos Direitos Fundamentais é aquele que diz respeito à sua limitação. Sobre esse tema vale a pena lembrar a lição clara e precisa de Konrad Hesse, que segue rigorosamente o mesmo entendimento de Alexy.

Konrad Hesse reconhece que os Direitos Fundamentais (que chama de liberdades jurídico-fundamentais), são “liberdades jurídicas” e, por isso, podem ser limitados.²¹

No entanto, explica o mesmo autor, essa limitação também deve ser jurídica e, por isso, “podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição”.²²

Afirma Hesse que as formas de limitação devem ser buscadas nas próprias normas. A primeira forma diz respeito ao alcance material da norma que molda o Direito Fundamental, o que determinaria a limitação pela própria extensão da Norma. Outra forma de limitação está na presença de comandos normativos restritivos na própria Norma Constitucional que enuncia o direito fundamental. Ainda pode a Norma Constitucional que estabelece o direito fundamental determinar uma “reserva legal” pela qual “o legislador [infraconstitucional] fica autorizado a determinar os limites da garantia”. Faz neste ponto, uma diferenciação entre o que chama de restrição “por lei”, quando o próprio legislador efetua a limitação, e restrição “com base em uma lei”, quando o legislador “normaliza os pressupostos sob os quais órgãos do poder executivo ou judiciário podem, ou devem, realizar a limitação”.²³

A última forma de limitação, que ele chama de “coordenação de direitos de liberdades e outros bens jurídicos”, em que se encontram os Direitos Fundamentais estabelecidos no nível de Normas Constitucionais da espécie Princípios. Neste ponto observa que dos “limites da limitação admissíveis de Direitos Fundamentais pelo legislador, deve ser separada a questão sobre os limites do controle judicial dessa limitação”.²⁴ É neste espaço restrito, e só nele, que Hesse e Alexy admitem a ponderação. A ponderação, portanto, é uma forma de superação da eventual (observe-se: eventual!) colisão de normas da espécie princípio.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

²¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

²² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

²³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 251-253.

²⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

Quando trata do controle judicial dos limites, Konrad Hesse lança uma importante observação que deveria ser (e não é) observada no Brasil: “Aqui o juiz, não deve pôr sua concepção no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos, a não ser que a liberdade de decisão do legislador, fundada na ordem democrática da Lei Fundamental, deva ser mais limitada do que a Constituição prevê”.²⁵ Ou seja, o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode ampliar o direito fundamental e nunca restringi-lo. Para ser claro: não pode ampliar a limitação do Direito Fundamental.

A não observância por parte do aplicador dos Direitos Fundamentais dessas formas de limitação, gera o que o autor denominou de “escavação interna”²⁶ de Direitos Fundamentais.

Para a superação dessa deficiência na aplicação das Normas Constitucionais, com um olhar já adaptado ao sistema brasileiro, é possível encontrar nas lições de Konrad Hesse e Robert Alexy as chaves que permitem levar a sério as garantias estabelecidas na Constituição brasileira.

Sob esse enfoque é que será tratado, no item seguinte, o Direito Fundamental da presunção de inocência na ordem constitucional brasileira e analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal anunciada na introdução.

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADCS 43 E 44

Como afirmado na introdução o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados (CFOAB) aforaram no Supremo Tribunal Federal Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que receberam os números 43 e 44, respectivamente.

Os autores das ações pretendiam afirmar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal para garantir que uma decisão anterior do mesmo Supremo Tribunal Federal, em sede de **Habeas Corpus**, reconhecendo a possibilidade da prisão decorrente de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, mas ainda pendente de julgamento pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça). Embora a decisão que os Autores das ações pretendiam ver afastada não estivesse qualificada pela

²⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

²⁶ Expressão que, sinteticamente, quer indicar: “direitos fundamentais, apesar de sua vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva”. V. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 264.

repercussão geral, muitos juízos no Brasil vinham aplicando, com base naquele julgado, a prisão antecipada, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Ocorre, no entanto, que as ações terminaram tendo um efeito reverso. Ao negar o pedido cautelar em ambas as ações, que foram julgadas conjuntamente, o Supremo Tribunal Federal, por escassa maioria, terminou decidindo que há a possibilidade sim da prisão nas condições contestas nas ações, dando ao chamado “princípio da presunção de inocência” uma interpretação que não se coaduna com a norma protetiva da presunção de inocência como esta prevista na Constituição da República.

Antes de prosseguir, em homenagem ao leitor, vale transcrever a norma que os autores pretendiam fosse declarada constitucional:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em 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.²⁷

A norma que deveria ser afirmada é a seguinte: ninguém poderá ser preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Esta norma está absolutamente adequada ao comando constitucional previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, que tem a seguinte redação:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A maioria apertada do Supremo Tribunal Federal entendeu que esta norma é do tipo princípio e que, em conflito com outro(s) princípio(s), é possível ser cumprido de outra forma sem que ele seja ferido de morte.

Relembrando aqui, sinteticamente, com base nas lições de Alexy e Hesse, citados no item anterior, uma norma que veicula Direitos Fundamentais, quando for da espécie regra somente poderá ceder, no conflito com outra regra, se sua aplicação for afastada pela observação da conhecida formula de superação do conflito de normas, ou seja, no âmbito da validade. Lembre-se que no aparente conflito entre regra e princípio é aquela que tem primazia.²⁸ Quando se trata de previsão de Direito Constitucional em norma constitucional da espécie princípio é que ele pode ser

²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 24 de outubro de 2016.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

limitado por outra norma de natureza princípio quando entre eles ocorra colisão.²⁹

É preciso observar mais, quando se está falando em limitação de Direitos Fundamentais deve-se estar atento para o fato de que eles estão positivados no ordenamento constitucional em regras e princípios, na qualidade de norma jurídica. Repete-se a afirmação para deixar absolutamente claro que um princípio-norma não pode ser confrontado com princípio de ordem retórica-argumentativa, de que fala Canotilho.³⁰ Usando-se a ponderação entre um princípio-norma e um princípio de ordem retórica-argumentativa, ocorre uma falsa ponderação, nos moldes do que tem sido denominado, por muitos e importantes juristas e professores, de pan-principiologia.

Feitas as considerações acima, duas ordens de raciocínio podem advir.

Em primeiro lugar, que é o que se quer afirmar efetivamente neste trabalho, uma vez que o argumento secundário que se apresentará depois é somente para demonstrar que os votos favoráveis à prisão antecipada, antes do trânsito em julgado, qualquer que seja a espécie de norma, não se sustentam.

Em primeiro lugar, afirma-se aqui que embora o Direito Fundamental assegurado pelo artigo 5º, LVII, da Constituição brasileira, seja chamado de “Princípio da Presunção de Inocência” ele está assegurado em uma regra. Efetivamente, quando ele é previsto nos estatutos de direito Internacional ele tem o caráter de Princípio, mas da forma como ele foi inserido pelo legislador constituinte na Constituição de 1988, a norma tem todas as características de regra.

Veja-se, por exemplo, os termos em que está posta a norma na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San Jose da Costa Rica, no item 2 de seu art. 8.: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O legislador constituinte brasileiro optou por forma completamente diversa ao determinar que “Ninguém será considerado culpado”. É uma ordem que não pode ser cumprida de outra forma. Todas as características de norma de natureza regra estão presentes. Não se trata de mandamento de otimização que possa ser cumprido de qualquer forma. Uma vez que alguém seja

²⁹ Observe-se que entre as regras ocorre conflito e entre princípios ocorre colisão, em razão da natureza e da forma de limitação que cada um pode eventualmente sofrer. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-103.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145.

considerado culpado enquanto não houver ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que não ocorre no sistema processual penal brasileiro enquanto pendente qualquer recurso, mesmo para os Tribunais Superiores, violada está a norma, uma vez que não pode ser cumprida de outra forma. Não paira dúvida sobre o momento do trânsito em julgado, uma vez que somente após o esgotamento também dos recursos aos Tribunais Superiores é que possível a revisão criminal. Logo, o trânsito em julgado depende do julgamento também da decisão nos referidos recursos.

Um dos erros de interpretação sobre o Direito Fundamental à presunção de inocência está em recorrer diretamente à norma da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que a Constituição brasileira regulou de forma diversa e melhor.

Esta a posição, repita-se, que de forma enfática se quer defender nos presente trabalho.

No entanto, somente para efeito de argumento, ainda que se pudesse dizer que a norma que prevê a presunção de inocência fosse norma da espécie Princípio, ainda assim, a limitação imposta pelo Supremo Tribunal Federal não obedeceu à forma de resolução de colisão de princípios acima descrita.

Embora a maioria dos votos ainda não tenha sido publicada, o sítio oficial do Supremo Tribunal Federal noticiou a decisão com um resumo dos argumentos usados pelos Ministros.³¹

O que se verifica do resumo, que corresponde aos argumentos dos votos orais, é que os Ministros que votaram pela possibilidade de antecipação da prisão decorrente de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado não se detiveram na espécie de norma e nem mesmo a ponderaram (ser princípio fosse) com outro princípio constitucional assegurador de outro Direito Fundamental. Toda a argumentação foi de ordem retórica-argumentativa e, em algumas vezes, nem mesmo fundada em princípio dessa ordem, mas contrapondo argumentos da ordem fática.

Dentre os votos publicados, o mais expressivo é o do Ministro Edson Fachin,³² que, inclusive, abriu a divergência para formar a orientação adotada pela maioria. Neste há uma tentativa, em parte dele, de estabelecer uma espécie de ponderação. Ocorre, no entanto, que a pretensa ponderação se dá entre uma norma que assegura Direito Fundamental, mesmo que o

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>. Acesso em 24/10/2016.

³² FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em 24/10/2016.

julgador pudesse entender como Princípio-Garantia (norma, portanto), e um princípio retórico-argumentativo, o da proibição de proteção insuficiente. Não é, com o devido respeito, uma ponderação para superar uma colisão de princípios. Os demais argumentos utilizados não passaram nem próximo do debate que seria exigível para a decisão, uma vez que trata do conceito que o Brasil goza diante de outros Estados e de organismos internacionais, o que não pode superar a opção do legislador constituinte.

Não é possível, no âmbito deste trabalho, fazer uma análise de todos os votos. Também não é possível em razão de nem todos terem sido publicados ainda. De qualquer forma, vale o exemplo apresentado e a síntese apresentada oficialmente pelo Supremo Tribunal Federal para concluir-se que ainda que se pudesse entender que a presunção de inocência esteja prevista em norma da espécie princípio, o que efetivamente não corresponde à natureza da norma do artigo 5º, LVII, da Constituição, que é regra, ainda assim o limite estabelecido pela decisão em análise não obedeceu a qualquer das formas de limitação de Direitos Fundamentais possíveis na tradição seguida pelo sistema jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve e tem a pretensão de fixar posição no intenso debate advinda da decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de prisão decorrente de sentença condenatória ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado, por estar(em) pendente(s) recurso(s) perante os Tribunais Superiores.

De outro lado, também há a pretensão de contribuir para o debate sobre as naturezas das normas asseguradoras de Direitos Fundamentais no ordenamento constitucional e o efeito que decorre da opção de o legislador constitucional em prever a assegurar tais direitos em regras ou em princípios. Disso decorre, necessariamente, a posição a respeito da limitação dos Direitos Fundamentais.

No dizer de Alexy, é preciso levar a sério a Constituição e, para isso, é pré-requisito levar a sério a opção do legislador constituinte.

Quando o legislador constituinte opta por consagrar um Direito Fundamental ou uma Garantia na forma de regra, ele ponderou antes e definitivamente por coloca-lo a salvo de qualquer ponderação. Neste caso, o legislador infraconstitucional ou o julgador estão vinculados

na feitura da norma infraconstitucional ou da sua aplicação.

De outro lado, quando o Direito Fundamental é assegurado em norma da espécie de princípio, fora das hipóteses de limitação previstas ou autorizadas pela própria norma, somente poderá ser limitado, no momento da aplicação, quando houver outra norma da espécie princípio assegurando igualmente Direito Fundamental e que com aquele colida. Mas, repita-se, somente se o conflito for entre normas da espécie princípios e não qualquer outro princípio estruturante ou que tenha finalidade retórica-argumentativa, como já se disse de forma intencionalmente exaustiva.

A maior preocupação com decisões como a agora sob comentário é o efeito de “escavação interna” no sistema de Direitos Fundamentais que ela poderá gerar se o parâmetro adotado passar a ser observado pelos demais órgãos jurisdicionais.

Resta a esperança de que em breve o entendimento vigente até o julgamento do Habeas Corpus nº 126292 volte a prevalecer.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 24 de outubro de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em 24/10/2016.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>. Acesso em 24/10/2016.

OS JUIZADOS ESPECIAIS NUMA PERSPECTIVA HISTÓRICA, POLÍTICA E SOCIAL*

Pedro Manoel Abreu¹

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça tem sido uma das questões centrais do direito político e processual nas últimas décadas. Erigido à condição de garantia constitucional, tem merecido estudo permanente, máxime frente aos novos direitos e aos novos conflitos emergentes na sociedade contemporânea.²

Mais do que o acesso ao Judiciário, no atual quadro civilizatório tem-se destacado o direito de acesso a uma ordem jurídica justa, vislumbrando-se no processo um instrumento ético, político e jurídico de efetivação da própria justiça e de consolidação da democracia.³

Em vista da notória desigualdade social, cultural e econômica das pessoas e de grupos sociais, notadamente em países periféricos como o Brasil, tem sido ingente a preocupação, no Estado Democrático de Direito, de desenvolver políticas públicas de conscientização e de inclusão desse estrato social no sistema jurídico.⁴

O acesso à justiça, nessa perspectiva, assume caráter de justiça social e do mais fundamental dos direitos humanos, constituindo-se em obrigação essencial e indelegável do Estado e um dos pressupostos da cidadania.⁵

* O presente texto foi apresentado em palestra proferida pelo autor no Seminário Internacional Constitucionalismo e Juizados Especiais Federais, intitulada Equidade e Justiça Restaurativa nos Juizados Especiais, promovido pela Univali, em Itajaí, em agosto de 2012, ocasião em que recebeu o prêmio de Honra ao Mérito do Projeto CNJ Acadêmico e PPCJ/UNIVALI. Por isso mesmo, o texto representa a reedição de pesquisa destacada já objeto de publicação, especialmente nas obras de sua autoria: Acesso à Justiça e Juizados Especiais e Processo e Democracia.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Univali-Universidade do Vale do Itajaí.

² Sobre o tema ver: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2ª Ed., Rev. e Atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 25.

³ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil p. 26.

⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 26.

⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 26.

Para tanto, não de ser vencidos os obstáculos sistematicamente denunciados e que entravam o acesso das pessoas à justiça, dentre os quais avultam as barreiras socioeconômica e cultural. O acesso à ordem jurídica justa, numa sociedade complexa e plural como a é a sociedade humana, tem na justiça, na democracia e na cidadania o apanágio de um novo marco civilizatório a governar as relações interpessoais e sociais no Estado de Direito Constitucional.⁶

Nesse horizonte, tem merecido atenção os pequenos conflitos e os carentes econômicos, mobilizando-se o sistema jurídico no sentido de possibilitar, na instância da justiça oficial, o acolhimento de uns e outros.⁷

É nesse contexto que emergiu, no Brasil, a partir de uma experiência empírica gaúcha, de iniciativa da própria magistratura, um sistema afeiçoado ao atendimento das pequenas causas, cujo efeito revolucionário estendeu-se não só para o plano processual, mas para todo o plano da sociabilidade, com a inserção política do Judiciário, expondo-se à maioria da população, cumprindo uma pedagogia para o civismo, democratizando-se e democratizando o processo, mobilizando-se em favor da agregação e da solidarização social.⁸

Nesse passo, a questão do acesso insere-se no plano da democracia participativa, tendo em mira que o modelo de justiça concebido para as pequenas causas e dos Juizados utiliza-se de instrumentos de tutela diferenciada ou de vias alternativas de tutela e, sendo modelo de justiça popular, integra contedores, juízes leigos, árbitros e conciliadores, como expressão de *justiça coexistencial*, servindo de contraponto à justiça tradicional, contenciosa, de natureza estritamente jurisdicional, sabidamente saturada, onerosa e tardia.⁹

1. DOS JUIZADOS ESPECIAIS: ASPECTOS HISTÓRICOS, POLÍTICOS E SOCIAIS

Os juizados especiais, nos seus vários modelos – estadual, trabalhista e federal – têm sido a solução brasileira contemporânea para resolver as grandes questões do acesso à justiça, estabelecendo um processo e um procedimento célere, informal e gratuito, assegurando às

⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 26.

⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 26.

⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 26.

⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 26-27.

partes, em tese, a equivalência de armas e a paridade processual, municiando o juiz de poderes especiais para decidir com equidade e com justiça efetiva.¹⁰

Com base nesse enfoque, evidencia-se que esse modelo de justiça coexistencial, fundado nos princípios da democracia participativa e da cidadania, tem raízes históricas importantes no Brasil colonial e no Império. Nesse período o país detinha um modelo de justiça local e popular que, na República, paradoxalmente, veio a perder-se, optando-se por um sistema de jurisdição formal, conservador e distanciado das camadas populares. Tal fenômeno, com matriz ideológica no positivismo e notadamente no positivismo jurídico normativista, delineou um modelo de Estado e de jurisdição em constante crise.¹¹

A realidade do Judiciário brasileiro atual é assustadora, em termos de números estatísticos. Segundo indicadores do CNJ, divulgados em 2015, tramitam na Justiça brasileira atualmente mais de 90 milhões de processos, dos quais 60% concentrados nos Tribunais de Justiça de quatro Estados: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Há uma estimativa de ingresso de mais de 25 milhões de novos processos por ano na Justiça brasileira. Isso significa, em termos reais, a falência dos meios suasórios de solução dos conflitos, do espírito de concórdia, de mediação social e política. A judicialização desenfreada de litígios reflete igualmente um nível de intolerância e de crise de valores, colocando a nu nossa realidade.

De alguma sorte, a vulgarização do acesso e o aparentemente inadministrável mapa estatístico da Justiça brasileira, já que a proporção é de quase um processo para cada duas pessoas, faz lembrar jocosamente o vaticínio de um Imperador, na China do Século XII. Conta-se que o Imperador Hangs Hsi, teria expedido o seguinte decreto, externando sua imperial vontade, *verbis*:

Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da ideia do Direito quanto se apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos Tribunais; o que ocorreria se os homens concebessem a falsa ideia de que teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e

¹⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 27.

¹¹ ABREU, Pedro Manoel **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 28.

competentes. Se essa falsa ideia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.¹²

Esse retrato alarmante de nossa realidade social não pode levar à crença ingênua de que a solução do acesso à justiça no Brasil, ou em qualquer lugar do mundo passa pelo Judiciário ou pelos juizados especiais, embora se reconheça a sua importância nessa fase de nossa história, como constata Horácio Wanderlei Rodrigues. Para ele, a ausência de acesso à justiça é apenas a consequência, o aspecto mais visível (ou aquele que nos permitimos ver) de uma crise ética originada na falta de amor e de solidariedade. Consoante Rodrigues, apenas teremos acesso à justiça de verdade quando formos capazes de resolver nossos conflitos pelo diálogo, de forma direta ou com o auxílio de mediadores. Para isso, os cursos de Direito e as instituições corporativas do sistema de justiça não de se transformar.¹³ E conclui:

Hoje os profissionais do Direito são preparados apenas para trabalhar com instrumentos processuais estruturados em uma lógica de solução do conflito pela subjugação e derrota do outro; um modelo que apenas formalmente extingue o conflito, que permanece indefinidamente no espírito do derrotado. Mas essa mudança exige também uma revisão dos nossos conceitos culturais, como sociedade, no sentido de vermos ou outro como companheiro de jornada dentro de uma existência que, se não for solidária, em todos os níveis, poderá levar à destruição do planeta e da própria espécie humana.¹⁴

Esse quadro, associado ao clima de insegurança que vivemos, em nível nacional e internacional, com a institucionalização da violência, do crime, da corrupção, da intolerância e da crise, no plano político, econômico e social, transparece que a transmodernidade retrata um final de ciclo, o fim de um modelo de civilização, o esgotamento dos sentidos da modernidade, tal qual retrata o saudoso Warat:

O esgotamento dos sentidos da modernidade está nos colocando frente à uma agressividade sem medida. Baudrillard fala da transparência do mal. Julia Kristeva o chamaria de o-cara-a-cara dos brutos: um rechaço das regras e valores que nos fizeram civilizados e que nos leva ao confronto de um contra todos. O choque dos corpos no lugar dos vínculos. Condições devoradoras da existência em que cada um quer se apoderar, sedutoramente, dos pedaços do outro. Um 'psicosapatear' permanente do outro para assegurar uma solidão (um vazio) fora de controle. A inveja, as tendências destrutivas e a busca desenfreada de prestígio e bens, dominam a cena existencial da transmodernidade. Fobias arcaicas aumentam o clima de criminalidade, racismo e terrorismo nas cenas do cotidiano. Estamos às vésperas de confrontos terminais devoradores. [...] E completa:

¹² Ver: ANDRIGHI, Fátima Nancy. "O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil brasileiro". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 727, p. 29-32, maio/1996.

¹³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Apresentação. In: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, p. 22.

¹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, p. 22.

