



ORGANIZADORES
Franciane Hasse
Regiane Nistler
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

2017

ISBN:978-85-7696-191-8

DIÁLOGOS FUNDAMENTAIS ENTRE DIREITO E DEMOCRACIA

AUTORES

André Frandoloso Menegazzo
Angela Araujo da Silveira Espindola
Bruna Adeli Borges
Bruno Ortigara Dellagerisi
Carolina Camargo
Fabrisia Franzoi
Fausto Santos de Moraes
Fernanda Andrade
Franchesco Maraschin de Freitas
Franciane Hasse
Gabriela Natacha Bechara
Giulia Signor

Horácio Wanderlei Rodrigues
Jaqueline Mielke da Silva
Joacir Sevegnani
José Paulo Schneider dos Santos
Larissa Borges Fortes
Leandro Caletti
Luís Francisco Simões Boeira
Neuro José Zambam
Priscila Prux
Regiane Nistler
Salette Oro Boff
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino
Sílvia Helena Arizio



UNIVALI

ORGANIZADORES

Franciane Hasse

Regiane Nistler

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

DIÁLOGOS FUNDAMENTAIS ENTRE DIREITO E DEMOCRACIA

AUTORES

André Frandoloso Menegazzo

Angela Araujo da Silveira Espindola

Bruna Adeli Borges

Bruno Ortigara Dellagerisi

Carolina Camargo

Fabrisia Franzoi

Fausto Santos de Moraes

Fernanda Andrade

Franchesco Maraschin de Freitas

Franciane Hasse

Gabriela Natacha Bechara

Giulia Signor

Horácio Wanderlei Rodrigues

Jaqueline Mielke da Silva

Joacir Sevegnani

José Paulo Schneider dos Santos

Larissa Borges Fortes

Leandro Caletti

Luís Francisco Simões Boeira

Neuro José Zambam

Priscila Prux

Regiane Nistler

Salette Oro Boff

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Silvia Helena Arizio

ISBN: 978-85-7696-191-8 (e-book)



UNIVALI

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

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

Francieli Cristina Tirelli Pereira

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Franciane Hasse

Regiane Nistler

Sérgio Ricardo Fernandes De Aquino

Autores

André Frandoloso Menegazzo

Angela Araujo da Silveira Espindola

Bruna Adeli Borges

Bruno Ortigara Dellagerisi

Carolina Camargo

Fabrisia Franzoi

Fausto Santos de Moraes

Fernanda Andrade

Franchesco Maraschin de Freitas

Franciane Hasse

Gabriela Natacha Bechara

Giulia Signor

FICHA CATALOGRÁFICA

D628 Diálogos fundamentais entre direito e democracia [recurso eletrônico] / organizadores Franciane Hasse, Regiane Nistler, Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2017.

Livro eletrônico.

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

Incluem referências.

Varios Autores

ISBN 978-85-7696-191-8 (e-book)

1. Direito. 2. Democracia. 3. Incentivos fiscais. 4. Legislação social. I. Hasse, Franciane. II. Nistles, Regiane. III. Aquino, Sérgio Ricardo Fernandes de. IV. Título.

CDU: 342.34

Horácio Wanderlei Rodrigues

Jaqueline Mielke da Silva

Joacir Sevegnani

José Paulo Schneider dos Santos

Larissa Borges Fortes

Leandro Caletti

Luís Francisco Simões Boeira

Neuro José Zambam

Priscila Prux

Regiane Nistler

Salete Oro Boff

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Silvia Helena Arizio

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Diagramação/Revisão

Nathalia Batschauer D'Avila

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

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek Dias

Dr. Clovis Demarchi

Dr.. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Márcio Ricardo Staffen

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.



UNIVALI

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
PREFÁCIO.....	9
Leilane Serratine Grubba	9
INCENTIVOS FISCAIS E desenvolvimento sustentável	10
André Frandoloso Menegazzo	10
Salette Oro Boff.....	10
A JURISDIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA A PRÁTICA DEMOCRÁTICA E PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS	31
Angela Araujo da Silveira Espindola.....	31
Jaqueline Mielke da Silva	31
ATUAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ACERCA DO DIREITO SOCIAL AO LAZER E A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	53
Bruna Adeli Borges.....	53
Silvia Helena Arizio	53
A ÁRDUA E COMPLEXA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA MANTER FORTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL	69
Franciane Hasse	69
Fabrisia Franzoi	69
A REPERCUSSÃO DAS ESCOLAS EXEGÉTICA E NORMATIVISTA NOS FUNDAMENTOS DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES À CONCEPÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONALISTA	87
Fausto Santos de Moraes	87
Bruno Ortigara Dellagerisi.....	87
José Paulo Schneider dos Santos	87
O DIREITO DOS ANIMAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	117
Fernanda Andrade.....	117
Neuro José Zambam.....	117
A PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS IMPACTOS DA TERCEIRIZAÇÃO	142
Franchesco Maraschin de Freitas	142
PODER JUDICIÁRIO E ATOS INSTITUCIONAIS NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA	158
Gabriela Natacha Bechara	158
Horácio Wanderlei Rodrigues	158
A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL.....	182
Joacir Sevegnani.....	182
A FUNÇÃO CENTRAL DA SANÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO	208
Leandro Caletti.....	208