Continuo preocupado por uma sociedade que não encontrou uma cura satisfatória para suas próprias tendências destrutivas. Uma violência desenfreada que pode representar a desintegração do social, do político e da subjetividade. Do humanismo iluminista estamos caminhando para a brutalidade através dos meios de comunicação que glorificam a violência, o horror e a morte do outro; medos que transformam em heróis os protagonistas de todas estas brutalidades.¹⁵

No atual quadro político brasileiro, de outro lado, e agora no território inédito da democracia política, como lembra Werneck Vianna, “o direito, seus procedimentos e instituições passam a ser mobilizados em favor da agregação e da solidarização social, como campo para o exercício de uma pedagogia para o civismo”.¹⁶ E visualiza-se no Judiciário, especialmente pela maneira que se vem expondo à maioria da população, com a criação dos Juizados de Pequenas Causas e dos Juizados Especiais, como uma das solicitações para a afirmação de uma plena cidadania do país.

A constitucionalização dos juizados especiais de pequenas causas e especialmente a edição da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, enfatizam a democratização do acesso à justiça e a expansão da capacidade de o Judiciário intervir institucionalmente no plano da sociabilidade.

O Brasil resgata, através do sistema de Juizados, experiências históricas advindas desde o período colonial quando, na vigência das Ordenações, o Direito português mantinha na estrutura da administração da justiça o *Juiz Ordinário*, anualmente eleito nas Câmaras Municipais e com residência local, com jurisdição sem apelação nem agravo nos lugares com mais de 200 vizinhos; o *Juiz de Fora*, nomeado por carta-régia, bacharel, com alçada, até a quantia de mil réis nos bens móveis (nas comunidades de até 200 vizinhos, tinham alçada nos bens móveis até 600 réis e em bens de raiz até 400 réis, sem apelação nem agravo); o *Juiz de Vintena*, com jurisdição em localidade de até vinte famílias; o *Juiz Pedâneo*, com alçada de até 400 réis, decidia oralmente e de pé, exercendo, ainda, funções de polícia.¹⁷

Com a reforma de 1832, tal estrutura administrativa foi substituída, passando a ser composta de *Juízes de Comarca*; *Juízes Municipais*, com atuação em termos ou subdivisões de comarca; *Juízes de Paz*, atuando em divisões distritais dos Municípios; e *Juntas de Paz*, apreciando

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e Direito**. Trad. Julieta Rodrigues Sabória Cordeiro. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 163-164.

¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 153.

¹⁷ Sobre o tema, ver: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil** p. 114. Ver também: LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 56-57; e FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 1, p. 188-189.

recursos sobre decisões dos Juízes de Paz.¹⁸

A Justiça de Paz, experiência que nos foi legada da Espanha e que teve antecedentes históricos na França revolucionária, assim como nos Estados Unidos e na Inglaterra, prestou relevantes serviços à causa da Justiça, especialmente no interior do país. Com simplicidade, sem conhecimentos teóricos, os juízes de paz gratuitamente solucionavam pequenos conflitos entre vizinhos. Hoje, sua atuação está praticamente limitada à celebração de casamentos, por falta de regulamentação do artigo 98, inciso II, da Constituição Federal, que lhes possibilita exercer atribuições conciliatórias.¹⁹

A figura do Juiz de Paz,²⁰ no Brasil, remonta a 1827,²¹ tendo sido sua introdução no nosso sistema judicial um marco histórico na formação do Estado brasileiro, verificando-se no período cognominado de “a década liberal”. A lei atribuía-lhe competência civil e criminal, tendo competência para conciliar as partes por todos os meios pacíficos que estivessem ao seu alcance. A justiça de paz traduziu-se num modelo de resistência nacional ao governo imperial, constituindo um dos fatores que culminaram na abdicação do Imperador Pedro I.²²

A Constituição de 1824,²³ assim como a Consolidação das Leis do Processo de 1876,²⁴ determinava, em seu art. 185, que “nenhum processo poderia começar sem a tentativa de conciliação perante o Juiz de Paz”. Posteriormente, apesar de mantida essa instituição no nosso cenário jurídico e político, reintroduzindo a Carta de 1988 o sistema eletivo direto, gradualmente foi perdendo sua importância no sistema judiciário brasileiro.

Paradoxalmente, no regime republicano a administração da justiça passou a perder paulatinamente o caráter local e o critério valorativo de um sistema de quantia mínima, fixando-se num modelo conservador de justiça formal, de inspiração positivista-normativista, de natureza

¹⁸ LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**, p. 57; ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 114.

¹⁹ CARDOSO, Antônio Pessoa. “Justiça alternativa; juiz de paz”. Revista dos Juizados Especiais. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, n. 17, ago/1996, p. 9. ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 114.

²⁰ Sobre a Justiça de Paz no Brasil, ver: FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial, 1808-1871**: control social y estabilidad política en el nuevo Estado. Trad. para o espanhol – Mariluz Caso. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986, 340p.

²¹ Ver: Lei de 15 de outubro de 1827: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html. Disponível em 20/09/2016.

²² ABREU, Pedro Manoel, **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 115.

²³ Ver: <http://www.monarquia.org.br/PDFs/CONSTITUICAODOIMPERIO.pdf>

²⁴ Ver: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/10594/pdf/10594.pdf>

contenciosa, sabidamente menos acessível ao povo.²⁵

Num balanço histórico, lamentavelmente a justiça de paz foi perdendo importância, estando, hoje, à beira da obsolescência, muito embora seja o instituto mais próximo do sistema de justiça preconizado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas.²⁶

Na leitura de Castro Nunes,²⁷ o juiz de paz formava “ao lado das magistraturas profissionais, de carreira, providas por nomeação e dotadas de garantias de estabilidade, uma magistratura honorária, leiga, eletiva, que, em certos momentos, em que culminou a reação liberal, teve significado maior do que tem hoje como expressão democrática na ordem judiciária”. Ao lado do júri, nasceu “do mesmo fundo histórico de reação contra o espírito profissional na orgânica do Estado, em benefício das franquias populares, postas em guarda contra os aparelhos que a suspicácia liberal tinha como mais dóceis à vontade dos Príncipes”. A seu tempo, eram “respiradouros consentidos no Estado fechado à colaboração popular e sem válvulas na opinião pública – as câmaras municipais, com as raízes profundas do seu passado na reação comunal europeia, em particular no municipalismo lusitano; as justiças de paz, traduzindo o mesmo espírito de democratização na esfera judiciária, e, finalmente, o júri, com a mesma feição de justiça popular e instituída com o sentido de garantia fundamental das liberdades públicas”.²⁸

Nessa perspectiva, lastimavelmente o Direito português no Brasil, assim como a experiência instituinte da justiça de paz no Império, apesar de funcionalmente conceberem uma justiça mais próxima do povo, foram esquecidos, “sem qualquer preocupação de desenvolvimento, “deixando de aprimorar institutos que hoje representam a mais moderna posição processualística – os juizados de conciliação, de vizinhança, de bairro; os juizados de pequenas causas”,²⁹ os Juizados Especiais já numa visão pluralista do Direito e da democracia.

Essa perda histórica está inteiramente conectada com o movimento republicano que culminou com a queda do Império e com a instituição da República, e que tinha como matriz ideológica o positivismo, com reflexos agudos no sistema jurídico emergente, no

²⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 115.

²⁶ LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**, p. 20.

²⁷ NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 511-512.

²⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 142.

²⁹ LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**, p. 21.

constitucionalismo e na concepção de Estado contemporâneos.³⁰

Curiosamente essa trajetória colocou o país na contramão da história, porquanto já em 1846 eram criadas as *County Courts* na Inglaterra — Tribunais de Condado, municipais, substituindo as Cortes locais, objetivando uma justiça rápida e barata e dispensando as partes de fazer longas viagens, mercê da atuação de juízes itinerantes.³¹

Nos Estados Unidos, em 1934, surgia a *Poor Man's Court*,³² com a finalidade de julgar causas de reduzido valor econômico, de até cinquenta dólares. Com o tempo houve a ampliação do conceito de pequenas causas (*small Claims*). Como o sistema estadunidense possibilita que cada Estado federado legisle sobre processo, hoje o Tribunal, designado *Common Man's Court*³³ ou simplesmente *Small Claims Court*, tem competência maior ou menor, dependendo do Estado, normalmente entre cinco e dez mil dólares.³⁴

A Itália, a Alemanha, o Japão, dentre tantos países, tem legislação específica sobre o assunto há várias décadas.

Na América Latina, desde 1913 o México tem legislação positiva sobre pequenas causas, fundada na ausência de ritualidade e formalismo.³⁵ A Justiça de quantia mínima mexicana é

³⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 142-143.

³¹ Ver: POLDEN, Patrick. **A history of the County Court, 1846-1971**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. In: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam032/98043621.pdf>. Acesso em 20/09/2016.

³² Sobre a *Poor Man's Court* e sua criação em Chicago, ver matéria jornalística do Chicago Tribune, edição de March, 15, 1934, disponível on line, in: <http://archives.chicagotribune.com/1934/03/15/page/10/article/reform-the-municipal-court>. Acesso em 20/09/2016.

³³ Ver matéria jornalística do The Victoria Advocate, de 21/set/1978, sobre *Common Man's Court* ou *Small Claims Court*. A notícia está disponível on line, in: <https://news.google.com/newspapers?nid=861&dat=19780921&id=K1tTAAAAIAAJ&sjid=WIUDAAAAIAAJ&pg=5641,5151981&hl=pt-BR>. Acesso em 20/09/2016.

³⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 116.

³⁵ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. "Juizados de pequenas causas em países latino-americanos". **AMB Imprensa**. Disponível on line em: http://www.amb.com.br/index_.asp?secao=artigo_detalle&art_id=1076. Acesso em 20/09/2016. Colhe-se: "Tal Justiça teve suas características melhor definidas através do Proyecto de Ley de Justicia de Paz para la Ciudad de Mexico, elaborado em 1913. Figura também importante do Direito mexicano, no que tange às pequenas causas, foi a dos jueces menores. Para Caetano Lagrasta Neto, a importância do Projeto de Justiça de Paz, de 1913, foi sintetizada na sua exposição de motivos, assinada pelo jurista Miguel S. Macedo, merecendo sua transcrição na íntegra: '1. Ausencia de toda ritualidad y formalismo, para que cada uno pueda defender lo que crea su derecho sin necesidad del patrocinio de letrados ni prácticos; 2. Rapidez en la sustentación y decisión de las controversias, para evitar la pérdida de tiempo y los consiguientes gastos y los perjuicios que resultan de desatender el litigante su trabajo o negocio ordinarios (esta rapidez era manifestada pela citação – através de telefone ou telégrafo – para que comparecesse no mesmo dia ou, mais tardar, no dia seguinte, quando, após o pedido e defesa, produziam-se as provas e ditava-se sentença, irrecorrível); 3. Amplia libertad en materia de pruebas, con facultad del juez para recurrir a todas las que crea útiles para averiguar la verdad, y publicidad de las audiencias" (a publicidade a critério do juiz); "4) Apreciación de la prueba por el juez según el dictado de sua conciencia y no conforme a reglas legales, es decir, decisión en conciencia

denominada de Justiça de Paz, na qual é dispensada a intervenção de advogado, com exceção do crime e de algumas questões de família. A partir de 1975 foram criados juizados mistos para os pequenos conflitos em cada delegação político-administrativa, com competência cível fixada em cinco mil pesos e a criminal à pena de prisão de até um ano.³⁶

No Brasil, há duas décadas surgiram os Juizados de Pequenas Causas, a partir da experiência pioneira dos conselhos informais de conciliação, sendo o primeiro instalado na comarca de Rio Grande, no Estado do Rio Grande do Sul, sob a iniciativa do Juiz Antônio Guilherme Tanger Jardim, no dia 23 de julho de 1982.³⁷ A partir de então, a ideia foi popularizada pela AJURIS – Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul –, interessada no desenvolvimento de alternativas de ampliação do acesso ao Judiciário.³⁸ Depois disso, os juízes Celso Rotoli de Macedo, na Comarca de Curitiba, no Estado do Paraná, e José Luiz Pessoa Cardoso, na Comarca de Barreiras, já no ano de 1983, também instalaram os primeiros juizados experimentais de Pequenas Causas, com apoio dos Tribunais respectivos.³⁹

Concomitantemente, por iniciativa do Executivo Federal, através do Ministério da Desburocratização, houve um movimento importante, voltado para a racionalização da administração pública, com reflexos no âmbito do Judiciário. A simultaneidade de objetivos e a coincidência da iniciativa da magistratura gaúcha ensaiando os primeiros passos no tratamento das pequenas causas tiveram, talvez, o efeito de impedir que o Executivo criasse, fora da instância jurisdicional, uma agência específica para lidar com o assunto. Nessa perspectiva o Judiciário, muito provavelmente, teria centralizado o debate sobre a racionalização administrativa do Estado, “infiltrando nele, em um contexto politicamente adverso à agenda democrática, os temas da facilitação do acesso à Justiça e da legitimação das instituições judiciárias como via eficaz de

respecto al hecho, aunque no respecto al fondo de la decisión en cuanto al derecho, pues el precepto del artículo 14 constitucional (até hoje vigente) relativo a la exactitud en la aplicación de la ley obliga a todo juez a normar sus decisiones precisamente a las disposiciones legales”; “5. Rapidez y seguridad en la ejecución de las sentencias, procurando que éstas deban considerarse ineludibles, cualidad que si se llega a alcanzar constituirá por sí sola una ventaja inapreciable, ya que ahora es frecuente, por desgracia, que las sentencias queden como letra muerta, si no es que como escarnio de la justicia’.”

³⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 116.

³⁷ VIDAL, Jane Maria Köler. “Origem do Juizado Especial de Pequenas Causas e seu estágio atual”. **Juizado de Pequenas Causas**: doutrina – jurisprudência. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1991, p. 5-8.

³⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 167.

³⁹ Ver: BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: A nova dimensão paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31; ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 116-117.

afirmação de direitos”.⁴⁰

O modelo de Juizado de Pequenas Causas implantado na comarca de Rio Grande não se inspirou no sistema das *Small Claims Courts* dos Estados Unidos ou de qualquer outro país, mesmo porque os nossos operadores desconheciam a experiência estrangeira sobre o assunto.⁴¹ A experiência expandiu-se para diversas comarcas gaúchas e para os principais Estados brasileiros.⁴²

Em 1984, foi editada a Lei 7.244,⁴³ dispondo sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, retomando o legislador o caminho da história, desta feita combinando os dois regimes tradicionais de solução dos conflitos, através da conjugação de mecanismos extrajudiciais de composição (conciliação e arbitragem) e de solução judicial propriamente dita (prestação jurisdicional específica).⁴⁴

É importante ressaltar que, ao contrário do que se imagina, a arbitragem antecede, de muito à solução judicial, remontando aos primórdios da civilização humana.

Nesse contexto, é importante lembrar que a arbitragem era praticada na Grécia antiga, remontando na sua origem à própria Mitologia, que se refere a Paris, atuando como árbitro entre Atena, Príamo e Afrodite, para decidir qual era a mais bela, e que receberia a “maçã de ouro”.⁴⁵

Na *Ilíada*, Homero refere-se a um “juiz-árbitro”, denominado Istor, que significa “o que sabe”, ou o “sábio”.⁴⁶

Aristóteles, na *Retórica*, confirma que o “árbitro visa à equidade, enquanto o juiz visa à lei”.⁴⁷

Da Grécia a arbitragem passou ao Direito Romano, tanto que Cícero traça um paralelo entre o árbitro e o juiz, dizendo: “Uma coisa é o julgamento, outra a arbitragem. Comparece-se ao

⁴⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. Op. cit., p. 31; ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 117.

⁴¹ RODYCZ, Wilson Carlos. “O Juizado Especial Cível brasileiro e as *Small Claims Courts* americanas – comparação de alguns aspectos”. **Revista dos Juizados Especiais**. Porto Alegre: n. 18, p. 26, dez. /1996.

⁴² ABREU, Pedro Manoel **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 117.

⁴³ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244impressao.htm.

⁴⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 117-118.

⁴⁵ Ver: CAPANEMA, Sílvia. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”. **Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque – CMABq. Blog**. Artigo publicado on line. Acesso eletrônico em 20/09/2016, in: <http://www.arbitragembrusque.com.br/archives/258>.

⁴⁶ Ver: CAPANEMA, Sílvia “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

⁴⁷ Ver: ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, 336p.; CAPANEMA, Sílvia. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

juízo para ganhar ou perder tudo”.⁴⁸

Os romanos sempre valorizaram a conciliação, tanto que edificaram um templo dedicado à deusa Concórdia, perto do Fórum.⁴⁹

Praticada na Idade Média, e adotada no Direito Canônico, a arbitragem resistiu mesmo depois do surgimento dos Estados modernos, que avocaram para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, com a criação do Poder Judiciário.⁵⁰

No Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas – recompilação efetivada por Dom Philippe I, continha preceptivo próprio sobre a conciliação:

E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que antes que façam despesas, e se digam entre elas ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa é sempre duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as provas da concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos em que o bem puderem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem tais que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar.⁵¹

A Constituição Imperial já admitia a arbitragem, em seu artigo 164, tanto que chegou a se tornar obrigatória para a resolução de litígios envolvendo os contratos de locação e de seguros, no período entre 1827 e 1866. Por isso mesmo, em matéria de locação, em nossa origem jurídica, a arbitragem era reconhecida como meio legítimo de solução de conflitos, em razão de suas vantagens sobre a solução judiciária.⁵²

O Código Comercial de 1850 ampliou a obrigatoriedade da arbitragem para todas as questões mercantis, nos artigos 245 e 294 que se referem, respectivamente, à locação mercantil e a conflitos entre sócios.⁵³

A Lei 1.350, de 1866,⁵⁴ aboliu a arbitragem obrigatória, mas manteve a “voluntária”.⁵⁵

Sobre a conciliação, merece destaque registro igualmente, no anos 60, o relato do Prof.

⁴⁸ CAPANEMA, Sílvio. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

⁴⁹ DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 43.

⁵⁰ CAPANEMA, Sílvio. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

⁵¹ DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. p. 43; ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, p. 192.

⁵² CAPANEMA, Sílvio. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

⁵³ CAPANEMA, Sílvio “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

⁵⁴ Ver: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=56920&norma=72772>

⁵⁵ CAPANEMA, Sílvio. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”.

Lee, acerca do sistema judicial Chinês, pesquisado pelo Projeto Florença,⁵⁶ financiado pela Fundação Ford, sob a coordenação de Cappelletti:

A China, de todos os países pesquisados pelo Projeto Florença, foi o que apresentou o mais expressivo dos sistemas judiciais. É seguido o princípio da filosofia de Confúcio, “segundo o qual o homem sábio consegue resolver suas diferenças de maneira amigável. A necessidade de se lançar mão de recursos judiciais significa, entre outras coisas, que as partes são destituídas de sensatez sendo, portanto, pessoas inferiores”. Na prática não há uma estrutura judiciária ao feitio nosso e, por isso, não há registro de juizado de pequenas causas. É dada maior assistência, inclusive de advogado, havendo controvérsia em juízo. Há em torno de um milhão de conciliadores leigos atuando em nível de vizinhança. As disputas econômicas de vulto, envolvendo empresas, são resolvidas no âmbito administrativo. É largamente utilizada a técnica do *Shuo-ful* (“persuadir pelo diálogo”) nas disputas judiciais ou envolvidos em conduta anti-social.⁵⁷

⁵⁶ Sobre o Projeto Florença, colhe-se da dissertação de Mestrado de Júlia Pinto Ferreira Porto, sob o título Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2009, quando trata do Movimento do acesso à justiça, p. 29, disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp130676.pdf>, in: verbis: “Enquanto tema de investigação científica específico do campo jurídico, o acesso à justiça surge a partir da pesquisa empírica realizada pelo Projeto Florença, tendo sido também neste espaço em que se discutiu pioneiramente sobre o significado e os possíveis desdobramentos do termo. O Projeto consistiu numa grande mobilização que reuniu pesquisadores de diversos ramos das ciências sociais, aplicadas ou não, para a realização de uma coleta de dados que envolvesse o sistema judicial dos países que participassem da pesquisa. Apesar de composto principalmente por países de economia desenvolvida, alguns do terceiro mundo também se fizeram presentes, segundo Gomes Neto, chamando, [...] a atenção a ausência do Brasil no Florence Project, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando suas experiências no campo do acesso à Justiça. A coleta de dados deu-se na década de sessenta e setenta e comumente há referências à execução do Projeto como um Movimento de acesso à justiça (access to justice movement), em função do sucesso obtido pelos estudos e pela verdadeira proliferação do tema após sua publicação oficial. Trata-se, conforme Eliane Junqueira, de um [...] movimento [...] em diversos países do mundo, o access-to-justice-movement, o qual, no plano acadêmico, havia justificado o Florence Project, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth com financiamento da Ford Foundation (1978). Assim, oficialmente, o tema do acesso à justiça tornou-se o foco de muitas discussões acerca dos sistemas judiciais mundo afora, a partir da publicação do Relatório Geral do Projeto Florença, intitulado de Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report e publicado em Milão. No Brasil, foi publicado apenas em 1988 e traduziu-se a obra simplesmente como Acesso à justiça. Na verdade, o documento oficial de finalização do Projeto Florença consistiu numa obra de, ao todo, seis tomos, publicados entre 1978 e 1979. Nos tomos constavam os estudos e as contribuições de vários juristas, sociólogos, economistas, cientistas políticos, antropólogos e psicólogos de todos os continentes. A obra que fora traduzida para idiomas diversos e que obteve significativo sucesso mundo afora é um relatório resumido. Esta edição resumida, que é também a publicada no Brasil, pode ser chamada de Relatório Geral, para diferenciá-la dos diversos tomos publicados a respeito do resultado das pesquisas de campo. Dessa maneira, com a disseminação e publicação em vários países do Relatório da pesquisa efetuada, a expressão acesso à justiça ganhou visibilidade de tal maneira que comumente relaciona-se o termo com o estudo de Cappelletti e Garth, sendo geralmente desprovida de diferenciação quanto ao sentido de acesso à justiça enquanto questão social e enquanto Movimento. O termo ‘acesso à justiça’ foi definitivamente incorporado ao cabedal de conceitos que os juristas manipulam após a publicação, em 1979, dos resultados de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti, no chamado Projeto Florença. Os trabalhos tornaram-se referência no mundo inteiro. Passou-se, então, a discutir sobre a questão da acessibilidade nos Judiciários, mas a temática também esteve sempre inserida em discussões correlatas, como a da expansão dos direitos sociais, da consolidação democrática, dos novos direitos e das novas juridicidades, entre tantos outros temas.” Sobre o assunto, ver também: GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: Jus Podvm, 2008; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

⁵⁷ LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**, p. 47-48; ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**, p.170.

A criação dos juizados de pequenas causas no Brasil, como visto, representou a recuperação histórica de experiências consolidadas no período colonial e imperial, inseridas num contexto mais amplo da formação do Estado brasileiro e de nossa cultura jurídica, política, social e econômica e no universo do movimento mundial por uma justiça democrática, mais acessível a todas as camadas populares.

Apesar da superveniência desse modelo ter emergido no momento crítico da retomada da democracia política no país, a experiência brasileira derivou de um movimento interno de autorreforma, concebido no âmbito do Judiciário, sem qualquer mobilização da própria sociedade. Tal circunstância justifica as dificuldades enfrentadas por essa justiça no referente à criação de laços efetivos com a comunidade a que ela se destina, muito embora esse modelo tenha merecido, subsequentemente, institucionalização e constitucionalização.

O regime militar, além de trazer o aporte de uma nova onda expansiva do capitalismo nacional, produziu igualmente, “do ponto de vista da sociabilidade e da vertebração associativa, uma verdadeira lesão no tecido social, aprofundando a atitude de indiferença política da população, e dificultando, pela perversão individualista, a passagem do indivíduo ao cidadão”. Na década de 80 chegou-se à democracia política, por essa razão, sem cultura cívica, “sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa e, mais grave ainda, sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático”.⁵⁸

Nessa contingência, com a democracia política e o Estado de Direito consolidados, “o direito, seus procedimentos e instituições passam a ser mobilizados em favor da agregação e da solidarização social, como campo de exercício de uma pedagogia para o civismo”.⁵⁹

José Murilo de Carvalho acentua que um dos raros esforços, no país, para tornar acessível a justiça aos carentes foi a criação do Juizado de Pequenas Causas. Por isso mesmo acredita que a disseminação desses juizados pelas periferias das grandes cidades e pelo campo poderia ter um efeito revolucionário, porque pela primeira vez na nossa história os pobres teriam acesso à justiça. O simples fato desse acesso limitar-se às pequenas causas ainda assim sinalizaria na perspectiva de que a justiça é para todos e que o cidadão tem direito à sua proteção.⁶⁰

Desde a década de 90, a processualística convencional tem merecido severas críticas por

⁵⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 175.

⁵⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 153.

⁶⁰ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da cidadania no Brasil**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1993, p. 220-221.

sua manifesta incapacidade de incorporar os novos atores e conflitos emergentes das transformações estruturais do país. O advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é ilustrativo da ênfase dada à questão do acesso à justiça democratizado e da possibilidade de expandir-se a capacidade da jurisdição de intervir institucionalmente no plano da sociabilidade.⁶¹

Nessa tessitura, o Judiciário fica exposto à questão social na sua forma mais bruta ao se defrontar com os fatos mais angustiantes da vida real, onde são atores a expressiva maioria da população carente, tomando conhecimento dos dramas do seu cotidiano, dos seus clamores e de suas expectativas de justiça. Os juízes desses Juizados, por isso mesmo, ainda que não tendo a compreensão dessas circunstâncias e dessas atribuições, passam a atuar como “engenheiros” potenciais da organização social, dependendo dos nexos que lograrem estabelecer com outras agências da sociedade civil e da sua própria capacidade como gestores institucionais. Nesse horizonte, os Juizados são o reduto da “invenção” social e institucional do magistrado.⁶²

Ainda que a criação dos Juizados Especiais integre um conjunto mais amplo de modificações técnicas visantes a aproximar a lei da sociedade, a singularidade de sua aposta está no contexto em que eles emergem, respondendo “às crescentes demandas por justiça de uma parcela da sociedade submersa”, e até então sem representação. Nesse viés, a ampliação do acesso à justiça legitima o Judiciário como “guardião” dos direitos individuais e coletivos garantidos na Constituição, tirando “a inocência do meio aparentemente neutro com que os magistrados pretendiam atuar sobre sua própria cultura e práticas profissionais”.⁶³

Assevera Cappelletti que a idade dos sonhos dogmáticos acabou. “A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido”.⁶⁴

Nesse passo, talvez mais além do que buscar a “litigiosidade contida”, os Juizados podem constituir-se no *locus* da criação jurisprudencial do direito e fator, dentre outros, “de aproximação da sociedade brasileira com o ideal de auto-organização, em um movimento em que o direito sirva, efetivamente, à consolidação da cidadania e à ideia do bem-comum”,⁶⁵ numa perspectiva

⁶¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 155.

⁶² VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 155.

⁶³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 155.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994, p. 9-30.

⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 155.

emancipatória.⁶⁶

Warat ressalta, que não se pode falar de cidadania para fazer referência aos homens desesperados pela miséria. “Desses homens – segundo ele – foi roubada a sua cidadania”.⁶⁷

Está-se, pois, diante de uma proposta de justiça popular afeiçoada às exigências do novo milênio, a exigir, entretanto, outra postura do juiz, com quebra do paradigma normativista, além da correção de rumos do processo e do procedimento no plano legislativo, para a suplantação de aporias e para esconjurar a tendência recorrente de transformá-la em panaceia política para resolução de outros problemas mais agudos do Judiciário ou dos procedimentos formais no âmbito exclusivo da jurisdição contenciosa.⁶⁸

É dentro dessa visão prospectiva, levando em conta os cenários de alternativas de solução de conflitos emergentes dentro e fora do sítio da jurisdição oficial, que se vislumbra o sistema de Juizados Especiais, numa visão pluralista de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed., Rev. e Atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 282p.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, 570p.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil brasileiro”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 727, p. 29-32, maio/1996.

ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, 336p.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A nova dimensão paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPANEMA, Sílvio. “Arbitragem da Mitologia aos nossos dias”. **Câmara de Mediação e Arbitragem**

⁶⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 182.

⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias**: informe sobre ecocidadania, gênero e Direito, p. 65.

⁶⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 184.

de Brusque – CMABq. *Blog.* Artigo publicado *on line*. Acesso eletrônico em 20/09/2016, in: <http://www.arbitragembrusque.com.br/archives/258>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **O processo civil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 1994, p. 9-30.

CARDOSO, Antônio Pessoa. “Justiça alternativa; juiz de paz”. **Revista dos Juizados Especiais.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, n. 17, ago. /1996.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da cidadania no Brasil.** México: Fundo de Cultura Econômica, 1993.

DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1962, v. 1.

FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial, 1808-1871:** control social y estabilidad política en el nuevo Estado. Trad. espanhol - Mariluz Caso. Mexico: Fundo de Cultura Económica, 1986, 340p.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça.** Salvador: Jus Podvm, 2008.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça:** um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos,* Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado.** São Paulo, Oliveira Mendes, 1998.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. “Juizados de pequenas causas em países latino-americanos”. **AMB Imprensa.** Disponível *on line em:* http://www.amb.com.br/index_.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1076.

POLDEN, Patrick. **A history of the County Court, 1846-1971.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Acesso à Justiça:** Projeto Florença e Banco Mundial. Dissertação de

Mestrado, Universidade Presbiteriana Mackenzie, S.Paulo, 2009, 178p, disponível in: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp130676.pdf>.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Apresentação. In: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed., Rev. e Atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 21-23.

RODYCZ, Wilson Carlos. “O Juizado Especial Cível brasileiro e as Small Claims Courts americanas – comparação de alguns aspectos”. **Revista dos Juizados Especiais**. Porto Alegre: n. 18, p. 26, dez. /1996.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Jane Maria Köler. “Origem do Juizado Especial de Pequenas Causas e seu estágio atual”. In: **Juizado de Pequenas Causas**: doutrina – jurisprudência. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1991, p. 5-8.

WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias**: informe sobre ecocidadania, gênero e Direito. Trad. Julieta Rodrigues Sabória Cordeiro. Porto Alegre: Síntese, 2000b, 200p.

DIMENSÕES INTER-MULTI-TRANSDISCIPLINARES PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PREVIDENCIÁRIO

José Antonio Savaris¹

Diego Henrique Schuster²

INTRODUÇÃO

Já advertiu o poeta para não nos rendermos às evidências e não nos deixarmos prender à primeira impressão, pois *"o que não foi impresso continua sendo escrito à mão"*³. Essa perspectiva é assumida como pano de fundo do presente texto, que irá analisar os diferentes "movimentos" das disciplinas e seu impacto na compreensão do direito fundamental à previdência social. As categorias e os conceitos jurídicos, considerados isoladamente, podem iludir o sujeito que busca o conhecimento.

O fechamento do Direito em seus próprios elementos (fechamento operacional), – termo que numa visão prática pode reforçar a ilusão de que o direito fundamental à previdência social se resume a um conjunto de leis, decretos, instruções normativas etc –, significa, pelo contrário, a possibilidade de abertura cognitiva desse sistema às comunicações provenientes de outros sistemas sociais, tais como a ciência, a economia, a biologia, a política etc.

O foco desta pesquisa é menos as discussões no campo do sistema de ensino jurídico, isto é, de como as faculdades ensinam a isolar, separar e descolar a prática da teoria, e mais de como as mudanças na sociedade, decorrentes da utilização massificada da ciência e da técnica para a produção industrial, convidam/obrigam os juristas a saírem de um lugar de onde, até pouco tempo atrás, era possível observar os riscos industriais (concretos), – uma posição, por assim dizer, cômoda –, e ir além, para agora buscar o maior número possível de informações/certezas sobre os

¹ Doutor em Direito da Seguridade Social (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Univali. Juiz Federal do TRF da 4ª Região. Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP. E-mail: jasavaris@gmail.com.

² Mestre em Direito Público e Especialista em Direito Ambiental pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Diretor-Adjunto da Diretoria Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP. Autor dos livros: **Aposentadoria especial**: entre o princípio da precaução e a proteção social, pela editora Juruá, e **Processo previdenciário**: o dever de fundamentação das decisões judiciais, pela editora LTr. E-mail: vidareal33@bol.com.br.

³ Excerto da letra de "Ilusão de Ótica", composição de autoria de Humberto Gessinger, cantada pelo grupo gaúcho Engenheiros do Hawaii ainda nos anos de mil novecentos e oitenta.

riscos pós-industriais (abstratos).

Para ilustrar a importância de um conhecimento que se recusa a compreender a problemática dos direitos sociais previdenciários desde a perspectiva técnica-jurídica, o texto trabalhará a temática da aposentadoria especial. Nela, o direito previdenciário oferece elementos para a problemática do risco social e isso lhe dá condições para a formação de processos de integração e diálogo com outros ramos do próprio Direito e sistemas comunicacionais, na busca de fundamentos para as decisões que vinculam o futuro.

Para apresentar algumas inquietações e reflexões sobre o assunto, sem qualquer pretensão de esgotá-las⁴, o artigo foi desenvolvido preponderantemente a partir do método dedutivo, mas também se lançou mão do método indutivo - destacadamente quando se buscou chamar as problemáticas à ilustração.

O texto é dividido em três partes. Na primeira, serão feitos alguns esclarecimentos preliminares, a fim de bem demarcar as fronteiras e proposições deste trabalho. Na segunda, ganham destaque os diferentes “movimentos” das disciplinas, nas formas inter, multi e transdisciplinar, com especial atenção para suas possíveis contribuições ao direito fundamental à previdência social e, em uma delimitação mais específica e explícita, à gestão do risco pela previdência social. Na terceira e última parte, o paradigma da complexidade aparece como condição da transdisciplinaridade.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Para se proporcionar um salto de significado sobre a (nova) semântica do direito fundamental à previdência social, deve-se pensar no problema da formalização ou quantificação do pensamento, enquanto único caminho – leia-se: isolado e não comunicante –, e, conseqüentemente, conhecer os diferentes “movimentos” metodológicos de um mesmo processo científico. A tendência, depois disso, é que, do ponto de vista do pesquisador/observador, o direito se abra para dois caminhos: abrir-se e fechar-se para outras áreas do conhecimento que poderão ajudá-lo a compreender a complexidade “das Realidades” e deixar ingressar no cenário

⁴ Ainda que em uma mais acentuada perspectiva crítica da adoção da metodologia das chamadas ciências naturais para a solução de problemas no campo das ciências sociais, o tema foi objeto de estudo, pelo segundo autor, quando da publicação do texto Método e ideologia na aplicação do direito previdenciário. In: Vaz, Paulo Afonso Brum ;SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da Previdência e Assistência Social: Elementos para uma compreensão interdisciplinar**. 1ed.Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 115-148.

jurídico uma nova concepção de previdência social, na qual o maior desafio consiste em diminuir constantemente as diferenças entre o planejamento e o futuro⁵.

Oportunas, nesse início, as considerações de Fritjof Capra⁶, no sentido de que “[...] todos os conceitos que utilizamos para descrever a natureza são limitados, e não são características da realidade, como tendemos a acreditar, mas criações da mente, partes do mapa e não do território”.⁷ E isso para dizer que, mesmo que as modificações dos conceitos de espaço e tempo, efetuadas pela teoria da relatividade, constituíram uma das maiores revoluções na história da ciência, a incerteza continua, inclusive no que diz respeito à natureza da incerteza. Assim, o significativo aumento da complexidade e incerteza na sociedade contemporânea demonstra a necessidade de uma nova abordagem (também) pelo direito, interna à sua teoria, como estratégia de ampliar o acesso e utilização do maior número possível de informações, de integrá-las, enfim, de “formular esquemas de ação e de estar apto para reunir o máximo de certeza para enfrentar a incerteza”,⁸ com proposição para a gestão dos riscos abstratos.

A noção genérica de previdência social pode ser construída a partir de diversas perspectivas teóricas e de escalas. Isto se deve ao seu caráter inter-multi-transdisciplinar e por se tratar de um tema dinâmico. No sistema jurídico, a metodologia inter-multi-transdisciplinar facilita a interpretação das informações científicas (conclusivas ou não), o que, a partir da compatibilização da proteção social com o princípio da precaução, deve possibilitar ao Direito avaliar a probabilidade de ocorrência e magnitude dos riscos (concretos e abstratos),⁹ para fins de

⁵ Citando Basarab Nicolescu, físico quântico da Universidade de Paris e presidente do CIRET: “Deve-se entender por *nível de Realidade* um conjunto de sistemas invariável sob a ação de um número de leis gerais: por exemplo, as entidades quânticas submetidas às leis quânticas, as quais estão radicalmente separadas das leis do mundo macrofísico. Isto quer dizer que dois níveis de Realidade são *diferentes* se, passando de um ao outro, houver ruptura das leis e ruptura dos conceitos fundamentais (como, por exemplo, a causalidade). Ninguém conseguiu encontrar um formalismo matemático que permita a passagem rigorosa de um mundo ao outro. As sutilezas semânticas, as definições tautológicas ou as aproximações não podem substituir um formalismo matemático rigoroso. Há, mesmo, fortes indícios matemáticos de que a passagem do mundo quântico para o mundo macrofísico seja sempre impossível. Contudo, não há nada de catastrófico nisso. A *descontinuidade* que se manifestou no mundo quântico manifesta-se também na estrutura dos níveis de Realidade. Isto não impede os dois mundos de coexistirem. A prova: nossa própria existência. Nossos corpos têm ao mesmo tempo uma estrutura macrofísica e uma estrutura quântica”. NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e Transdisciplinaridade**. p. 18.

⁶ CAPRA, Fritjof. **O tão da física**: uma análise dos paralelos entre a física moderna e o misticismo oriental. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 171.

⁷ Para Michel Random: “Nosso olhar sobre a realidade determina a própria realidade. Mas a evolução do olhar, dos conceitos, das crenças é extremamente lenta, ao passo que a situação planetária experimenta, em todos os setores da tecnologia e da ciência, mas também na deterioração da vida planetária, uma aceleração exponencial”. RANDON, Michel. Território do olhar. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de. **Educação e transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 27.

⁸ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 193.

⁹ No meio ambiente de trabalho, observa-se a produção tanto de riscos concretos (passíveis de demonstrações causais), quanto de riscos abstratos (imperceptíveis aos sentidos humanos), em razão do maior ou menor conhecimento científico sobre os riscos

concessão da aposentadoria especial,¹⁰ e fazer valer a função preventiva da previdência social, no sentido de antecipar-se ao dano (doenças e acidentes ocupacionais).

2. INTERDISCIPLINARIDADE, MULTIDISCIPLINARIDADE E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O direito previdenciário se relaciona automaticamente com outros ramos do direito, razão pela qual questões como, por exemplo, a condição de união estável, o dano moral, a natureza tributária da contribuição previdenciária, para citar apenas estes institutos, são tratados no âmbito da ação previdenciária, dada sua autonomia.¹¹ No entanto, enquanto mera disciplina, – entre as quais se dividem as diversas espécies de direito –, que pretende conhecer da melhor maneira possível não apenas o conjunto de normas e princípios previdenciários, mas os fenômenos que lhe afetam, o direito previdenciário, sozinho (leia-se: sem uma abordagem integrada com outros ramos clássicos do sistema do direito, como o direito do trabalho e o direito ambiental), não tem condições de compreender a dimensão integral do meio ambiente do trabalho e refletir sobre os riscos e perigos que recaem sobre os trabalhadores/segurados, caracterizados pela maior complexidade probatória,¹² além de tornar seus especialistas ignorantes de tudo aqui que não concerne a sua disciplina. Nesse sentido, Edgar Morin¹³ fala sobre a virtude da especialização e o risco de hiperespecialização:

A necessidade de antecipar-se ao dano foi incorporada e assimilada por diferentes disciplinas, como o direito ambiental, o direito do trabalho e, também, o direito previdenciário, a partir da existência de um objeto comum, qual seja, o meio ambiente, nele compreendido do trabalho. É, pois, nessa perspectiva que a “interdisciplinaridade pode significar, pura e simplesmente, que diferentes disciplinas são colocadas em volta de uma mesma mesa [...]” ou a

envolvendo, sobretudo, agentes químicos (*e. g.*, gases, vapores, poeiras e líquidos). Assim, na área ocupacional, os trabalhadores estão expostos desde substâncias cancerígenas, como a anilina, o amianto, o benzeno, que podem causar câncer de pele e outros efeitos tóxicos e fatais, até nanopartículas e organismos geneticamente modificados, cujos efeitos negativos nada ou pouco são conhecidos (planejados).

¹⁰ A aposentadoria especial é uma prestação previdenciária – *diferente das demais aposentadorias* – devida ao segurado que tiver trabalhado, durante 12, 20 ou 25 anos, sujeito a “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, referencial previsto no art. 201, §1º, da Constituição brasileira, onde assume nítido caráter de direito subjetivo de natureza fundamental e social, e reafirmado pela Lei 8.213/91, na qual o benefício tem regulamentação provisória.

¹¹ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 85.

¹² CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 72.

¹³ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 105-106.

“[...] troca e cooperação, o que faz com que a interdisciplinaridade possa vir a ser alguma coisa orgânica”.¹⁴ Para Basarab Nicolescu¹⁵, a interdisciplinaridade diz respeito:

[...] à transferência de métodos de uma disciplina para outra. Podemos distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) um grau de aplicação. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) um grau epistemológico. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) um grau de geração de novas disciplinas. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, a arte informática. Como a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar. Pelo seu terceiro grau, a interdisciplinaridade chega a contribuir para o big-bang disciplinar.

Por outro lado, a disciplinaridade permitiu o exercício da multidisciplinaridade, que diz respeito “ao estudo de um objeto de uma única disciplina por diversas disciplinas ao mesmo tempo [...]”.¹⁶ Para Edgar Morin¹⁷, a multidisciplinaridade constitui:

uma associação de disciplinas, por conta de um projeto ou de um objeto que lhes sejam comuns; as disciplinas ora são convocadas como técnicos especializados para resolver tal ou qual problema; ora, ao contrário, estão em completa interação para conceber esse objeto e esse projeto, como no exemplo da hominização.

No cenário jurídico brasileiro, a sustentação técnica e multidisciplinar das decisões judiciais aparece no processo de avaliação e gestão dos riscos, sobretudo, no direito ambiental, ainda identificado fortemente com a noção de risco concreto, isto é, com bases científicas quantificáveis e dotadas de previsibilidade.¹⁸ São exemplos disso o Estudo de Impacto Ambiental - EIA (art. 225, §1º, IV, da CF/1988; art. 9, III, da Lei 6.38/1981; arts. 5º e 6º, da Res. Do Conama 1/1986). O Estudo de Impacto Ambiental deve conter no mínimo uma:

[...] análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através da identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benefícios e adversos), diretos e indiretos,

¹⁴ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. p. 115.

¹⁵ NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e Transdisciplinaridade**. Tradução de Judite Vero, Maria F. de Mello e Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000. p.11.

¹⁶ A EVOLUÇÃO transdisciplinar na educação: contribuindo para o desenvolvimento sustentável da sociedade e do ser humano [anexo 5]. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de (Org.). **Educação e transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002. p.206.

¹⁷ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.p. 115.