RONALD DWORKIN: A INFLUÊNCIA PARA A INTERLOCUÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA	229
Luís Francisco Simões Boeira	229
MISERÁVEL LIBERDADE	240
Carolina Camargo.....	240
Neuro José Zambam.....	240
O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA CRISE DA JURISDIÇÃO: UM OLHAR PARA A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	261
Priscila Prux.....	261
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	282
Regiane Nistler	282
MULTICULTURALISMO, PLURALISMO JURÍDICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: HORIZONTES DEMOCRÁTICOS	300
Giulia Signor	300
Larissa Borges Fortes.....	300
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino.....	300

APRESENTAÇÃO

O século XXI pode ser descrito como um tempo no qual empreende atitudes contra a hegemonia ideológica, sejam políticas, econômicas, culturais, entre outras. Há, nesse momento, não apenas uma condição para se repensar o que se tem feito ao longo desses últimos 300 (trezentos) anos sobre como promover a integração humana, a proteção da dignidade, a inviolabilidade da vida, a indispensabilidade da Liberdade, a necessidade da Igualdade, a orientação da Justiça e a serenidade da Fraternidade, mas, também, de como viabilizar todas essas condições como pressupostos de transformação e aperfeiçoamento civilizacional.

A Pós-Modernidade sintetiza essas preocupações não como “tempo próprio”, segundo o exemplo da Modernidade, Idade Média ou outro momento histórico, porém como espírito¹ provocativo o qual reivindica significados mais genuínos para indicar os critérios de progressividade do ser humano, desde a dimensão individual à coletiva – não importa se for no espaço local, nacional, continental e/ou global. Esse momento de transição histórica denota a complementaridade entre variados ciclos de vida, um ir e vir entre o passado e o momento presente². É a partir desse diálogo sedimentado, de escolhas – boas ou ruins – que se esclarece o que significa esse “mantra”, repetido por Joaquín Herrera Flores: humanizar a humanidade³.

Direito e Democracia, a partir dessa linha de pensamento, precisam convergir

¹ “[...] Talvez, neste sentido, que corresponde a uma certa forma de pensamento débil, a pós-modernidade, atravessada por tantas teorias contraditórias, encontre um lugar na História do pensamento jurídico: não como mudança de idade, mas como catalisador para que tal venha a se produzir. [...] Fica a hipótese, submetida a quantos não entendam mais a pós-modernidade como um tempo [...], mas como um espírito”. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Desvendar o direito: iniciação ao saber jurídico**. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 112/113.

² “Posso contar-lhes o segredo da pós-modernidade? *Qui potest capere capira*, que compreenda aquele que puder compreender: a concepção cíclica do mundo, fundamento do paganismo e que o monoteísmo semítico se pôs a evacuar, tenda a retomar força e vigor. [...] Sim, um ciclo se encerra, forçando a reconhecer que a saturação de um mundo não é o fim do mundo”. MAFFESOLI, Michel. **O tempo retorna: formas elementares da pós-modernidade**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 10/11.

³ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 42.

esforços para trazerem sopro de vida às demandas que não pertencem a outros tempos, mas àquilo no qual torna o século XXI o momento adequado para, de modo permanente, desvelar os cenários e condições que oportunizam sentido existencial ao ser humano, principalmente no seu aspecto relacional. Não se trata de privilegiar tão somente mecanismos, procedimentos para assegurar o exercício de reivindicação a direitos em espaços democráticos sempre que houver qualquer espécie de violação, de supressão desses pressupostos necessários à convivência.

Trata-se, sim, de privilegiar, por um lado, a produção do Direito e Democracia, os quais já surgem desde a concepção individual, especialmente naquilo que se chama de Consciência Jurídica, e o modo como essa percepção se torna algo necessário a ser compartilhado pela sua importância na estabilidade da vida cotidiana, ou seja, não se trata de um bem ou valor cujos benefícios se circunscrevem dentro dos limites do ego, mas consegue se destinar, também, ao Outro numa “via de mão dupla”. Por esse motivo, o aspecto dialogal entre “forma” e “substância”, tanto no Direito quanto na Democracia, não é algo que possa ser ignorado na medida em que a sua supressão representa um cenário de profunda anomia⁴.