¹⁸ CARVALHO, Délton Winter de. Modelos de gestão de risco ambientais extremos: entre as dimensões da incerteza e as intensidades da precaução na decisão jurídica. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 65, out./dez. 2014.

imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição do ônus e benefícios sociais.¹⁹

No direito previdenciário, a prova da exposição do trabalhador a agentes nocivos, com potencialidade de prejudicar a saúde e/ou integridade física, é feita por meio de formulários e/ou laudos (LTCAT ou PPRA) produzidos pela própria empresa,²⁰ que, não raras as vezes, insiste em disponibilizar as melhores informações sobre o ambiente de trabalho.²¹ É bem verdade que, na justiça, a Constituição Federal e o Direito Processual Previdenciário permitem todos os meios de prova admitidos, desde que lícitos, incluindo a perícia técnica in loco ou estabelecimento similar. Contudo, na prática, o resultado é sempre polarizado pelo conhecimento individual e fragmentado do perito, que se limita a verificar a presença (ou não) dos agentes nocivos que justificam a concessão de aposentadoria especial, isto é, inscritos em regulamentos. Diferentemente do EIA, não se possui uma equipe técnica multidisciplinar, com profissionais de diversas áreas.

Incontestável é a necessidade de a verificação da situação e condições do labor contar com a opinião de médicos sobre aquelas doenças relacionadas ao trabalho; de químicos, biólogos e profissionais da saúde sobre a toxicidade de determinadas substâncias, como é o caso das nanopartículas; de físicos sobre o comportamento da vibração e efeitos da corrente elétrica transmitidos ao corpo humano; e assim por diante, sendo o laudo não o resultado da soma de pareceres separados, mas de uma conjunção, de uma análise integrada dos diferentes conhecimentos técnicos, sem compromisso com critérios legais que decorrem mais de uma opção do legislador – como se percebe nos decretos 53.831/64, 2.172/97 e 3.048/99, para citar os mais utilizados no enquadramento das atividades especiais – e menos de estudos científicos, e capaz de considerar todos os fatores que interferem no bem-estar humano e enfrentar os grandes desafios (riscos) de nossa época.

Demais, tem-se que a necessidade de estudo multidisciplinar (também) em matéria previdenciária decorre de uma compreensão holística das ciências que tem como objeto o meio

¹⁹ Art. 6, resolução do Conama 1/1986.

²⁰ Somente pode ser assinado por engenheiro de segurança ou médico do trabalho, conforme exige o art. 58, § 1º, da Lei 8.213/91.

²¹ Em poucas palavras, a realidade transborda de todos os lados desses documentos. Segundo Adriane Bramante de Castro Ladenthun: A empresa, por outro lado, tem todos os motivos para fornecer um documento inverídico, pois, se relatar formalmente no formulário todos os agentes agressivos a que seus colaboradores estão verdadeiramente expostos, sofrerá ações temerárias do Ministério Público, indenizações cíveis, ações trabalhistas, fiscais, penais e regressivas. Ora, qual é a empresa que vai querer se expor? [...]. Ficamos surpresos com o número de doutrina em saúde, higiene e segurança do trabalho ensinando as empresas a não produzirem provas contra si mesmas. LADENTHUN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 183.

ambiente lato senso.²² Essa necessidade de ampliar os horizontes (limites) de exploração do objeto é muito significativa e pode ser enriquecida tanto pela multidisciplinaridade como pela interdisciplinaridade, sendo que está última, como já referido, desvenda e encontra soluções, propiciando o surgimento de novas aplicabilidades, disciplinas ou epistemologias.²³ Um exemplo disso é a disciplina jurídica “direito ambiental do trabalho”.²⁴

2.1 A Transdisciplinaridade Vinculada à Gestão dos Riscos Abstratos

O último desses “movimentos” é a transdisciplinaridade, e aqui não se pode cair na armadilha de tentar estabelecer correspondência entre a passagem do multidisciplinar ao interdisciplinar e transdisciplinar. A transdisciplinaridade não significa um momento ou etapa de superação ou desconsideração da interdisciplinaridade ou multidisciplinaridade, mas, e isso sim, uma condição complementar. Se a multidisciplinaridade e a interdisciplinaridade inscrevem-se em um nível de linearidade disciplinar e dizem respeito a um único nível de realidade,²⁵ a transdisciplinaridade, como o prefixo “trans” indica: “[...] diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina. Seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento”.²⁶ Enrique Leff²⁷ define a transdisciplinaridade como:

[...] um processo intercâmbio entre diversos campos e ramos do conhecimento científico, nos quais uns transferem métodos, conceitos, termos e inclusive corpos teóricos inteiros para outros, que são incorporados e assimilados pela disciplina importadora, introduzindo um processo contraditório de avanço/retrocesso do conhecimento, característico do desenvolvimento das ciências.

Cumpra observar que o pensamento sistêmico, a partir da ideia de que “o todo é mais do

²² A Norma Regulamentadora – 34, que estabelece os requisitos mínimos e as medidas de proteção à segurança, à saúde e ao meio ambiente de trabalho nas atividades da indústria de construção e reparação naval, traz a seguinte exigência: “A Análise Preliminar de Risco - APR consiste na avaliação inicial dos riscos potenciais suas causas, consequências e medidas de controle, efetuada por equipe técnica multidisciplinar e coordenada por profissional de segurança e saúde no trabalho ou, na inexistência deste, o responsável pelo cumprimento desta Norma, devendo ser assinada por todos participantes”.

²³ A EVOLUÇÃO transdisciplinar na educação: contribuindo para o desenvolvimento sustentável da sociedade e do ser humano [anexo 5]. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de (Org.). **Educação e transdisciplinaridade II**. p. 207.

²⁴ Julio Cesar de Sá Rocha defende com propriedade a autonomia, conteúdo e princípios fundamentais do direito ambiental do trabalho. ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigmas na tutela jurídica à saúde do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213 e seguintes.

²⁵ A EVOLUÇÃO transdisciplinar na educação: contribuindo para o desenvolvimento sustentável da sociedade e do ser humano [anexo 5]. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de (Org.). **Educação e transdisciplinaridade II**. p. 206.

²⁶ NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e Transdisciplinaridade**. p. 15.

²⁷ LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 83

que a soma das partes”, é uma diretiva para um pensamento que une e, desde a segunda metade do século XX, vem minando progressivamente, ainda que por fora, a validade de um conhecimento reducionista, fruto da ciência disciplinar.²⁸ Certamente, Niklas Luhmann ousou transpor as barreiras disciplinares e desenvolveu um conhecimento científico verdadeiramente transdisciplinar, por conhecer e discutir conceitos contemporâneos propostos por diferentes áreas do conhecimento (biologia, física, cibernética, filosofia, história, geografia, etc.), até chegar aos conceitos de autopoiesis ou acoplamento, por exemplo, para sua teoria social.²⁹ Nesse sentido, Niklas Luhmann³⁰:

No podemos ocuparnos en este lugar de los problemas generales de la investigación interdisciplinaria. Existe una cooperación en el plano de los proyectos, y existen esferas de la investigación que podrían denominarse campos transdisciplinarios (por ejemplo, la cibernética y la teoría de los sistemas). La investigación del riesgo podría representar una posibilidad adicional.

O desafio que se desenha frente as incertezas produzidas pelo desenvolvimento dos conhecimentos, sobretudo tecnológicos, mostra que é preciso ir além, e aqui aparece o termo transdisciplinaridade.³¹ No retrato capturado pelos sinais dos tempos atuais, há uma característica peculiar: “[...] a geração do conhecimento não cabe mais nos compartimentos das disciplinas, tamanha a complexidade dos projetos que são desenhados”.³² Essa tendência é bastante sentida pelos especialistas em direito ambiental, que se veem forçados a incursionar em outros temas, ou seja, dada a generalidade e abrangência das questões ambientais, o assunto acaba esbarrando em questões pertinentes a outras áreas do conhecimento, dada a sua transdisciplinaridade.³³ Ricardo Luis Lorenzetti³⁴ exemplifica: “[...] o desmatamento é analisado

²⁸ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. p. 26-27.

²⁹ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann**: A sociedade como sistema. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 14-15.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Universidad de Guadalajara, 1992. p. 48.

³¹ No caso especial da alta tecnologia, Niklas Luhmann aduz: “[...] nuestra sociedad se considera de riesgo, tiene que ver fundamentalmente con la velocidad del desarrollo tecnológico en esferas que son científicamente de la competencia de la física, la química y la biología”. LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. p. 12.

³² ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 9. Edgar Morin ironiza: “Sabemos cada vez mais que as disciplinas se fecham e não se comunicam uma com as outras. Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É por isso que se diz cada vez mais: ‘façamos interdisciplinaridade’. Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar”. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. p. 193.

³³ No âmbito do Direito Ambiental, os doutrinadores estão suficientemente cômicos dessa tendência, diante da generalidade e abrangência das questões ambientais. Francisco José Carvalho explica esse movimento: “[...] o direito ambiental, sendo transdisciplinar, atravessa os demais ramos do direito e também, as ciências sociais. Como uma teia, ele transpassa vários fios diferentes, e em cada ponto se encontra, amarrado, como se fosse um nó, dando um suporte às outras ciências e abstraindo dessas mesmas ciências aquilo que é necessário para a preservação e proteção do meio ambiente”. CARVALHO, Francisco José. **Curso de direito ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 69. Adverte Paulo de Bessa Antunes que: “Em matéria de direito ambiental, as fronteiras entre os diversos segmentos do conhecimento humano tornam-se cada vez menores. Na análise de uma medida a

desde o ponto de vista econômico, biológico, jurídico. À diferença dos pressupostos anteriores, não são as disciplinas que moldam o objeto, mas sim o problema que convoca as disciplinas com um pouco mais de liberdade”.

Enfrentando o prisma exclusivo da configuração probatória do dano ambiental, Délton Winter de Carvalho sustenta a necessidade de um processo de interface (acoplamento estrutural) entre direito e ciência, em que “o direito deverá proceder a um processo de decodificação das descrições técnicas efetuadas pelos peritos, configurando tais reações como dano ou impacto ambiental”.³⁵ Ainda que o acoplamento entre ciência e direito auxilie na identificação de um dano, algumas dificuldades persistem, as quais podem ser estendidas para o direito previdenciário, mormente no que diz respeito à identificação e carga probatória da potencialidade de dano de determinados agentes, razão para adoção da teoria das probabilidades e aplicação do princípio da precaução em contextos de incerteza científica. É, pois, nesse sentido, que o autor estabeleceu uma relação entre a gestão dos riscos abstratos, a metodologia transdisciplinar e o princípio da precaução, com proposição para a caracterização do ilícito ambiental:

A gestão dos riscos abstratos encontra-se, ainda, diretamente, ligada a uma metodologia transdisciplinar que fomente a interação entre os diversos diálogos policontextuais envolvidos (direito, ciência, política, economia). É a partir dessa metodologia transdisciplinar que o princípio da precaução deve ser capaz de avaliar a probabilidade de ocorrência dos riscos abstratos, sua provável magnitude e irreversibilidade para fins de caracterização como ilícito ambiental.³⁶

A transdisciplinaridade traz sua própria contribuição ao permitir que o jurista transgrida os limites do sistema do direito, para analisar a questão do risco envolvendo o trabalho nanotecnológico desde o ponto de vista científico, por exemplo, e internalize novos conhecimentos, o que, depois de validados pelo próprio direito, – a partir de uma linguagem jurídica –, poderão fundamentar e legitimar decisões que vinculam o futuro. É como explica Délton Winter de Carvalho³⁷: “Assim, as informações científicas serão analisadas segundo os critérios de validade autolegitimados pelo direito que procura, seletivamente, nestes elementos informações que lhe sirvam operacionalmente para a construção de sentido jurídico”. Cada nova operação

ser tomada pelo aplicador da lei em matéria ambiental, necessariamente, estão presentes considerações que não são apenas jurídicas”. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 60.

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. p. 342.

³⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. p. 20.

³⁶ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. p. 79.

³⁷ CARVALHO, Délton Winter de. Por um direito dos desastres ambientais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 9. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 86.

realizada no interior do sistema do Direito vai modificar o próprio Direito, pois vai possibilitar a esta decisão sejam conectadas ulteriores decisões,³⁸ e, nessa perspectiva, fazer valer a função preventiva da previdência social.

3. O PENSAMENTO COMPLEXO COMO CONDIÇÃO PARA TRANSDISCIPLINARIDADE

Para promover a transdisciplinaridade, a fim de superar o paradigma denominado simplificado (redução/separação), Edgar Morin³⁹ aduz que é preciso “um paradigma de complexidade, que ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais”.⁴⁰ Esse pensamento complexo conta com a ajuda dos conceitos cibernéticos, sistêmicos, mas sempre os criticando e tentando dar um passo no sentido de ir além.⁴¹ É nesse particular que o autor insiste:

Ao contrário de Descartes, que partia de um princípio simples de verdade, ou seja, que identificava a verdade com as ideias clara e distintas, e por isso podia propor um discurso do método em poucas páginas, eu faço um discurso muito longo à procura de um método que deve ser elaborado com esforço e risco. [...]. É convidar a pensar-se na complexidade. Não é dar a receita que fecharia o real numa caixa, é fortalecer-nos na luta contra a doença do intelecto – o idealismo –, que crê que o real se pode deixar fechar na ideia e que acaba por considerar o mapa como o território, e contra a doença degenerativa da racionalidade, que é a racionalização, a qual crê que o real se pode esgotar num sistema coerente de ideias.⁴²

Segundo Basarab Nicolescu, a complexidade “nutre-se da explosão da pesquisa disciplinar e, por sua vez, a complexidade determina a aceleração da multiplicação das disciplinas”, dando o autor razão à Edgar Morin quando assinala que o conhecimento do complexo condiciona uma política de civilização. Essa aposta na complexidade, não em oposição à simplicidade, mas como “condição” suscita perguntas cujas respostas traduzem a complexidade do tema:

³⁸ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 314.

³⁹ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. p. 138.

⁴⁰ Edgar Morin exemplifica: “Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes. Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso *século* e de nossa era planetária nos confrontam, inevitavelmente e com mais e mais frequência, com os desafios da complexidade”. MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. p. 14.

⁴¹ Mais adiante, Edgar Morin aduz: “O método da complexidade pede para pensarmos nos conceitos, sem nunca dá-los por concluídos, para quebrarmos as esferas fechadas, para restabelecermos as articulações entre o que foi separado, para tentarmos compreender a multidimensionalidade, para pensarmos na singularidade com a localidade, com a temporalidade, para nunca esquecermos as totalidades integradoras. [...] Deve-se conviver com essa complexidade, com esse conflito, tentando não sucumbir e não se abster”. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. p. 193.

⁴² MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. p. 140.

Teria a complexidade sido criada por nossa cabeça ou se encontra na própria natureza das coisas e dos seres? O estudo dos sistemas naturais nos dá uma resposta parcial a esta pergunta: tanto uma como outra. A complexidade das ciências é antes de mais nada a complexidade das equações e dos modelos. Ela é, portanto, produto de nossa cabeça, que é complexa por sua própria natureza. Porém, esta complexidade é a imagem refletida da complexidade dos dados experimentais, que se acumulam sem parar. Ela também está, portanto, na natureza das coisas.⁴³

Em linhas gerais, a transdisciplinaridade inova na medida em que “se interessa pela dinâmica gerada pela ação de vários níveis de Realidade ao mesmo tempo”.⁴⁴ Nesse sentido, oportuna a resposta que Heinz Von Foerster deu à pergunta “O que é a realidade?”, durante uma entrevista: “A realidade é o 18º camelo”! Nesta estória, o 18º camelo tem a função de tornar possível a operação de divisão que, diversamente, não poderia ser realizada no sistema:

Um religioso islâmico que, cavalgando seu camelo no deserto, encontrou alguns homens com um grupo de camelos. Percebendo que estes estavam tristes, pergunto qual era a razão daquela tristeza, ao que lhe responderam:

- ‘Nosso pai morreu’.

- ‘Isto é muito triste, mas seguramente Allah aceitou. Deve haver-lhes deixado alguma coisa’.

- Deixou-nos aquilo que possui, estes 17 camelos, que nos pediu que repartissem entre nós. O irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos, o segundo com um terço e, o último, com um nono dos camelos. Tentamos dividi-los, mas, sendo 17 o número de camelos, pensamos que seja impossível fazê-lo’.

Mullah compreendeu o problema, junta aos 17 seu próprio camelo e, então, começa a dividir: a metade de 18 é 9; um terço é 6; um nono é 2. A soma de nove, seis e dois é 17 ($9 + 6 + 2 = 17$). Então, salta em seu camelo e se distancia.⁴⁵

É bem verdade que na versão trazida por Niklas Luhmann são 12 camelos. No entanto, o que mais perto interessa nesse momento não é o número de quadrúpedes utilizados no cálculo, tampouco sustentar, na mesma linha em que Juliana Neuenschwander Magalhães se apropriou do conto, que os princípios gerais no direito funcionam como um 12º ou 18º camelo, mas, e isso sim, as considerações sobre o seu papel, sobretudo, no sentido de que o camelo acrescentado “[...] flutua, circula em todas as operações”,⁴⁶ e que vão na mesma linha de Jean Clam, quando conclui:

⁴³ NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e Transdisciplinaridade**. p. 19 e 21.

⁴⁴ NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e Transdisciplinaridade**. p. 16.

⁴⁵ Ver MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 287-328.

⁴⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 320.

“[...] ele introduz um componente virtual, o qual possibilita a decisão mediante a expansão da disposição original do caso”,⁴⁷ uma vez que Basarab Nicolescu⁴⁸ entende por Realidade não apenas aquilo que:

[...] resiste a nossas experiências, representações, descrições, imagens ou formalizações matemáticas. A física quântica nos fez descobrir que a abstração não é um simples intermediário entre nós e a Natureza, uma ferramenta para descrever a realidade, mas uma das partes constitutivas da Natureza. Na física quântica, o formalismo matemático é inseparável da experiência. Ele resiste, a seu modo, tanto por seu cuidado pela autoconsistência interna como por sua necessidade de integrar os dados experimentais, sem destruir esta autoconsistência. Também noutro lugar, na realidade chamada ‘virtual’ ou nas imagens de síntese, são as equações matemáticas que resistem: a mesma equação matemática dá origem a uma infinidade de imagens. As imagens estão latentes nas equações ou nas séries de números. Portanto, a abstração é parte integrante da Realidade.

Conduzindo assim a metáfora do 18º camelo, é igualmente possível pensar/afirmar que a realidade entre e/ou além da disciplina é necessária para a própria disciplina.⁴⁹ Nesse sentido, Edgar Morin cita um imperativo cognitivo formulado há três séculos por Blaise Pascal:

Uma vez que todas as coisas são causadas e causadoras, ajudadas e ajudantes, mediatas e imediatas, e todas estão presas por um elo natural e imperceptível, que liga as mais distantes e as mais diferentes, considero impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, tanto quanto conhecer o todo sem conhecer, particularmente, as partes.⁵⁰

Ainda que o que se deduz do que Blaise Pascal disse pode não ser o que ele quis dizer, Edgar Morin⁵¹ conclui: “De alguma forma, ele convidava a um conhecimento em movimento, a um conhecimento em vaivém, que progride indo das partes ao todo e do todo às partes; o que é nossa ambição comum”. O autor alerta, ainda, para a necessidade de se levar em conta o contexto, inclusive as condições culturais e sociais em que as disciplinas “nascem, levantam problemas, ficam esclerosadas e transformam-se”. Nesse ponto o autor desenvolve reflexões sobre o que ele chama de “metadisciplinar”, onde o termo “meta” significa “ultrapassar e conservar”. É dizer: “Não se pode demolir o que as disciplinas criaram; não se pode romper todo o fechamento: há o problema da disciplina, o problema da ciência, bem como o problema da vida; é preciso que uma

⁴⁷ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2006. p. 107.

⁴⁸ NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e Transdisciplinaridade**. p. 17.

⁴⁹ Talvez a questão esconda uma metafísica. Para Hans Jonas: “[...]. A metafísica, ao contrário, desde sempre foi uma questão da razão, e esta pode ser acionada sob a inspiração do desafio”. HANS, Jonas. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 96-97.

⁵⁰ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. p. 116.

⁵¹ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. p. 116.

disciplina seja, ao mesmo tempo, aberta e fechada”.⁵²

A pesquisa transdisciplinar, por não ter um objeto, é a que melhor sabe lidar com a enorme complexidade das interdependências, fomentando e potencializando o caráter integrativo que o direito previdenciário exerce junto a outras dimensões comunicativas da sociedade (ciência, economia, biologia, política, etc.). Por certo, constituindo o direito previdenciário, e nele o instituto da aposentadoria especial – modo mais específico de implementação da gestão de risco pela previdência social –, mais uma resposta aos vários problemas gerados pela civilização científico-técnico-industrial dos tempos modernos, a transdisciplinaridade é importante, também, no sentido de antecipar os patamares críticos sobre os fatores de riscos atuais, cujo cálculo precisa ser feito bem antes da chegada do dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além de conter elementos de direito constitucional social e direito do trabalho, o direito fundamental à previdência social acha-se cada vez mais abertamente submetido a outras áreas do conhecimento, tais como a ciência, a economia, a biologia, a política etc., o que marca a sua autonomia, e não a atenuação desta.

Por constituir uma resposta aos problemas relacionados ao meio ambiente do trabalho, uma nova abordagem, interna à teoria sobre a aposentadoria especial, surge da necessidade de o direito previdenciário ampliar o acesso e utilização do maior número possível de informações científicas, o que decorre de um acoplamento entre ciência e direito, a fim de tentar conciliar o aumento da complexidade e incerteza que gravita sobre os riscos industriais e pós-industriais (concretos e abstratos), bem assim fornecer uma adequada proteção social, dentro daquilo ao qual se propõe: reduzir o tempo de exposição a agentes nocivos. A aposentadoria especial, na perspectiva da gestão do risco pela previdência social, convoca diferentes disciplinas não apenas para auxiliar na avaliação dos elementos probabilidade e magnitude dos riscos, mas a ponderar os interesses coletivos e, conseqüentemente, a viabilidade/impacto de sua concessão nos casos em que inexistem dados científicos seguros sobre eles, já que a proteção do trabalhador deve levar a outras preocupações como, por exemplo, do ponto de vista econômico e político, a perda de empregos, produtividade diminuída e muitos outros problemas.

⁵² MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. p. 116.

A inter-multi-transdisciplinaridade são “movimentos” metodológicos que contribuem para a integração de saberes diferentes, sejam eles saberes de disciplina ou combinação de disciplinas ou, ainda, saberes de outras ordens, furando a barreira do (in)diferente, do (in)dependente, do (in)separável, do (in)evitável etc., com novas interrogações, com o deslocamento e recombinação de sentido, proporcionando, por isso, um salto de significado global. Olhar somente para o direito previdenciário é como “representarmos nossos conhecimentos na superfície do espelho, dando-nos a ilusão de atravessá-lo”.⁵³

É preciso reconhecer que os problemas relacionados ao direito fundamental à previdência social - de natureza material ou processual - não serão resolvidos unicamente a partir dos critérios que informam este ramo do saber. Se, por um lado, a qualificação de um direito como próprio ao domínio previdenciário pode representar uma especialização, há necessidade de se registrar desde logo nosso pensamento de que o conhecimento esquadrihado do direito previdenciário não se basta. Para melhor compreensão, é preciso reconhecer em outros ramos do saber suas potencialidades de nos levar ao conhecimento.

O Direito, por si só, não encontra respostas para a solução de muitos dos conflitos sociais. A cada dia o operador jurídico se vê frente a questões que compreendem objetos transversais, pertencentes a distintos ramos do saber. Não se pode desconsiderar, portanto, a produção de conhecimento oferecida pela economia, pela psiquiatria, pela sociologia e filosofia. A tendência de redução do objeto do conhecimento a princípios exclusivos do Direito faz com que a justiça saia torta, dada a absoluta falta de possibilidade de compreensão do todo. O reducionismo conduz à superficialidade e este constitui um grande desafio ao operador jurídico e, por conseguinte, ao direito como instrumento de pacificação social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CAPRA, Fritjof. **O tão da física**: uma análise dos paralelos entre a física moderna e o misticismo

⁵³ RANDON, Michel. Território do olhar. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de. **Educação e transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 32.

oriental. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Modelos de gestão de risco ambientais extremos: entre as dimensões da incerteza e as intensidades da precaução na decisão jurídica. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 63-84, out./dez. 2014.

_____. Por um direito dos desastres ambientais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 9. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 81-103.

CARVALHO, Francisco José. **Curso de direito ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2006.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

HANS, Jonas. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

LADENTHUN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2013.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Universidad de Guadalajara, 1992.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 287-328.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – Transdisciplinaridade. IN: NICOLESCU,

Basarab et al. **Educação e Transdisciplinaridade**. Tradução de Judite Vero, Maria F. de Mello e Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000. p. 9-26.

RANDON, Michel. Território do olhar. *In*: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de. **Educação e transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental do trabalho**: mudanças de paradigmas na tutela jurídica à saúde do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann**: A sociedade como sistema. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SAVARIS, José Antonio. Método e ideologia na aplicação do direito previdenciário. *In*: Vaz, Paulo Afonso Brum ;SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da Previdência e Assistência Social**: Elementos para uma compreensão interdisciplinar. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, v. , p. 115-148.

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E DE EXECUÇÃO TRABALHISTA: RESPEITO AO ORDENAMENTO INTERNACIONAL OU VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?

Luciene Dal Ri¹

Alessandra Ramos Piazero Benkendorff²

INTRODUÇÃO

O impacto das normas de direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados, a partir da segunda guerra mundial, cresceu consideravelmente devido, principalmente, ao fortalecimento das relações internacionais e ao processo de positivação ao qual foi submetido, sobretudo no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).³

A ampliação do processo de positivação das normas de direito internacional, por meio de tratados, não afastou a importância do costume como fonte primária do direito internacional e ampliou a permeabilidade entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais.⁴

¹ Professora no Programa de Pós-graduação *Stricto-sensu* (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontificia Università Antonianum. E-mail: luciene.dalri@univali.br.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville, Santa Catarina, Brasil. Advogada. E-mail: alepiazero.adv@gmail.com.

³ SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 01, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015. Sloss evidencia que durante o século XIX, os Estados concluíram cerca de 16 mil tratados, enquanto que entre 1945 e 2007 foram concluídos mais de 44 mil tratados internacionais, geralmente orientados para regular três diferentes tipos de relação (p. 10): “States conclude treaties to regulate three different types of relationships: horizontal relations between and among states, vertical relations between states and private actors (including natural persons and corporations), and transnational relations between private actors who interact across national boundaries”. O autor americano indica ainda outro tipo de relação horizontal “A separate category of treaties involves agreements between States and international organizations. Such treaties involve horizontal provisions (such as a nation’s obligation to make financial contributions) and vertical provisions (such as immunities for employees of international organizations). Treaties between states and international organizations do not generally include transnational provisions”.

⁴ A manutenção do costume como fonte primária do direito pode ser bem observada no artigo 38 do Estatuto da Corte de Haia, de 1945, juntamente com as convenções internacionais e os princípios gerais de direito. O artigo do citado Estatuto regula o sistema de fontes do direito a ser considerado pela Corte, definindo como meio auxiliar para a determinação das regras do direito as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados. NAÇÕES UNIDAS, Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Haia, 1945, artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

A presença e a importância do costume em direito internacional não se mantêm apenas no âmbito externo, mas participa do processo de permeabilização dos ordenamentos jurídicos domésticos pelo direito internacional.⁵

O costume em direito internacional é definido como “uma prática geral aceita como sendo o direito”.⁶ Segundo Rezek⁷,

Não há desnível hierárquico entre normas costumeiras e normas convencionais. Um tratado é idôneo para derrogar, entre as partes celebrantes, certa norma costumeira. De igual modo, pode o costume derrogar a norma expressa em tratado: em alguns casos desse gênero é comum dizer que o tratado quedou extinto por *desuso*. O Estatuto da Corte da Haia não tencionou ser hierarquizante ao mencionar tratados antes do costume.⁸

O problema jurídico abarcado por este artigo contextualiza-se, então, no encontro e na permeabilidade entre o sistema jurídico nacional e aquele internacional, sistemas com características bastante diversas no que tange ao regime das fontes do direito.

O problema do *status* a ser atribuído ao costume, no regime das fontes do direito brasileiro, apresenta-se no nosso ordenamento quando, por exemplo, observa-se a sua aplicação, por meio das cortes brasileiras e em particular do Supremo Tribunal Federal, em forma contraposta ao texto constitucional. Nesse sentido, propõe-se o questionamento sobre a constitucionalidade da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal de costumes em contraposição à Constituição Federal de 1988, no que concerne à imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros frente a direitos fundamentais trabalhistas.

Buscando evidenciar e contribuir para a análise do problema jurídico em questão, esse artigo foi organizado em quatro tópicos, além da introdução e da conclusão, o primeiro trata das fontes do direito internacional e seu contraste com o ordenamento jurídico interno; o segundo

⁵ A forma com a qual cada ordenamento jurídico interno recebe o direito internacional comporta elementos que permitem a classificação pela doutrina do sistema como monista ou dualista. A utilização desses termos, porém, é bastante contraditória uma vez que “*there is no single, agreed definition of the terms*”. SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 02, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015. Nesta pesquisa, para a compreensão da classificação dos sistemas, considera-se teoria “monista” aquela cujas matizes são fornecidas por Hans Kelsen na obra *Princípios do Direito Internacional* (Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 493-514), e, teoria “dualista”, aquela fundamentada nos pressupostos apresentados por Karl Heinrich Triepel na obra “*Völkerrecht und Landesrecht*” (1899) e no curso lecionado em 1923 na Academia de Direito Internacional da Haia, intitulado, cuja tradução foi publicada sob o título “As relações entre o direito interno e o direito internacional” na *Revista da Faculdade de Direito* (UFMG, 1966, p. 07-64). Sobre a doutrina internacionalista de Kelsen e de Triepel, vide os textos de François Rigaux e de Cássio Zen, em DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de A.; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 285 e 431.

⁶ NAÇÕES UNIDAS, **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Haia, 1945, artigo 38.

⁷ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.

⁸ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.

tópico trata da imunidade de jurisdição diante da Constituição Federal de 1988; o terceiro tópico trata da manutenção da imunidade de execução pelo Supremo Tribunal Federal e o quarto tópico trata dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Com relação a metodologia, utiliza-se no desenvolvimento do trabalho o método indutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica e documental.

1. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

A recepção do direito internacional, no sistema jurídico brasileiro sempre encontrou suas grandes linhas de regulamentação nas constituições nacionais, sem para tanto apresentar completude e clareza no processo de recepção. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, trata de forma parcial ou incompleta sobre a incorporação do direito internacional, por meio da recepção de tratados internacionais ao direito interno, mas não faz referência ao costume em direito internacional.

As normas provenientes de acordos internacionais são válidas no Brasil após processo de incorporação, previsto de forma lacunosa na constituição federal de 1988, em seus artigos 84, inciso VIII; 49, inciso I e no que concerne particularmente aos tratados sobre direitos humanos, após a emenda 45 (2004), no artigo 5º, § 3º.⁹

A incorporação do direito internacional apresenta, portanto, desdobramentos em âmbito material e formal, considerando o conteúdo do acordo, bem como o seu processo de recepção ao sistema jurídico brasileiro.

1.1 Do *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno

O texto constitucional não é claro quanto ao *status* das normas de direito internacional no ordenamento jurídico interno, salvo em caso de tratados internacionais de direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, com três quintos dos votos dos respectivos

⁹ Tal processo implica na previsão constitucional de celebração de “tratados, convenções ou atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, pelo Presidente da República (art. 84, VIII) e de aprovação do Congresso Nacional, “sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). Entende-se, diante da omissão constitucional, que a ratificação de tratados e convenções internacionais, após a aprovação do Congresso, caiba ao também ao Presidente da República e esteja subentendida no ato de “celebrar”. Sobre o assunto ver GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o seu processo.** Brasília: FUNAG, 2010, *passim*.

membros, recebendo equivalência à emenda constitucional.¹⁰

A lacuna nos textos constitucionais brasileiros sobre o *status* jurídico dos tratados internacionais tem sido sanada via interpretação do Supremo Tribunal Federal. O entendimento do Supremo sobre o tema foi modificado no tempo, sendo que até 1977 entendia-se que em caso de conflito entre um tratado internacional e uma norma interna, seja ela anterior ou posterior ao tratado, haveria primazia do tratado.

No julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal decidiu aplicar nova regra, estabelecendo que norma federal revoga tratado anterior. A decisão acima mencionada é considerada polêmica pela doutrina, devido à mudança de orientação da suprema corte brasileira.

Tal entendimento é mantido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, e traz-se como exemplo o acórdão prolatado na ADI nº 1.480, em 2001, em que se manifesta a subordinação normativa dos tratados internacionais à constituição federal, negando “valor jurídico aos tratados internacionais que incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política”. Na mesma decisão, deixou-se claro que os tratados internacionais regularmente incorporados ao ordenamento jurídico interno “situam-se nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”, não equiparando-se à lei complementar e sem a possibilidade de revogá-las.¹¹

O atual entendimento do Supremo, de subordinação do tratado internacional à

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, “Art. 5, §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Por meio de previsão constitucional e de interpretação do Supremo Tribunal Federal, entende-se que tais acordos submetem-se aos ditames constitucionais, tendo equivalência à lei ordinária (RE 80.004, de 1977), à emenda constitucional (artigo 5º, § 3º) ou à norma suprallegal (RE 466,343 e RE 349,703, de 2008).

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI nº 1.480, relatoria do Min. Celso de Mello, de 26/06/2001: “[...] SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes”.

Constituição e sua possível revogação por norma federal posterior, viola o art. 27 da Convenção de Viena, sobre os direitos dos tratados, de 1969, que prevê que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Ressalta-se ainda que a citada convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo decreto executivo 7.030, de 14 de dezembro de 2009, e que o entendimento contraposto do Supremo não exige e, ao contrário, fomenta a responsabilização internacional do país.

Cabe delinear, porém, que existem exceções a essa regra. Os tratados internacionais de direito tributário e os de direitos humanos são exceções à regra de equiparação de tratados internacionais à lei ordinária, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso, o art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Mesmo com interpretação restritiva no Recurso Extraordinário 80.004, o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados e convenções internacionais sobrepõem-se à legislação federal interna posterior somente em casos de tratados-contratos, entendidos como aqueles que criam situações jurídicas subjetivas, de que seriam exemplos os acordos de comércio. No segundo caso, trata-se de respeito à regra constitucional do art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Jacob Dolinger¹² traz ainda uma outra exceção, pautada no critério de especialidade do tratado internacional de extradição. Evidencia-se, porém, que a exceção apresentada por Dolinger não configura supralegalidade da norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico interno, mas enquadra-se como critério de solução de antinomia, conforme doutrina positivista e assentada em entendimento do Supremo.¹³

1.2 Costumes internacionais

As lacunas do texto constitucional, no que concerne à incorporação do direito internacional, deixam espaço à atuação de outras fontes do direito, como as normas costumeiras

¹² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 8º ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005, p. 105.

¹³ Ver Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI nº 1.480, relatoria do Min. Celso de Mello, de 26/06/2001.

de direito internacional acolhidas pela jurisprudência.

Observa-se então que a relação entre a constituição e o direito internacional implica não apenas no processo de incorporação de tratados internacionais, mas desdobra-se em outros elementos. Evidencia-se nesse sentido a colocação de postulados de direito internacional no texto constitucional, bem como o processo de 'integração' das normas constitucionais, por meio de costumes internacionais.

Nesse sentido, observa-se uma tendência de países como o Brasil, por serem Estados democráticos, de buscarem harmonizar seu texto constitucional à ordem internacional. Conforme Finkelstein, “percebe-se que a intenção da constituição brasileira é conformar a ordem jurídica interna aos ditames do direito internacional”.¹⁴

Essa intenção de conformação é observada também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que por meio de suas decisões, acolhe costumes internacionais, delineando muitas vezes práticas que vão além da constituição e até mesmo a contrariam, dando-lhe menor estabilidade e fomentando insegurança jurídica.

Trata-se de prática do Supremo que colide com o pressuposto positivista do nosso ordenamento de sobreposição da norma positivada ao costume.¹⁵ A inversão do quadro hierárquico das fontes do direito evidencia, portanto, incoerência no tratamento do tema e inconstitucionalidade, delineando uma cisão entre constituição e prática constitucional.

Tal fato evidencia posterior problema que concerne à discussão sobre a adequação do Brasil à teoria monista ou dualista. A adequação é importante não apenas por questão de segurança jurídica dos atos internacionais, mas pelo parâmetro a ser dado às relações internacionais a qual o país faz parte.

2. A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A aplicação do costume de direito internacional no ordenamento jurídico interno é rara, mas existente. As decisões encontradas no tema tratam da aplicação do costume em direito internacional no que concerne à imunidade de jurisdição e de execução à Estados estrangeiros.

¹⁴ FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional**. Jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

¹⁵ BRASIL. Decreto Lei n. 4657 de 04/09/1942, Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Cabe ressaltar, porém, que nas constituições federais brasileiras nunca houve referência ao costume em direito internacional, mas sempre houve previsão de jurisdição nas causas que envolvessem Estados estrangeiros e entes da federação e/ou pessoas domiciliadas no Brasil. Tais previsões são presentes na Constituição Federal de 1891, nos artigos 59, 'd'; 60, 'e'; na ^{de} 1934, nos artigos 76, 'd'; 81, 'e'; na ^{de} 1937, no artigo 101, 'd'; na ^{de} 1946, nos artigos 101, I, 'd'; 105, § 3º, 'c'; na de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1/69, em seu artigo 125, II.

Os dispositivos constitucionais não eram aplicados porque eram interpretados, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Executivo, à luz do costume internacional manifesto por meio da expressão *par in parem non habet iudicium*. Nesse sentido, fazia-se necessária a aquiescência do Estado estrangeiro, por meio da renúncia à imunidade de jurisdição.¹⁶ Nesse caso, então, haveria a previsão constitucional para exercício de jurisdição.

As decisões do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1967, em tema de jurisdição brasileira aplicável à Estado estrangeiro reconhecem imunidade absoluta de jurisdição, proveniente de norma costumeira do direito internacional. Conforme essa regra, nenhum Estado poderia ser submetido à condição de parte perante o judiciário local de outro Estado, a não ser que viesse a manifestar, nesse sentido, a sua vontade soberana (*par in parem non habet jurisdictionem*).

Essa situação é bem evidente na apelação cível 9.684, julgada no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Rafael Mayer, publicada no Diário da Justiça em 04 de março de 1983. No caso em tela, o Estado iraquiano é acionado judicialmente, mas devido ao costume internacional de imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro e à analogia à Convenção de Viena de 1961, que em seu artigo 31, prevê imunidade de jurisdição do agente diplomático de Estado acreditado, aplicou-se a imunidade de jurisdição ao Iraque diante das cortes brasileiras.¹⁷ Ressalta-se que o silêncio do Estado estrangeiro diante da chamada ao processo, não importou em

¹⁶ Nesse sentido o parecer de 23/11/1923, de Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214.

¹⁷ **DECRETO Nº 56.435, DE 8 DE JUNHO DE 1965**. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Artigo 31: 1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditado para os fins da missão. b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário. c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais. 2. O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha. 3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução a não ser nos casos previstos nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 1 deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência. 4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

renúncia à imunidade de jurisdição, mas em sua confirmação.

A manifestação do Ministro Francisco Rezek no julgamento do Recurso Extraordinário n. 94.084, em março de 1986, em que se questionava a possibilidade dos Estados Unidos da América submeterem-se à jurisdição brasileira em ação trabalhista proposta por ex-empregado de sua embaixada, é bastante clara quanto à origem da regra de imunidade. Rezek esclareceu tratar-se de norma costumeira de direito internacional de reconhecimento de imunidade entre os Estados, diferenciando-se assim da imunidade positivada em convenções de agentes diplomáticos e consulares.¹⁸

Sabe-se, com efeito, que em mais de um caso concreto sucedeu que juízes federais, ou juízes do trabalho, negassem a referida imunidade [aos Estados estrangeiros] por não encontrá-la prescrita nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, nem em qualquer outro tópico do nosso direito escrito. As Convenções, efetivamente, versaram imunidades e outros privilégios do pessoal diplomático e do pessoal consular. Aos Estados pactuantes – entre os quais o Brasil – não pareceu necessário lançar no texto daquelas avenças a expressão escrita de uma norma costumeira sólida, incontrovertida, plurissecular e óbvia como a que poupa todo Estado soberano de uma submissão involuntária ao juízo doméstico de qualquer de seus pares.

No mesmo sentido, o Supremo aplicou a imunidade de jurisdição à Hungria em ação trabalhista, na apelação cível n. 9.695, de relatoria do Ministro Oscar Côrrea (DJ de 12.06.1987) e na apelação cível n. 9.704 (DJ de 26.06.1987), de ação trabalhista contra a representação diplomática do Líbano.

Observa-se também a aplicação de imunidade de jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal na apelação cível n. 9.701, de relatoria do Ministro Néri da Silveira (DJ de 04.12.1987), contra a representação diplomática da Polônia, devido à incidente de trânsito envolvendo carro do consulado. No caso em tela, foi aplicada a imunidade de jurisdição derivada de costume em direito internacional de “respeito absoluto à soberania das Nações”, mas o agente diplomático foi responsabilizado, conforme Convenção de Viena sobre Relações consulares, de 1963, seu artigo 43, 2, 'b', que prevê a hipótese de ação civil proposta por particular devido à danos provocados, no território do Estado receptor, por acidente de veículo, navio ou aeronave.

Algumas outras apelações cíveis também denotam bem a aplicação do costume de direito internacional de imunidade de jurisdição de processo de conhecimento e de execução, pelo Supremo Tribunal Federal, sob a constituição federal de 1967, como por exemplo: a de n. 9.686,

¹⁸ Supremo Tribunal Federal, Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

rel. Min. Néri da Silveira, contra a França (DJ de 31.08.1984); a de n. 9.705, rel. Min. Moreira Alves, contra a Espanha (DJ 23.10.1987); a de n. 9.707, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, contra os Estados Unidos da América e a de n. **9705, julgada em 09/09/1987**.¹⁹

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em tal sentido é ampla e não se confunde com a imunidade de agentes diplomáticos e consulares, prevista nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e sobre Relações Consulares de 1963, respectivamente incorporadas ao sistema jurídico brasileiro via decreto executivo n. 56.435, de 1965, e n. 61.078, de 1967.

No tocante à pretensão de responsabilização do Estado estrangeiro propriamente dito, aplicava esta Casa, como acima exposto, a teoria da imunidade absoluta por imposição de norma consuetudinária de Direito Internacional Público, independentemente da existência, em nosso ordenamento jurídico, de regra positivada nesse sentido.²⁰

Tal orientação foi modificada com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na apelação cível n. 9696/SP, de 23 de outubro de 1989, que afastou a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro que a ela não havia renunciado, permitindo julgamento de ação trabalhista ajuizada contra a Embaixada da República Democrática Alemã.²¹ A corte entendeu que “os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, pode abranger, entre estes últimos, os entes de direito público externo”.