Os temas estudados nesta obra, apresentados por Professores e Estudantes – entre Graduação e Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED -, destacam a importância desses argumentos expostos nas linhas anteriores. O Direito Tributário – na sua face de Solidariedade e do Desenvolvimento Sustentável, a Jurisdição Constitucional e a força do Poder Judiciário, os Direitos Coletivos, os Direitos dos Animais, o Direito e a Literatura, o Multiculturalismo e o Pluralismo Jurídico na América Latina, o Direito Previdenciário representam como, hoje, a Democracia precisa ser assegurada por um

⁴ “A anomia é uma situação social onde falta coesão e ordem, especialmente no tocante a normas e valores. Se normas são definidas de forma ambígua, por exemplo, ou são implementadas de maneira casual ou arbitrária; se uma calamidade como a guerra subverte o padrão habitual da vida social e cria uma situação em que se torna obscuro quais normas têm aplicação; ou se um sistema é organizado de uma forma que promove o isolamento e a autonomia do indivíduo ao ponto das pessoas se identificarem muito mais com os seus próprios interesses do que com os do grupo ou da comunidade como um todo – o resultado poderá ser a anomia ou a ‘falta de normas’”. JOHNSON, Allan, G. **Dicionário de sociologia**: guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 17/18.

Direito no qual compreenda as demandas da vida cotidiana. Reitera-se o que se afirmou no início: é esse espírito que conduz o Direito e a Democracia na sua tarefa de constituir espaços os quais favoreçam entoar o “mantra”: humanizar a humanidade.

Cada autor ou autora deste livro expõe, com excelência acadêmica, as suas preocupações de como esse diálogo entre Direito e Democracia não pode se tornar um fenômeno “esquecido” ou, ainda, reservado somente aos representantes eleitos pelo Povo. A transversalidade dos temas desenvolvidos indica essa necessidade: a responsabilidade na constituição de uma vida sempre digna somente ocorre a partir de um binômio cooperativo entre Estado e Sociedade. Esse é o fundamento que torna o momento presente sempre mais real, significativo e capaz de indicar quais são as virtudes e vícios, de pessoas e/ou instituições, para se consolidar um projeto de convivência pacífica mais duradoura.

A todos os leitores e leitoras, deseja-se que a obra traga novas ideias, novas – e saudáveis – indignações para que os matizes caleidoscópicos deste estar-junto-com-o-Outro-no-mundo não sejam guiados tão somente pelos interesses egoístas e edifiquem uma “Sociedade do Desprezo⁵” ou uma “Sociedade de Aparências”, mas de interesses e necessidades que conseguem extravasar esses limites e alcançam, também, possibilidades altruístas, tanto ao Direito quanto à Democracia. Eis o sentido de tantas e diferenciadas andarilhagens profundamente humanas. Adelante!

Os organizadores

⁵ HONNETH, Axel. **La sociedad del desprecio**. Traducción de Francesc J. Hernández y Benno Horzog. Madrid: Trotta, 2011.

PREFÁCIO

Os estudos sobre Direito e Democracia assumiram, desde o seu início, patamar indispensável à boa formação dos estudantes e pesquisadores do Direito, bem como para toda a população. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, e compreender esse sistema me parece essencial para uma boa vida em sociedade e para que possamos assumir concretamente o nosso necessário papel de cidadãos.

Se a Democracia, nos Estados de Direito, é o melhor sistema para a garantia da dignidade, dos Direitos Humanos e do desenvolvimento humano, tal como pressupõe as Nações Unidas em seus últimos Relatórios de Desenvolvimento, esse livro aparece como indispensável para todos e todas. Essa é a grande intenção dos organizadores dessa obra, o Professor Dr. Sérgio Aquino e as acadêmicas mestrandas Franciane Hasse e Regiane Nistler: difundir o conhecimento de temas transversais e imprescindíveis.

Linhas Gerais sobre Direito e Democracia é uma obra que conta com os escritos de pensadores sérios, críticos e engajados na difusão do conhecimento sobre temas diversos no que tange ao Direito e a Democracia, como o desenvolvimento sustentável, o Poder Judiciário, a Jurisdição Constitucional, o Direito dos animais, a Ditadura Militar, a efetividade de direitos fundamentais, o multiculturalismo.

Não obstante a complexidade dos temas, os autores buscaram expô-los de maneira simples e compreensível ao leitor. Mais do que isso, é perceptível a preocupação dos autores na necessidade da abordagem dos temas de maneira teórica e empírica/concreta, inclusive vislumbrando as fissuras existentes entre a teoria e a prática.

O livro é um convite generoso para quem tem sede de conhecimento.

Passo Fundo (RS), novembro de 2016.

Leilane Serratine Grubba⁶

⁶ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional. Pesquisadora da Fundação Meridional.