Em tal decisão observa-se que o ministro relator Sidney Sanches fundamentou seu voto na aplicação da constituição brasileira, em seu artigo 114, em detrimento à jurisprudência consolidada na corte de aplicação de imunidade de jurisdição. No mesmo julgamento, o ministro Francisco Rezek esclareceu que a regulação de tais casos ocorria pelo costume em direito internacional (CIL) e que houve mudança do costume de imunidade absoluta de jurisdição dos

¹⁹ Entendeu-se na decisão citada decisão que o “Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito a imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos. Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou à execução (entendida esta em sentido amplo), é necessário renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro”. Supremo Tribunal Federal, Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

²⁰ Supremo Tribunal Federal, Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

²¹ Em relatório da ACO 709/SP, de 2013, o ministro Celso de Mello afirma que “Tais premissas e concepções – que justificavam, doutrinariamente, essa antiga prática consuetudinária internacional – levaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente aquela que se formou sob a égide da revogada Carta Política de 1969, a emprestar, num primeiro momento, caráter absoluto à imunidade de jurisdição instituída em favor dos Estados estrangeiros (RTJ 66/727 – RTJ 104/990 – RTJ 111/949 – RTJ 116/474 – RTJ 123/29, v.g.). Essa orientação, contudo, tratando-se de imunidade à jurisdição de conhecimento, sofreu abrandamentos, que, na vigência da presente ordem constitucional, foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Apelação Cível 9.696/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 133/159), do AI 139.671-Agr/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 161/643-644), e do RE 222.368-Agr/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 184/740-741)”.

Estados, no plano do direito internacional a partir da década de setenta.

O ministro Rezek evidenciou a não mais existência de costume sólido sobre o tema, por meio de diferentes previsões normativas restritivas ao privilégio de imunidade de jurisdição dos Estados, como a European Convention on State Immunity, de 1972, o Foreign Sovereign Immunities Act, dos Estados Unidos, de 1976, e a State Immunity Act, do Reino Unido, de 1978.²² A restrição do costume ocorre em base à distinção entre atos estatais de *jure imperii* e de *jure gestionis*.²³

No contexto da diferenciação acima, Rezek²⁴ afirma que “A imunidade tende a reduzir-se, desse modo, ao mais estrito sentido dos *acta jure imperii*, a um domínio regido seja pelo direito das gentes, seja pelas leis do próprio Estado estrangeiro [...]”.

Nesse sentido, observa-se que se construiu o entendimento também no Brasil, por meio de jurisprudência do Supremo, de que os atos de mera gestão praticados pelas missões diplomáticas e consulares dos Estados estrangeiros não deveriam ser abarcados pela imunidade de jurisdição.²⁵

Cabe evidenciar que o entendimento de relativização da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros, para Rezek, não se fundamenta na regra constitucional de que a lei não pode excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, e nem mesmo no artigo 114 da constituição de 1988, mas fundamenta-se na relativização de costume internacional.²⁶

Segundo o Informativo n. 545 do Supremo Tribunal Federal, até o ACi 9696/SP, de 1989

pairava no Supremo Tribunal Federal, sobranceira, a teoria da imunidade absoluta dos Estados Estrangeiros, havia a plena consciência de que co-existiam duas ordens distintas de imunidade jurisdicional: uma que, positivada, era fruto de normas escritas constantes de tratados internacionais solenemente celebrados pelo Brasil, e outra, revelada na atividade jurisprudencial, que se escorava, exclusivamente, em norma de direito consuetudinário internacional. Das primeiras, gozavam, tão-

²² O artigo 4º da Convenção européia de 1972 dispõe que não há imunidade em caso de ação indenizatória resultante de descumprimento de contrato comum e o artigo 5º afirma não caber imunidade em caso de demanda trabalhista ajuizada por súdito ou residente local, contra representação diplomática estrangeira. No mesmo sentido as demais convenções citadas. Cabe evidenciar também que o Código Bustamante, ao qual o Brasil está vinculado por meio do Decreto-Lei nº 18.871, de 13.08.1929, prevê a imunidade de jurisdição em casos de *jure imperii*, mas não em caso de *jure gestionis*, em seus artigos 333 à 339. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213 ss.

²³ Os *acta jure gestionis* são entendidos como atos de gestão da representação diplomática que abarcam a contratação de funcionários *in loco*, de aluguel, de empreitada de serviço, de indenização e dentre outros também por infortúnio de trânsito. Os *acta jure imperii* são atos regidos pelo direito internacional ou pelas leis do próprio Estado estrangeiro, no que concerne as suas relações diplomáticas com o Estado local ou com outro país, com seus próprios agentes diplomáticos, ou dentre outros, com seus nacionais em matéria de direito público. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

²⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

²⁵ Essa orientação foi confirmada nos julgamentos AI 139.671-AgR (29.03.1996) e RE 222.368-AgR, (14.02.2003).

²⁶ STF, ACi 9696-3-SP, voto Ministro Francisco Rezek, p. 30 s.

somente, os agentes diplomáticos e consulares. Da segunda, aproveitavam os Estados estrangeiros.²⁷

Desde então, o Supremo tem afastado a imunidade de jurisdição dos Estados nos processos de conhecimento de causas trabalhistas, de responsabilidade civil e de litígios decorrentes de situações ordinárias em que o Estado estrangeiro pratique atos de comércio ou atue *more privatorum*.

No sentido de reforçar a relativização da imunidade de jurisdição em processo de conhecimento, observa-se no Recurso Extraordinário 222.368 que houve mudança não apenas na doutrina, mas também na legislação comparada e na própria jurisprudência do STF, tornando a imunidade de jurisdição apenas relativa. Reconheceu-se que a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros em processos trabalhistas era incompatível com o princípio de boa-fé e com o direito internacional, além de contrariar a constituição federal.²⁸

3. A IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

O avanço no afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados não salvaguardou, porém, os direitos da parte requerente, ao considerarmos que o Supremo ainda afasta a possibilidade de execução de bens de propriedade de outros países em território brasileiro, salvo em caso de renúncia de intangibilidade, como observa-se nas decisões das ACO 633-AgR/SP, 645-AgR/SP e 526/SP.²⁹

A imunidade de execução de Estados estrangeiros não é tema pacífico na jurisprudência e tem sido questionada inclusive no colegiado do Supremo Tribunal Federal. No sentido de relativização do costume internacional de imunidade de execução, já se manifestou o Ministro Celso de Mello, em seu voto na ACO-Agr. 633/SP, em abril de 2007, citando o entendimento de Rezek, em artigo publicado no I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, em 1995. Rezek indicava

²⁷ Supremo Tribunal Federal, Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

²⁸ “O privilégio resultante da imunidade de execução não inibe a Justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros”. [RE 222.368 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 30-4-2002, 2ª T, DJ de 14-2-2003.] Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=17>, acessado em 20 de setembro de 2016.

²⁹ Sobre o assunto ver: RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão – ACO 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. No ACO 543-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 30-8-2006, P, DJ de 24-11-2006 lê-se “Imunidade de jurisdição. Execução fiscal movida pela União contra a República da Coreia. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória: orientação mantida por maioria de votos”. Precedentes: ACO 524 AgR, Velloso, DJ de 9-5-2003; ACO 522 AgR e 634 AgR, Ilmar Galvão, DJ de 23-10-1998 e 31-10-2002; ACO 527 AgR, Jobim, DJ de 10-12-1999; ACO 645, Gilmar Mendes, DJ de 17-3-2003.

que o Brasil já tinha sido processado no foro comum, trabalhista ou civil, de países como, por exemplo, Itália, Alemanha e Estados Unidos da América, e que nesses casos por causalidade e existência de bens não afetos à atividade diplomática e consular, naqueles territórios, a execução pode consumir-se, por meio, por exemplo, de bens do Instituto Brasileiro do Café e do Lloyd Brasileiro.

[...] a execução não pode materializar-se, forçadamente, sobre bens diplomáticos ou consulares. Ai estaríamos agredindo, de modo frontal, norma escrita, norma convencional que nos obriga, e lançando o país em ilícito internacional. Todavia, a execução pode materializar-se quando se consegue alcançar, dentro do domínio espacial da nossa soberania, incluído o mar territorial, o bem do Estado estrangeiro não coberto pela afetação diplomática ou consular.

Assim aconteceu quando o Brasil foi o réu. Lá fora, eram bens do Instituto Brasileiro do Café, eram bens do Lloyd Brasileiro. Bens do Estado, portanto, porém não afetos ao serviço diplomático ou consular, serviam, assim, de objeto a execução. Eram penhorados e garantiam a execução eficaz.³⁰

Na ACO 709/SP, julgada em 2013, o Ministro Celso de Mello manifesta novamente o entendimento de necessária relativização da imunidade de execução de Estados estrangeiros, mas em decorrência do respeito ao princípio colegiado, manteve a aplicação de imunidade de execução:

[...] o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente (CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, “Curso de Direito Internacional Público”, vol. II/1.344, item n. 513, 14a ed., 2002, Renovar, v.g.), ressalvada, no entanto, a hipótese excepcional de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens, tal como decidiu o Plenário desta Suprema Corte.

A decisão monocrática do Ministro Celso de Mello evidencia que o entendimento majoritário no colegiado do Supremo é a impossibilidade de penhora de bens relacionados à representação estrangeira, mantendo assim a aplicação de costume de direito internacional, que não é mais sólido.³¹

Observa-se dessa forma que os costumes em direito internacional têm aplicação interna

³⁰ REZEK, Francisco. A imunidade do Estado Estrangeiro à Jurisdição Local. O problema da Execução na Justiça do Trabalho. In: **I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho**. IBCB, 1995, p. 239 ss.

³¹ As decisões do Supremo quanto à Imunidade (jurisdição e execução) dos Estados, citam como base as Convenções de Viena de 1961 e de 1963 e precedentes da casa: ACO 633 AgR/SP rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22.06.2007; ACO 522-AgR/SP e ACO 634-AgR/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR/SP, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 10.12.99; ACO 524 AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.05.2003. O Ministro José Celso de Mello Filho (membro do STF) discorda da orientação do tribunal, evidenciando a inexistência de regras costumeiras sólidas de direito internacional, o errôneo uso da analogia às Convenções de Viena de 1961 e 1963 e evidencia a possibilidade de execução sobre bens não afetos à atividade diplomática ou consular.

direta, por meio de jurisprudência, dispensando para tanto atos internos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Tal fato, subverte a ordem de recepção do direito internacional, por meio de tratados, prevista na Constituição Federal de 1988 e denota a incoerência entre as formas de incorporação do direito internacional ao direito interno.³²

Na mesma linha de Francisco Rezek e de Celso de Mello, e em contraposição ao entendimento colegiado do Supremo Tribunal Federal, muito embora afirmando basear-se nele, observa-se a concepção de relativização de preservação de bens de Estados estrangeiros na justiça do trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, no processo RO-1258500-04.2008.5.02.0000, em abril de 2011, relativizou não apenas a imunidade de jurisdição, mas também a de execução em processo contra representação diplomática da Índia.³³

O Tribunal Regional do Trabalho, da 10ª Região, no processo n. 00611-2008-001-10-00-5 AP - ACÓRDÃO 3ª TURMA, de relatoria do então Desembargador Douglas Alencar Rodrigues decidiu em julho de 2011, pela relativização da imunidade de execução de Estado estrangeiro (República da Namíbia) e pela inversão do ônus da prova e pediu à embaixada da República da Namíbia a comprovação que os bens indicados para penhora têm relação direta com a atividade diplomática.³⁴

³² “A norma costumeira aplica-se, assim, independentemente de qualquer ato interno. Sua recepção ocorre por via jurisprudencial. Os tribunais recolhem das provas da prática internacional a substância do costume e conferem-lhes sentido, diretamente, sem intermediação, nem consulta ao Poder Executivo”. LUIPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009, p. 39.

³³ Processo TST-RO-1258500-04.2008.5.02.0000, Acórdão da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 19/04/2011: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTADO ESTRANGEIRO. CONSULADO GERAL DA ÍNDIA. IMUNIDADE RELATIVA DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECAIR PENHORA SOBRE BENS AFETOS À REPRESENTAÇÃO DIPLOMÁTICA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Nos termos da jurisprudência do Excelso STF e desta Corte, é relativa a imunidade de jurisdição e execução do Estado estrangeiro, não sendo passíveis de constrição judicial, contudo, os bens afetados à representação diplomática. Assim, deve ser parcialmente concedida a segurança, a fim de se determinar que não recaia penhora sobre bens atrelados, estritamente, à representação diplomática ou consular do impetrante. Precedentes. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.”

³⁴ TRT 00611-2008-001-10-00-5 AP - ACÓRDÃO 3ª TURMA/2011. “Ementa: 1. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. FASE EXECUTIVA. CARÁTER RELATIVO. BENS AFETADOS ÀS ATIVIDADES DE IMPÉRIO. IMPENHORABILIDADE. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, coerente com as modernas correntes doutrinárias do Direito Internacional Público, a imunidade de jurisdição reconhecida aos estados estrangeiros, em sede de execução de sentença detém caráter relativo. Nesse cenário, apenas os bens vinculados ao exercício das atividades de representação consular e diplomática estarão imunes à constrição judicial, não havendo, portanto, apenas em relação a eles, possibilidade de atuação do Poder Judiciário nacional (art. 84, I, do Provimento Geral Consolidado da Justiça do Trabalho). 2. ESTADO ESTRANGEIRO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. Ao comparecer perante a jurisdição nacional, o Estado estrangeiro deve observar as regras e procedimentos previstos na legislação processual, editados de forma soberana pelo Estado acreditado (CF, art. 5º, LIV). Disso decorre que a aplicação de institutos processuais da legislação nacional, relativos aos critérios e parâmetros de distribuição do ônus da prova, não configura infração a preceito de normativo internacional, relativo à imunidade de execução, antes traduzindo simples expressão da soberania do Estado acreditado. Para afastar a possibilidade de apreensão de bens em sede de execução de sentença de créditos trabalhistas — gravados de caráter alimentar e integrantes do rol de direitos humanos fundamentais (CF, arts. 6º e 7º) —, deve o ente público executado comprovar, de forma clara e insofismável, que os bens

A citada decisão evidencia o desenvolvimento das relações internacionais em base ao princípio da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, bem como denota os direitos trabalhistas como direitos humanos e assenta-se na sua necessária tutela diferenciada para a relativização da imunidade de execução.

Essa nova concepção da imunidade conferida aos Estados estrangeiros harmoniza-se com o desenvolvimento das relações internacionais entre Estados, orientada pelos princípios da boa-fé e pela relevância conferida à dignidade da pessoa humana.

O respeito a tais princípios não se coaduna com o descumprimento de obrigações trabalhistas originadas nos pactos laborais firmados pelos Estados com particulares. Afinal, a condenação imposta ao Estado Estrangeiro, em regular processo de conhecimento e execução, refere-se a parcelas oriundas do extinto contrato de trabalho, restando evidenciado, pois, seu caráter alimentar.

Não é demais lembrar que os direitos trabalhistas, no âmbito do Direito Internacional contemporâneo, são identificados como direitos humanos, exigindo, pois, tutela diferenciada. Tais direitos vinculam-se à própria dignidade da pessoa humana, valor essencial que a ordem jurídica busca preservar.

[...]

Com efeito, as parcelas devidas ao Exequente (direitos trabalhistas), a par de asseguradas pela ordem jurídica interna, inserem-se no âmbito dos direitos humanos, cuja proteção também se impõe à Executada, conforme o costume sedimentado na comunidade internacional, fundado nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.³⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, no processo RR-130500-78.2006.5.02.0030, em março de 2015, deu o prosseguimento a execução de sentença trabalhista contra o Consulado Geral de Portugal em São Paulo, com a possibilidade de penhora de bens não relacionados à missão diplomática.

O entendimento do TST pela relativização de imunidade de execução, mesmo encontrando acolhida no entendimento do Ministro Celso de Mello, como observa-se na ACO 709/SP, ainda é visto como tendência e expectativa para o futuro, diante da incoerente realidade mantida pelo Supremo Tribunal Federal.

indicados estão afetados à missão consular ou diplomática. Detectado o equívoco da imputação desse ônus ao Exequente, inclusive por aplicação do critério doutrinário da aptidão para a prova, cabe determinar o retorno dos autos à origem, para retomada do curso executivo legal, como entender de direito o d. juízo primário. Agravo de petição conhecido e parcialmente provido”.

³⁵ TRT 00611-2008-001-10-00-5 AP - ACÓRDÃO 3ª TURMA/2011: “Daí porque é evidente que a Executada detém o ônus de provar que os bens indicados à penhora — imóveis e saldo(s) de conta(s) bancária(s) — vinculam-se à sua missão diplomática. (...) Nesse contexto, considerando a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais, o caráter vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o caráter relativo conferido à imunidade de execução dos Estados estrangeiros, bem como o princípio da aptidão para a prova, deverá a Executada comprovar, nos autos, de forma eficaz, que os bens imóveis indicados à penhora e os valores presentes em contas bancárias destinam-se, exclusivamente, ao cumprimento de atividades diplomáticas e consulares.”

4. OS DIREITOS TRABALHISTAS COM DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

Sem ingressar em um estudo histórico dos direitos trabalhistas nas constituições brasileiras, tem-se até a Constituição Federal do Brasil de 1967, os direitos trabalhistas apenas como direitos de ordem econômica e social.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos trabalhistas foram instituídos como direitos e garantias fundamentais, a exemplo de outras constituições mundiais a partir do início do século XX.

Os direitos trabalhistas são direitos outorgados ao indivíduo e tidos como direitos fundamentais, pois têm atualmente o reconhecimento como elemento basilar da sustentabilidade social. Passa a ser assim tratado, especialmente a partir de 25 de setembro de 2015, quando firmadas as 17 Metas Globais (*The Global Goals*³⁶) por 193 (cento e noventa e três) líderes mundiais comprometidos a alcançar 03 (três) objetivos extraordinários para os próximos 15 (quinze) anos: erradicar a pobreza, combater a desigualdade e a injustiça, e conter as mudanças climáticas. A Meta Global de número 08 (oito) trata dos “Empregos dignos e crescimento econômico” e deverá “promover o crescimento econômico permanente, inclusivo e sustentável, empregos plenos e produtivos e trabalho decente para todos.” A inclusão do emprego digno como meta global (tratado como princípio de igualdade social), por si só passa a exigir uma nova interpretação e um repensar dos costumes e práticas internacionais.

Este objetivo mundial vem reafirmar o que já firmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Artigo XXIII, inciso 2 “Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.”³⁷ Novamente aqui, ao ser o trabalho tratado como um direito humano tem-se presente o princípio da igualdade.

O Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 estabelece, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, no seu inciso IV, os valores sociais do trabalho³⁸.

Desta forma, sem perder o caráter social, os direitos trabalhistas passaram ao *status* de

³⁶ The Global Goals. Disponível em <http://www.globalgoals.org/pt/>. Acesso dezembro de 2015 e janeiro de 2016.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 250.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

direitos fundamentais no Brasil: “Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material.”³⁹

A expressão social que possuem os direitos trabalhistas ao serem reconhecidos como direitos fundamentais do cidadão brasileiro, se trata de uma forma justificada de proteção constitucional. Conforme Sarlet⁴⁰, a expressão “social” corresponde a uma reivindicação de classes menos favorecidas e compensação a extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe detentora de um maior poder econômico.

E desta forma preceitua o Artigo 6º da Constituição do Brasil de 1988, onde entre os direitos sociais estabelecidos está o trabalho.

Já o artigo 7º da mesma Constituição estabelece entre as normas constitucionais, regras constitucionais específicas de proteção dos direitos dos trabalhadores. Importante aqui citar que os direitos trabalhistas específicos protegidos na Constituição, estão estabelecidos como direitos fundamentais na forma de regras constitucionais. E a primazia das regras constitucionais, conforme modelo de Alexy (aplicável ao modelo constitucional brasileiros), possuem primazia:

A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. E apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por ela estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de posituação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre a relação de preferência e é, por isso, compatível com regras muito distintas.⁴¹

Mais adiante, reforça a ideia afirmando:

Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do Legislador Constituinte. É por isso que determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.⁴²

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 48.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

E a partir da compreensão dos direitos trabalhistas protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como direitos fundamentais estabelecidos dentro do sistema de normas constitucionais como regras constitucionais, assegurando a efetividade destes direitos trabalhistas tem-se o Artigo 114 da referida Constituição.

A partir desta análise, verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à imunidade de execução de Estados estrangeiros, vem negando à pessoas contratadas em território brasileiro acesso aos direitos fundamentais como já afirmado. Mas não somente isto, considerando um trabalhador brasileiro ter um direito fundamental trabalhista assegurado constitucionalmente, reconhecido judicialmente mas não efetivado fase ausência de mecanismo de execução, tem também feridos princípios da igualdade no trabalho e emprego assegurados como direitos humanos, e inclusive, atualmente, estabelecidos como metas globais.

Essa postura do Supremo Tribunal Federal reflete a compreensão de um direito voltado para o Estado e não para o indivíduo, descuidando-se de sua função social e dos direitos fundamentais sociais. Descuida-se também da função social das próprias organizações internacionais, como a ONU, que se exime da obrigatoriedade de respeito ao direito dos países que representa e nos quais se faz representar. Ademais, para uma organização que emana uma declaração de direitos humanos e propõe-se a propagá-los é no mínimo incoerente e desatento aos direitos sociais que não responda por violações cíveis e trabalhistas.

Observa-se que o entendimento das cortes da Justiça do Trabalho, no tema em questão, coadunam com aquele trazido por Mazzuoli⁴³, de adoção de uma doutrina monista internacionalista dialógica, no que tange à recepção pelo Brasil de direitos humanos, salvaguardados nos textos internacionais. Nesse sentido, dar-se-ia espaço para o diálogo entre o direito interno e o internacional, mediando pelo princípio internacional *pro homine*, no qual o direito a ser aplicado é definido no caso concreto. A hipótese não se confirma, porém, devido ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O contraste entre os órgãos do Poder Judiciário denota certa tendência e expectativa, não apenas da Justiça do trabalho, para que se afaste a imunidade de jurisdição de organizações internacionais e atente-se não apenas a nível de judiciário brasileiro, mas em nível de Nações

⁴³ MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 93 S.

Unidas aos interesses sociais e aos direitos fundamentais.⁴⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recepção de costumes de direito internacional no ordenamento interno brasileiro, via jurisprudência, denota incoerência em relação à recepção de outras fontes de direito internacional. Observa-se, por exemplo, que contraria a necessidade de participação do poder executivo e legislativo, comparado com a recepção de tratado internacional.

Muito embora a aplicação de costumes de direito internacional denote uma significativa tendência de harmonização das normas internas àquelas de direito internacional, observa-se no concernente ao costume de imunidade de execução de Estados estrangeiros uma sobreposição às previsões constitucionais.

Como interpretar então a sobreposição do costume internacional em relação à direitos fundamentais trabalhistas assegurados na Constituição? A sobreposição do costume em direito internacional ao direito interno não tem previsão no nosso ordenamento jurídico e não corresponde à visão unitária do sistema jurídico brasileiro. Ao mesmo tempo, o afastar de direitos fundamentais trabalhistas constitucionalmente previstos, para aplicar o costume em direito internacional, apresenta-se como um verdadeiro paradoxo em relação a uma constituição social.

A aplicação interna de normas de direito internacional, contrapostas à Constituição Federal e violadoras de direitos humanos, prejudicam a expectativa de direitos no Brasil. Observa-se em decorrência de tais fatos, a não rigorosa observância das normas constitucionais escritas, a dúvida em relação à sua aplicação e a deficiência de mecanismos de garantia constitucional.⁴⁵ Circunstâncias essas que dificultam o alcance de interesses sociais, trazem insegurança jurídica e denotam as fortes incoerências do ordenamento jurídico pátrio numa era de globalização.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁴ Para tanto, e sem gerar responsabilidade internacional, seria necessário a derrogação ou renúncia de tratados vigentes. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942..

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> Acessado em 26 de maio de 2014.

CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**. Torino: Giappichelli, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de A.; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005.

FINDELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional**. Jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o seu processo**. Brasília: FUNAG, 2010.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis:

Fundação Boiteux, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007.

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional**: uma introdução (Constituição de 1988 revista em 1994). 2º ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II/1.344, 14. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Haia, 1945.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos do direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (org.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REPOSO, Antonio. Fonti del Diritto. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto pubblico comparato**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009.

REZEK, Francisco. A imunidade do Estado Estrangeiro à Jurisdição Local. O problema da Execução na Justiça do Trabalho. In: **I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho**. IBCB, 1995, p. 239 ss.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2015.

SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 01, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015.

The Global Goals. Disponível em <http://www.globalgoals.org/pt/>. Acesso dezembro de 2015 e janeiro de 2016.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **Völkerrecht und Landesrecht**. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, ano XVII, separata, outubro de 1966.

UNITED STATES OF AMERICA. **Foreign Sovereign Immunities Act**, 1976.

UNITED KINGDOM. **State Immunity Act**, 1978.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009.

GESTÃO, CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL E COMPETITIVIDADE: O CONSUMO AMBIENTALMENTE CORRETO COMO INSTRUMENTO DE SUSTENTAÇÃO FINANCEIRA EMPRESARIAL

Karla Cristine Reginato¹

Jacopo Paffarini²

INTRODUÇÃO

A crise ambiental que hoje assola a humanidade é produto de um crescimento econômico que ignora a finitude dos recursos naturais. A falácia adotada pela civilização Moderna que concebia o desenvolvimento humano - através do crescimento econômico - como premissa justificadora da exploração exacerbada dos recursos naturais acabou por dar origem a seres humanos criadores de necessidades infinitas.

Esse modo de vida praticado por tanto tempo pela civilização deu origem à crise ambiental que hoje se apresenta. O cenário que se revela para a humanidade é de uma exploração dos recursos naturais que extrapola os próprios limites da natureza – não lhe é dado se regenerar. Há um déficit ambiental.

Impôs-se, nesse contexto, uma nova forma de concepção de consumo, atenta, mormente, à manutenção do equilíbrio e da saúde do meio ambiente – o denominado paradigma ambiental. O consumo guiado pelas diretrizes da certificação ambiental parece revelar-se, nessa medida, um caminho. Nessa esfera, indaga-se: como a certificação ambiental, originária de um sistema idôneo de gestão ambiental, pode interferir positivamente no mercado de consumo, tornando-se verdadeira ferramenta de sustentação econômica da empresa?

Como hipótese, entende-se pela viabilidade da proposta apresentada na pesquisa, ao passo que, revelando-se como nova demanda mercadológica, o consumo ambientalmente consciente

¹Advogada, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu/Mestrado em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional/IMED. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes-Anhanguera Uniderp. E-mail: karlacreginato@hotmail.com

² Professor orientador. Pós-Doutor em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – Faculdade Meridional. Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Faculdade Meridional

busca por produtos e serviços que sejam oriundos de empresas que atentem ao cuidado com o meio ambiente. Nesse âmbito, como objetivo geral pretende-se evidenciar como a gestão ambiental, valendo-se das diretrizes fixadas pelas certificações, neste caso, especificamente, a ISO14001, pode se tornar ferramenta de sustentação econômica empresarial.

No que tange aos objetivos específicos, particularmente, empreende-se, em um primeiro momento, expor os contornos do consumo praticado pela Modernidade aliado à exploração desenfreada dos recursos naturais, para, nesse cenário, avaliar o surgimento do denominado paradigma ambiental. O segundo capítulo, por sua vez, trata das certificações ambientais – que - orientadas sob a perspectiva do aludido paradigma ambiental, fixam normas a serem respeitadas e praticadas pelas empresas.

O terceiro capítulo, em que constante a efetiva problemática proposta pelo estudo, revela os contornos de uma gestão ambientalmente consciente como caminho à consecução da certificação ambiental. Esta, entendida como orientadora do consumo revela-se como verdadeiro instrumento de sustentação econômica empresarial, eis que garantidora de competitividade.

No que toca à metodologia, por sua vez, a confecção do presente ensaio valeu-se do método indutivo³, utilizando-se da investigação bibliográfica⁴ relativamente ao instrumento procedimental.

1. DO IDEÁRIO CONSUMISTA MODERNO AO SURGIMENTO DO PARADIGMA AMBIENTAL: (RE) PENSANDO A QUESTÃO RELATIVA AO MEIO AMBIENTE

O modo de vida extremamente individualista, corolário dos tempos modernos acabou por criar seres humanos totalmente crentes em sua autossuficiência e, demasiadamente, dependentes de constantes e infindáveis necessidades. A artificialidade dessas necessidades - a todo tempo criadas – é a marca desse modelo precificado criado pela Modernidade.

A cultura do acúmulo⁵ vivenciada pela Modernidade, retrato da criação de infindas

³[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

⁴[...] técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, p. 207.

⁵Por conseguinte, numa sociedade de consumidores, a busca da felicidade tende a ser redirecionada do fazer coisas ou adquirir coisas para descartar coisas – como deve ocorrer quando se quer que o Produto Nacional Bruto se mantenha em crescimento. BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 162.

necessidades⁶ ignorou a finitude dos recursos naturais. Por muito tempo acreditou-se que a natureza constituía-se objeto⁷ de mera disposição do homem sem que se cogitasse acerca de sua exploração exacerbada.

A falácia adotada pela civilização Moderna que concebia o desenvolvimento humano - através do crescimento econômico - como premissa justificadora da exploração destemperada dos recursos naturais acabou por dar origem aos problemas ambientais hoje vivenciados.⁸

Alerta-se ao que toca à irreversibilidade⁹ das mudanças prejudiciais que atingem o meio ambiente. A exploração dos recursos naturais é demasiadamente intensa e não lhe é dada sua recuperação. Não há tempo hábil conferido à natureza para que se regenere. A preocupação se insere em um contexto que envolve a própria manutenção da espécie humana.

O problema ambiental é global. A sobrevivência na Terra depende de ações universais. Impende entender que, verdadeiramente, não se trata de uma condição que se pode reverter a qualquer momento e de maneira definitiva.

Nesse sentido, Veiga, em entrevista concedida à Revista Diversa, da Universidade Federal de Minas Gerais, ensina, exemplificando de forma clara e prática, o que se passa nesse contexto; o economista, veementemente, afirma que a natureza atua em sua recomposição, tal como uma conta no cheque especial – se explora significativamente mais do que é dado à natureza suportar.¹⁰ Verifica-se, por conseguinte, que o produto de citada conta é sempre negativo.¹¹

⁶Muito mais do que pessoas que comprem muito e adquirem bens que não precisam, o consumismo é um retrato do modelo atual de sociedade, do desperdício e dos valores que imperam. O consumismo refere-se a um modo de vida orientado por uma crescente busca pelo consumo de bens ou serviços e sua relação simbólica com prazer, sucesso, felicidade, que todos os seres humanos almejam, e frequentemente é observada nas mensagens comerciais dos meios de comunicação de massa. RUAS, Desirée. **Consumo e consumismo:** pela consciência em primeiro lugar. Disponível em: <<http://conscienciaconsumo.com.br/artigos>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

⁷Foi com a modernidade que a apropriação do homem sobre os bens ambientais cresceu em escala geométrica, na medida em que avançavam as descobertas científicas, as quais impulsionavam ainda mais o crescimento econômico. Nesse sentido, a forma de pensar a propriedade baseada na concepção privatista e economicista refletiu-se diretamente na relação do homem com a natureza. GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. **Função ambiental da propriedade rural e dos contratos agrários**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 38. Disponível em: <<http://app.vlex.com>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

⁸É preciso diagnosticar os efeitos do processo de acumulação e as condições atuais de reprodução e expansão do capital, os impactos ambientais das práticas atuais de produção e consumo e os processos históricos nos quais articularam-se a produção para o mercado com a produção para o autoconsumo das economias locais e as formações sociais dos países “em desenvolvimento” para a valorização e exploração de seus recursos. LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução: Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 62.

⁹O processo de produção econômica vem necessariamente acompanhado da geração de resíduo e poluição, sejam esses fenômenos locais ou globais. A sustentabilidade muito provavelmente não pode ser alcançada com o aumento da produção e do consumo. Tampouco pode ser atingida mantendo-se indefinidamente os padrões de consumo já alcançados nos países abastados, numa situação de “crescimento zero”. GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O Decrescimento:** entropia, ecologia e economia. Tradução de José Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2013, sinopse.

¹⁰Toda essa degradação ambiental perpetrada pelo homem moderno acabou custando um preço caro, refletido diretamente na perda da qualidade de vida dos cidadãos. A consequência dessa forma de pensar acabou resultando em graves desastres

A economia, nessa medida, entende-se estar adstrita a observar um crescimento sustentável. Não há mais como prover a manutenção do crescimento econômico ilimitado nos moldes hoje vivenciados. Esse complexo sistema que tem na natureza sua base primeira, por si só, não mais se sustenta. É uma realidade incontestável que se revela no presente.

É nesse contexto de ignorância das consequências de uma exploração desmedida dos recursos naturais que *surge o paradigma ambiental*.¹² É o que afirma o físico Capra em reflexão acerca do tema:

A mudança do paradigma mecanicista para o ecológico não é algo que acontecerá no futuro. Está acontecendo neste preciso momento em nossas ciências, em nossas atitudes e valores individuais e coletivos e em nossos modelos de organização social¹³.

Verifica-se, nesse sentido, que o atual padrão seguido pela humanidade como um todo, fundamentado em um ideário de crescimento econômico infinito e exploração inconsequente da natureza passou a ser contestado.

O paradigma ambiental, nessa medida, retrata, essencialmente, verdadeira conscientização ambiental. O ideal antropocêntrico revelado pela Modernidade é revisitado por pensamentos inseridos em um contexto de preocupação social com a questão ambiental.¹⁴

O homem aprendeu, pela vivência das consequências da degradação ambiental, a reconhecer a finitude dos recursos naturais e, nessa medida, a repensar o modelo, até então, adotado. Na expressão de Ottman¹⁵ “Em poucos anos, os valores ambientais mudaram de um

ambientais, que colocavam em risco a qualidade de vida, tanto das presentes quanto das futuras gerações. Nas cidades, as indústrias lançavam seus resíduos diretamente na natureza, contaminando o ar pelas emissões de fumaça, os rios pelo despejo de produtos químicos, o solo, etc. Muitas cidades industrializadas começaram a sentir os efeitos da chuva ácida provocada pela emissão de gases nocivos, além de ver suas florestas desaparecerem, seus rios morrerem junto com sua fauna marinha e as reservas de água potável, que antes eram abundantes, se tornaram escassas. GONÇALVES, 2013, p. 40.

¹¹Até os anos 1960, a humanidade consumia metade da capacidade do globo; hoje consumimos uma vez e meia. É como se tivéssemos uma conta no cheque especial com o equivalente a 50% de nossa renda no vermelho. Do ponto de vista ambiental, significa que a natureza vai precisar de 1,5 anos para recompor o que consumimos em um ano. DA VEIGA, José Eli. **A sustentabilidade é turquesa**. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/diversa/19/entrevista.html>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

¹²Como reação a tudo isso, a sociedade passou a responder de forma contrária ao modelo clássico de desenvolvimento moderno, na medida em que passou a sofrer os efeitos negativos advindos da degradação ambiental. Não seria correto dizer que o homem, no curso da sua história, nunca teve uma preocupação com a natureza. O que se diferenciou nesse exato momento é que houve uma retomada de forma ampla da preocupação do homem com o meio ambiente, necessária a sua própria sobrevivência: *trata-se do movimento ambiental, o qual passa a questionar o modelo de desenvolvimento até então adotado*. As mudanças se operaram gradativamente, tanto em âmbito mundial quanto em âmbito nacional. GONÇALVES, 2013, p. 41. (Grifos nossos).

¹³CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 1986, p. 399.

¹⁴A preocupação da sociedade com um ambiente sadio e equilibrado cresce na medida em que a conscientização ambiental avança como ocorre, por exemplo, com a quantidade cada vez maior de consumidores, que passam a exigir produtos com certificação ambiental, e a rejeitar aqueles produtos que degradam o meio ambiente. GONÇALVES, 2013, p. 44.

¹⁵OTTOMAN, J. A. **Marketing verde: desafios e oportunidades para a nova era do marketing**. 1. ed. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 1.

interesse marginal para o topo da agenda da nação”. Referida constatação é verificável em um âmbito de verdadeira fundamentalidade – pela positivação na própria Constituição Federal de 1988 da garantia de um meio ambiente equilibrado.¹⁶

Destarte, e, ciente de que a sucinta análise, em hipótese alguma fez exaurir o conhecimento da matéria, passa-se, agora, ao estudo que se concentra em avaliar a maneira pela qual o paradigma ambiental tem revelado seus contornos em um âmbito prático – mormente pela utilização das denominadas certificações ambientais – objeto de exame do capítulo seguinte.

2. UM NOVO MODELO DE CONSUMIDOR: A INFLUÊNCIA DA CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL NA CONQUISTA DE NOVOS MERCADOS

A exploração desordenada do meio ambiente retratada no capítulo anterior e suas irreversíveis consequências fez com que o ser humano (re) pensasse sua forma de enxergar o crescimento econômico. Fala-se, nesse sentido, como mencionado, no surgimento do denominado paradigma ambiental.

Com o surgimento de aludido modelo de crescimento econômico que atenta à degradação ambiental, surge, também, um novo padrão de consumo¹⁷, este, com pensamentos que preconizam a preservação e a manutenção de um meio ambiente equilibrado – em detrimento do consumismo predatório praticado na Modernidade.

O novo modelo de consumidor¹⁸ orientado pelas diretrizes¹⁹ de um desenvolvimento

¹⁶**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁷O aumento da consciência ambiental tem levado os consumidores a terem uma preocupação cada vez maior com o meio ambiente, o mercado está se tornando cada vez mais sensível a produtos que agredem menos a natureza e cada vez mais aberto a produtos que buscam protegê-la. Esse movimento socioambiental tem levado a uma crescente onda “verde” que engloba conceitos como: produtos verdes, marketing verde e sustentabilidade. ARCOS, Igor Serejo Vale. et al. **Empresas verdes: o consumidor frente as novas práticas sustentáveis no mercado de detergente de roupa.** XXXV Encontro nacional de engenharia de produção: perspectivas globais para a engenharia de produção. Fortaleza, Ce, Brasil, 13 a 16 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/TN_STP_206_219_28397.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

¹⁸Nos últimos anos tem-se verificado uma preocupação crescente em relação à temática ambiental entre a população em geral, os consumidores, os governos, as empresas e os investigadores. Assim, a população tem reconhecido que o seu comportamento é suscetível de influenciar o meio ambiente e os consumidores tornaram-se mais preocupados com os seus hábitos diários e com as repercussões que estes podem ter no meio ambiente, começando a ter uma maior preocupação aquando da escolha dos produtos que adquirem e consomem. BROCHADO, Fernando Oliveira. et al. **Os determinantes psicológicos do consumidor verde.** TM Studies vol.11 nº. 2 Faro, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/scielo>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

¹⁹O consumidor consciente tem como principal característica a análise crítica que faz, no momento da escolha de consumo, quanto aos impactos socioambientais que o seu ato de compra, uso ou descarte de um produto ou serviço pode vir a causar. Nesse sentido, ele procura equilibrar as suas necessidades pessoais com as necessidades da sociedade e as possibilidades do planeta. AKATU, Instituto. **Estilos sustentáveis de vida:** resultados de uma pesquisa com jovens brasileiros. 1 ed. São Paulo, 2009.

considerado como sustentável, busca, no mercado, produtos alternativos que ensejem menor impacto ambiental, seja na sua produção, seja no seu descarte.

O denominado consumo verde tem atingido grande parcela²⁰ do mercado, impulsionando, nessa medida, os empreendedores a reavaliarem os produtos que disponibilizam no comércio. É nesse exato contexto que se insere o ideário das chamadas certificações ambientais²¹.

As certificações ambientais²², de conformidade com as lições de Fernandes, constituem-se de “um atestado público, emitido por um organismo independente da relação comercial, por escrito, que determinado produto, processo ou serviço está em conformidade com os requisitos especificados”.²³

No processo de certificação ambiental se verifica, nessa medida, se determinada empresa observa, em sua atuação, critérios uniformes no tocante ao meio ambiente – critérios²⁴, estes, predeterminados em norma técnica. Havendo conformidade entre as práticas realizadas pela empresa e a norma técnica considerada, conferida está a certificação pela entidade certificadora.²⁵

O procedimento adotado na certificação ambiental vincula-se aos critérios das chamadas

Disponível em: <<http://www.akatu.org.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²⁰Por sua vez, a competitividade moderna está exigindo cada vez mais que empresas e as indústrias se adéquem a uma tendência que está se consolidando no mercado internacional que é a preocupação com o meio ambiental. Essa tendência ambiental está delimitando o comportamento de muitas organizações - fazendo surgir as “indústrias verdes”- que pretendem tornarem-se mais competitivas no mercado internacional. Para isso, faz-se necessário o direcionamento das suas atividades à criação e desenvolvimento de processos, programas, e equipamentos antipoluidores que visam diminuir ou eliminar o impacto maléfico no meio ambiente. GODEIRO, Cynthia Veras. **As certificações ambientais como diferencial de competitividade para as empresas exportadoras**. Congresso Norte Nordeste de pesquisa e inovação. Palmas, 2012. Disponível em: <http://www.<http://propi.ifto.edu.br/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²¹O conceito de certificação ambiental de produtos ultrapassa a definição de “marca de conformidade” que, após testes em laboratório credenciado, atinge um nível mínimo de qualidade exigido por alguma norma vigente, em questões relativas ao seu uso. Assim, o “selo verde” é o grau mais alto de conformidade. Além de atestar a conformidade, atesta também que o produto não impacta ou impacta minimamente o ambiente. NAHUIZ, Marcio Augusto Rabelo. **O sistema ISO 14000 e a certificação ambiental**. RAE - Revista de Administração de Empresas, v. 35; n. 6. São Paulo, 1995, p. 56. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²²A certificação ambiental é resultado da verificação da eficácia do sistema de gestão ambiental implementado por uma empresa. Por meio de auditorias ambientais é feita a avaliação sistemática, documentada, periódica e objetiva do funcionamento da organização do sistema de gestão e dos processos de proteção do meio ambiente. Por meio do resultado da auditoria ambiental concede-se, mantém-se ou cancela-se o certificado ambiental de uma empresa. GODOY, Amália M. G; BIAZIN, Celestina C. **A rotulagem ambiental no comércio internacional**. Maringá, 2000.

²³FERNANDES, Alexandre Martins. **Certificação ambiental**. Fórum permanente sociedade e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.fca.unicamp.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²⁴No estabelecimento desses critérios uniformes, em âmbito internacional, uma entidade que detém um papel central é a ISO – International Organization for Standardization, da qual o Brasil participa. Ela foi constituída em 1946, tem sede em Genebra, Suíça, e é uma organização não governamental que congrega entes públicos e privados na área de padronização. CORRÊA, Daniel Rocha. **Certificação ambiental, desenvolvimento sustentável e barreiras à entrada**. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²⁵CORRÊA, 2006, p. 195.

normas ISO14000²⁶. Na expressão de Clarissa D'Isep²⁷ a certificação pode ser definida como instrumento de comunicação – haja vista a padronização adotada - entre consumidores e empresa à política e ao desempenho ambiental da empresa a qual fora conferida a certificação.

As normas ISO14000 (Série ISO14000)²⁸ com disciplina vinculada à matéria ambiental visam à harmonização das normas de âmbito nacional e regional em linguagem internacionalmente aceita²⁹.

Os fracionamentos da ISO, denominados “séries”, possuem, cada qual, um escopo específico, como é o caso da série 14000 com sua disciplina centrada na matéria relativa ao meio ambiente. A ISO14000³⁰, nesse sentido, revela-se “num conjunto de normas voluntárias, definidas pela ISO, para padronizar a Gestão Ambiental nas empresas”.³¹

Como instrumento de padronização que é no que concerne às questões ambientais, a ISO14000 subdivide-se, ainda, em seis outros grupos diversos contendo normas particulares para cada ramo específico da temática ambiental³². Nos limites deste estudo, a pesquisa concentra-se, tão somente, no conhecimento do chamado “Sistema de Gestão Ambiental” (ISO14001), eis que se trata, essencialmente, do núcleo do presente exame.

Nesse contexto profundamente marcado pelas ideias de preservação e manutenção dos recursos naturais, notadamente no âmbito do consumo, indaga-se: como a certificação ambiental pode interferir positivamente no mercado de consumo, tornando-se verdadeira ferramenta de sustentação econômica da empresa?

²⁶Sobre a ISO: é uma organização não governamental que tem como finalidade estabelecer normas representativas (chamadas séries) que traduzam acordos entre os diferentes países do mundo. A ISO possui cerca de 100 países membros, que participam das decisões, com direito de voto ou apenas como observadores das discussões e resoluções. O Brasil integra a ISO, como membro fundador e com direito a voto, através da ABNT- Associação Brasileira de Normas Técnicas. SILVA, Danilo José Pereira. **Entendendo a ISO14000**. Série Sistema de Gestão Ambiental. Viçosa, 2011. Disponível em: <<http://www2.cead.ufv.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²⁷D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000**: análise do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁸ Nesse sentido: a série ISO 14000 cobre seis áreas, cada qual detalhada em subcomitês específicos do TC-207, coordenado cada um por um país, que são: • SC 1 - Sistemas de Gestão Ambiental, Grã-Bretanha (BSI); • SC 2 - Auditoria Ambiental, Holanda (NNI); • SC 3 - Rotulagem Ambiental, Austrália (SAA); • SC 4 - Avaliação de Desempenho Ambiental, - USA (ANSI); • SC 5 - Avaliação de Ciclo de Vida, França (AFNOR); • SC 6 - Termos e Definições, Noruega (NSF). NAHUIZ, 1995, p. 62.

²⁹NAHUIZ, 1995, p.62.

³⁰A série ISO 14000 engloba seis grupos de normas, cada uma delas atendendo a um assunto específico da questão ambiental. Esses grupos são: - *Sistema de Gestão Ambiental (ISO 14001)* - Auditorias ambientais (14010, 14011 e 14012) - Avaliação do desempenho ambiental (14031) - Rotulagem ambiental (14020, 14021 e 14024) - Aspectos ambientais em normas de produtos (15060) - Análise do ciclo de vida do produto (14040). SILVA, 2011, p. 3-4. (Grifos nossos).

³¹SILVA, 2011, p.4.

³²SILVA, 2011, p. 4-5.

Conjugando os conceitos de sustentabilidade econômica e sustentabilidade ambiental, a pesquisa empreende demonstrar como a certificação ambiental pode – sim – constituir instrumento de conquista de novos mercados em privilégio da competitividade, ensejando, nessa medida, o crescimento econômico da empresa.

Nessa esteira, e feitas as concisas considerações acima colacionadas, passa-se a análise da problemática considerada em si mesma, objeto do capítulo que segue.

3. GESTÃO AMBIENTAL: O CONSUMO ORIENTADO PELA CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE SUSTENTAÇÃO ECONÔMICA EMPRESARIAL

As certificações ambientais - como já retratado em passagem anterior do texto - conferem conformidade às empresas às normativas previamente estabelecidas. No que tange, especificamente, à matéria de ordem ambiental, a série ISO14000 é responsável por aludida legitimação.

A certificação ISO14000, subdividida em séries, compreende a disciplina normativa sob diferentes viéses pelos quais se manifesta a questão ambiental. Nos limites deste estudo, atenta-se, particularmente, à normativa relativa à gestão ambiental, no intuito de se evidenciar como o *consumo que se orienta pela certificação ambiental*³³ pode constituir instrumento de sustentação econômica da empresa.

A proposição, ora ventilada, tendente a atribuir ao consumo motivado pela certificação ambiental o sucesso empresarial, é verificada na doutrina de Lamas,³⁴ ao afirmar:

Las instituciones que fueron incorporando sistemas de gestión ambiental avistaron que además de hacer una mejora en su gestión ambiental específicamente, *había mejoras medibles, concretas y tangibles en la ecuación económica y social*. (Grifos nossos).

A preocupação pelo meio ambiente por parte das empresas, geradora da certificação ambiental, é instrumento atrativo de um novo nicho de consumo³⁵ – o ambientalmente

³³Este novo consumidor ecológico manifesta as suas preocupações ambientais no seu comportamento de compra, *procurando produtos que considera que causam menos impactos negativos ao meio ambiente e valorizando aqueles que são produzidos por empresas ambientalmente responsáveis*. ROQUE, Sofia, et. al. **A Certificação Ambiental e a Competitividade em PME**: por um crescimento econômico mais sustentável. AEP - Associação Empresarial de Portugal Gabinete de Projetos Especiais. Portugal, 2013, p.56. (Grifos nossos).

³⁴LAMAS, Ana. **La gestión ambiental en entidades financieras los seguros ambientales**. Nuevo rumbo ambiental, 2008. Disponível em: <<http://www.vlex.com/vid/39041115>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

³⁵A mudança cultural sofrida pelo homem frente à questão ambiental gerou uma nova postura dentro da sociedade, criando novos valores que afetam seu modo de agir e até mesmo consumir. CIRIBELI, João Paulo. MIQUILITTO, Filipe Pinto. **O comportamento**

consciente.

Na expressão de Epelbaum a gestão ambiental se mostra como um dos maiores benefícios competitivos³⁶ às empresas, ao passo que proporciona a definição de produtos diferenciados que as coloca em posição pioneira no mercado.³⁷

A gestão ambiental³⁸ - como prática empresarial que busca a melhora constante de produtos, serviços e ambiente de trabalho, considerado, nesse tocante, o fator meio ambiente – se mostra como importante ferramenta de acréscimo nos lucros no âmbito da equação econômica.³⁹

O ideário pelo qual se guia a gestão ambiental, com especial dedicação ao contínuo processo de otimização da produção e da prestação de serviços pelas empresas, (materialização na própria ISO14000) revela-se como atrativo àquele consumidor preocupado com a manutenção de um meio ambiente sadio.⁴⁰

Trata-se de nova demanda mercadológica, ainda muito carente de atendimento. As empresas certificadas, nessa medida, atendendo às necessidades desse novo ramo do mercado ocupam posição privilegiada no que toca à concorrência - é o se constata pelo estudo realizado pela Revista Jovens Pesquisadores do Instituto Mackenzie:⁴¹

A crescente onda de conscientização ecológica que está ocorrendo por parte dos consumidores traz às empresas a oportunidade de se adiantarem à demanda e de se diferenciarem em relação aos seus

do consumidor verde: realidades e perspectivas de um nicho de mercado em expansão. VII Encontro nacional de pesquisadores em gestão social Territórios em Movimento: Caminhos e Descaminhos da Gestão Social e Ambiental. Disponível em: <<http://www.unama.br/enapegs/2013>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

³⁶Dentre as opções empresariais de maximização do lucro ou do atendimento a outros objetivos socioambientais, pode-se concluir que “ser competitivo” e “preservar o meio ambiente” são objetivos compatíveis e não excludentes. EPELBAUM, Michel. **A influência da gestão ambiental na competitividade e no sucesso empresarial.** Dissertação apresentada à Escola Politécnica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 148-149.

³⁷EPELBAUM, Michel, 2004, p. 100-101.

³⁸Gestão ambiental é o conjunto dos aspectos da função geral de gerenciamento de uma organização (inclusive o planejamento), necessário para desenvolver, alcançar, implementar e manter a política e os objetivos ambientais da organização. NAHUIZ, 1995, p. 61.

³⁹A implantação de um sistema de gestão ambiental constitui estratégia para que o gestor, em processo contínuo, identifique oportunidades de melhorias *que reduzam os impactos das atividades organizacionais sobre o meio ambiente, de forma integrada à situação de conquista de mercado e de lucratividade.* PEREIRA, Raquel da Silva. **Marketing ambiental.** Mestrado Profissional em Administração, Uninove, São Paulo, 2003. (Grifos nossos).

⁴⁰A competitividade moderna está exigindo cada vez mais que empresas e as indústrias se adéquem a uma tendência que está se consolidando no mercado internacional que é a preocupação com o meio ambiente. Essa tendência ambiental está delimitando o comportamento de muitas organizações - fazendo surgir as “indústrias verdes”- que pretendem tornarem-se mais competitivas no mercado internacional. Para isso, faz-se necessário o direcionamento das suas atividades à criação e desenvolvimento de processos, programas, e equipamentos antipoluidores que visam diminuir ou eliminar o impacto maléfico no meio ambiente. GODEIRO, 2012, p. 4-5.

⁴¹DA SILVA, Adilson Aderito. **Estratégias de marketing verde na percepção de compra dos consumidores na grande São Paulo.** Revista jovens pesquisadores ano v, n. 8. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

principais concorrentes no sentido de suprir uma necessidade desses consumidores ainda não atendida. Os produtos verdes podem representar uma forma de geração de vantagem competitiva para as empresas, por meio da manutenção de uma consciência de melhoria contínua voltada para o desenvolvimento de produtos ecologicamente corretos.

O consumidor que procura por este ramo específico de produtos o faz motivado por convicções pessoais que visam à conservação do equilíbrio da natureza, projetando seu pensamento, inclusive, para a manutenção das futuras gerações.

A gestão ambiental, nessa medida, torna-se, para esse particular consumidor orientado pela certificação ambiental, verdadeiro *diferencial* benéfico, o que confere competitividade mercadológica. O consumidor ⁴²ambientalmente consciente procura por produto determinado, que também é oriundo de uma empresa determinada - justamente pelo fato de que esta possui uma gestão considerada como ambientalmente correta. ⁴³

Revelando-se instrumento de credibilidade empresarial, a gestão ambiental é o caminho para o reconhecimento e consequente certificação pelos órgãos de normatização – tal como a ISO14000, fracionada, especificamente nesse âmbito, na ISO14001.

A harmonia às normas ambientais, nesse sentido, gera uma imagem de idoneidade da gestão empresarial, fazendo com que o consumidor que preza pelo consumo ambientalmente correto busque por produto específico e se fidelize a marca – exatamente em razão de que sua postura se dedica ao mantimento de um meio ambiente saudável – trata-se de verdadeira identidade empresarial que a destaca no mercado de consumo.

Exemplo claro e prático da hipótese defendida é o caso da linha de cosméticos “Natura Ekos”,⁴⁴ vertente da produção que apostou na mitigação da agressão⁴⁵ ao meio ambiente pelo

⁴²O consumidor verde é aquele em cujo poder de escolha do produto incide, além da questão qualidade/preço, uma terceira variável: o meio ambiente, ou seja, a determinação da escolha de um produto agora vai além da relação qualidade e preço, pois este precisa ser ambientalmente correto, isto é, não prejudicial ao ambiente em nenhuma etapa do seu ciclo de vida. LAYRARGUES, Philippe Pomier. **Sistemas de gerenciamento ambiental, tecnologia limpa e consumidor verde**: a delicada relação empresa-meio ambiente no ecocapitalismo. RAE - Revista de Administração de Empresas, v. 40, n. 2, São Paulo, 2000, p. 85. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf.rae>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

⁴³NAHUIZ, 1995, p. 61-63.

⁴⁴Sobre a linha Ekos: *As pesquisas nos dizem que sim, que o consumidor está evoluindo para a compra de produtos ambientalmente corretos, pois ele tem uma percepção muito positiva das empresas que assim o fazem, afirma a gestora da Linha Ekos*. RIBAS, José Roberto. et al. **Gestão com Sustentabilidade**: O caso da linha Ekos da Natura. III SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.aedb.br/seget>>. Acesso em: 17 jun. 2016. (Grifos nossos).

⁴⁵Para a linha Ekos, a Natura criou o Programa de Certificação de Fornecedores de Produtos Florestais para as áreas e reservas com as quais se relaciona, visando garantir que os recursos da flora brasileira sejam extraídos de forma social e ambientalmente correta. Em síntese, o programa é composto por seis etapas: auditoria do local de origem dos ativos, elaboração de um plano de manejo, avaliação do impacto ambiental e social, implantação do plano de manejo, obtenção do certificado e monitoramento periódico. O certificado de manejo

respeito à sustentabilidade em sua produção.

Neste caso específico a nova proposta da empresa garantiu seu crescimento mesmo em momentos considerados difíceis no âmbito econômico como atesta sua própria gerente – “com certeza os consumidores brasileiros estão evoluindo para a compra de produtos ambientalmente corretos, pois só isto explica o fato da Natura em situações tão grandes de crise ter crescido tanto”.⁴⁶ Caso análogo em que verificado o crescimento da empresa pela adesão ao sistema de produção sustentável se verifica no setor energético, especificamente na AES Tietê.⁴⁷ Nos mesmos moldes ocorridos na primeira empresa, a AES Tietê experimentou sua valorização econômica pela gestão ambientalmente correta.

O relato acima referenciado atesta a viabilidade da hipótese na presente pesquisa proposta. A gestão ambiental – conjugada à certificação ambiental – é caminho para o sucesso empresarial, constituindo-se, como mencionado, verdadeiro diferencial atrativo para a conquista de novos mercados, tornando-se instrumento de sustentação econômica da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração desmedida dos recursos naturais, corolário de uma ideologia de mercado criadora constante de infinitas necessidades, e a sua consequente escassez fizeram com que a humanidade repensasse sua concepção acerca do crescimento econômico. O surgimento do paradigma ambiental trouxe consigo novos parâmetros mercadológicos, atentos, sobretudo, à manutenção do equilíbrio ambiental.

Essa necessidade premente do meio ambiente imbuída neste novo modelo fez com que se criasse nova demanda mercadológica: o consumo ambientalmente correto. O ser humano, atento

florestal sustentável é expedido pela Imaflo, instituição que representa no Brasil o Forest Stewardship Council (FSC), organização ambiental que monitora a certificação de produtos florestais, reconhecida internacionalmente. O Programa tem como essência o retorno econômico para as reservas extrativistas, além de respeitar o modo de vida das populações locais, agregando valor ao trabalho e ao produto final comercializado pelas comunidades. Em

2005, um projeto piloto de desenvolvimento sustentável foi implantado em Iratapuru, comunidade no Estado do Amapá que fornece matérias-primas para a produção da linha Ekos

III SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia como castanha, copaíba e breu branco. Um plano de gestão de negócios foi desenvolvido para as 30 famílias fornecedoras, com ajuda da ONG Amigos da Terra. Em relação às ações relacionadas ao desenvolvimento sustentável, a Natura criou uma nova diretoria, chamada Diretoria da Sustentabilidade, para cuidar especificamente desta área, certificando-se de estar criando condições reais de sustentabilidade para suas operações e para seus relacionamentos com as comunidades extrativistas. RIBAS, José Roberto, et al.

⁴⁶ RIBAS, José Roberto, et al

⁴⁷ SOUZA, Thiago Flávio. et. al. Gestão da sustentabilidade: um estudo de caso em uma empresa do setor energético. Disponível em: <<http://www.unimep.br>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

às deficiências dos recursos naturais e, preocupado com a própria manutenção da vida apercebeu-se da necessária mudança nos moldes atuais.

A certificação ambiental, nessa medida, se mostra como caminho à consecução desse novo padrão, eis que orientadora do consumo ambientalmente correto. Uma gestão ambiental apropriada conduz ao alcance da certificação ambiental – verdadeiro atrativo de consumo desse novo paradigma.

Gerida de maneira conforme aos ditames da certificação ambiental, a empresa se torna pioneira em um mercado crescente. O consumidor ambientalmente correto procura por produto determinado, originário de empresa definida, justamente por cultivar um crescimento econômico consonante à manutenção dos recursos naturais.

Nesse cenário, a atuação empresarial atenta ao equilíbrio da natureza ganha competitividade no mercado. A certificação ambiental lhe confere credibilidade nesse âmbito - torna-se verdadeiro diferencial que a destaca dentre outras de mesmo ramo. Fala-se, inclusive, de uma identidade empresarial que lhe garante o êxito no crescimento dos lucros.

Aludida identidade empresarial lhe proporciona a manutenção do crescimento mesmo em períodos caracterizados pela crise – tal como narrado em casos reais no corpo do texto. Nessa medida, ratificada a hipótese, pela pesquisa ventilada, por meio de aferição prática, entende-se como adequada a proposição pelo estudo debatida, atribuindo-se – sim – ao consumo guiado pela certificação ambiental, que oriunda de uma gestão ambientalmente idônea, o sucesso empresarial, decorrente, sobretudo, da competitividade auferida aliada ao crescimento lucrativo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AKATU, Instituto. **Estilos sustentáveis de vida**: resultados de uma pesquisa com jovens brasileiros. 1 ed. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

ARCOS, Igor Serejo Vale. et al. **Empresas verdes**: o consumidor frente as novas práticas sustentáveis no mercado de detergente de roupa. XXXV Encontro nacional de engenharia de produção: perspectivas globais para a engenharia de produção. Fortaleza, Ce, Brasil, 13 a 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.abepro.org.br/biblioteca>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BROCHADO, Fernando Oliveira. et al. **Os determinantes psicológicos do consumidor verde**. TM Studies vol.11 nº. 2 Faro, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/scielo>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 1986.

CIRIBELI, João Paulo. MIQUILITTO, Filipe Pinto. **O comportamento do consumidor verde: realidades e perspectivas de um nicho de mercado em expansão**. VII Encontro nacional de pesquisadores em gestão social Territórios em Movimento: Caminhos e Descaminhos da Gestão Social e Ambiental. Disponível em: <<http://www.unama.br/enapegs/2013>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

CORRÊA, Daniel Rocha. **Certificação ambiental, desenvolvimento sustentável e barreiras à entrada**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

DA SILVA, Adilson Aderito. **Estratégias de marketing verde na percepção de compra dos consumidores na grande São Paulo**. Revista jovens pesquisadores ano v, n. 8. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

DA VEIGA, José Eli. **A sustentabilidade é turquesa**. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/diversa/19/entrevista.html>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000**: análise do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

EPELBAUM, Michel. **A influência da gestão ambiental na competitividade e no sucesso empresarial**. Dissertação apresentada à Escola Politécnica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 148-149.

FERNANDES, Alexandre Martins. **Certificação ambiental**. Fórum permanente sociedade e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.fca.unicamp.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O Decrescimento**: entropia, ecologia e economia. Tradução de José Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2013, sinopse.

GODEIRO, Cynthia Veras. **As certificações ambientais como diferencial de competitividade para as empresas exportadoras**. Congresso Norte Nordeste de pesquisa e inovação. Palmas, 2012. Disponível em: <http://www.<http://propi.ifto.edu.br/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

GODOY, Amália M. G; BIAZIN, Celestina C. **A rotulagem ambiental no comércio internacional**. Maringá, 2000.

GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. **Função ambiental da propriedade rural e dos contratos agrários**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 38. Disponível em: <http://app.vlex.com>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

LAMAS, Ana. **La gestión ambiental en entidades financieras los seguros ambientales**. Nuevo rumbo ambiental, 2008. Disponível em: <http://www.vlex.com/vid/39041115>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. **Sistemas de gerenciamento ambiental, tecnologia limpa e consumidor verde**: a delicada relação empresa–meio ambiente no ecocapitalismo. RAE - Revista de Administração de Empresas, v. 40, n. 2, São Paulo, 2000, p. 85. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução: Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 62.

NAHUZ, Marcio Augusto Rabelo. **O sistema ISO 14000 e a certificação ambiental**. RAE - Revista de Administração de Empresas, v. 35; n. 6. São Paulo, 1995, p. 56. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

OTTOMAN, J. A. **Marketing verde**: desafios e oportunidades para a nova era do marketing. 1.ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREIRA, Raquel da Silva. **Marketing ambiental**. Mestrado Profissional em Administração, Uninove, São Paulo, 2003.

ROQUE, Sofia, et. al. **A Certificação Ambiental e a Competitividade em PME**: por um crescimento econômico mais sustentável. AEP - Associação Empresarial de Portugal Gabinete de Projetos Especiais. Portugal, 2013.

RUAS, Desirée. **Consumo e consumismo:** pela consciência em primeiro lugar. Disponível em: <<http://conscienciaeconsumo.com.br/artigos>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

SILVA, Danilo José Pereira. **Entendendo a ISO14000.** Série Sistema de Gestão Ambiental. Viçosa, 2011. Disponível em: <<http://www2.cead.ufv.br>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

SOUZA, Thiago Flávio. et. al. **Gestão da sustentabilidade:** um estudo de caso em uma empresa do setor energético. Disponível em: <<http://www.unimep.br>>. Acesso em: 05 jul. 2016.