INCENTIVOS FISCAIS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

André Frandoloso Menegazzo⁷

Saete Oro Boff⁸

INTRODUÇÃO

A utilização cada vez mais frequente de normas indutoras de comportamentos no âmbito do direito tributário revela um cenário em que se encontram, numa mesma prescrição normativa, direito, economia e realidade fática, não como formas metafísicas da interdisciplinaridade, mas como formas concretas de relacionamento do espaço factual que forma e conforma o direito, direcionando efeitos nas relações sociais. Tratam-se de normas jurídicas que consagram incentivos fiscais, os quais se valem de sanções positivas para promover comportamentos desejados.

Outrossim, o constituinte originário, de modo prudente e inovador, sepultou o paradigma estritamente liberal – o qual buscava no ordenamento jurídico o sustentáculo para legitimar a produção econômica materialmente desregrada e irresponsável socialmente – da superfície normativa constitucional e, por meio de uma viragem ética, recepcionou uma nova (e paradigmática) concepção holística e juridicamente autônoma de meio ambiente.

Diante desse cenário, levando em consideração a existência de normas fiscais indutoras de comportamento, de um lado, e a exigência constitucional de adoção de condutas sustentáveis, de outro, o presente artigo parte do método hipotético-dedutivo e

⁷ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Pós-graduando em Gestão de Operações Societárias e Planejamento Tributário, pelo Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais (INEJE). Bolsista CNPq. Advogado. Email: menegazzo@advocaciaempresarialrs.com.br.

⁸ Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (2005). Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (2000). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1998). Especialista em Literatura Brasileira pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1997). Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito da Faculdade Meridional (IMED). Email: saete.oro.boff@gmail.com.

tem por objetivo analisar a (im)possibilidade de utilização dos incentivos fiscais para a promoção do desenvolvimento sustentável.

2. PREMISSAS TEÓRICAS ÀS SANÇÕES JURÍDICAS POSITIVAS: CIFRANDO UM PARALELO ENTRE A ANÁLISE ESTRUTURAL E A ANÁLISE FUNCIONAL DO DIREITO

Um ponto de partida que parece sugerir condições mínimas para uma abordagem relevante dos incentivos fiscais a partir de uma matriz calcada no Direito se dá com a distinção de metodologia nas ciências jurídicas entre a análise estrutural e a análise funcional do Direito. Nesse contexto, a compreensão das características edificantes do positivismo jurídico é fundamental. Não que se queira hipostasiar esse ponto, mais não se pode passar ao largo do mesmo.

A passagem da concepção jusnaturalista à positivista – que protagoniza nos ordenamentos jurídicos desde o séc. XIX –, segundo Bobbio⁹, é ligada com a formação do Estado moderno¹⁰, mais precisamente, com a dissolução da sociedade medieval, constituída por diversos agrupamentos sociais dotados de um ordenamento jurídico próprio, e o início do modelo moderno de organização social, que assumiu uma estrutura monista. O Estado passou a concentrar a si todos os poderes, principalmente aquele de criar o Direito. Inicia-se, com isso, a monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

No positivismo jurídico, a definição do direito é dada com base na autoridade que põs as normas - elemento puramente formal -, e não com referência ao conteúdo dessas normas ou aos resultados que o Direito persegue¹¹. No que tange ao modo de encarar o

⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

¹⁰ A primeira teoria do Estado moderno é encontrada na obra: HOBBS, Thomas. *Leviatã ou A Matéria*, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad. Regina D'Angina. 2.ed., São Paulo: Ícone, 2003.

¹¹ Essa dessacralização do direito natural em detrimento das concepções positivistas iniciou com a crítica da filosofia jusnaturalista realizada pela Escola Histórica do Direito, entre o fim do séc. XVIII e a primeira metade do séc. XIX. Bobbio (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 45) alerta que a escola histórica e o positivismo jurídico não são a mesma coisa; contudo, aquela preparou o terreno para a expansão desse por meio de suas críticas radicais ao direito natural. Assim, pode-se afirmar que o positivismo nasce do impulso histórico para a legislação, realiza-se quando o princípio da onipotência do legislativo aflora e a lei se torna fonte exclusiva, e o resultado disso tudo é representado, ao final, pela codificação.

direito, o positivismo o considera como um conjunto de fatos ou fenômenos sociais, e não como um valor. Com efeito, segundo Bobbio¹², a validade do direito independe do fato de ser bom ou mal, mas, e, tão somente, dos critérios relacionados a sua estrutura formal (teoria do formalismo jurídico). E a lei, a seu turno, é a fonte única do Direito.

Ato contínuo, o juspositivismo define o Direito a partir da coação, entendida como o meio mediante o qual se faz valer um dever-ser, uma norma jurídica. Por estar vinculado à concepção legalista-estatal, o juspositivismo recepcionou a teoria imperativista, segundo a qual a norma jurídica consiste em um comando¹³. Assim, essa norma não exprime conselhos, mas determina comportamento obrigatórios a partir da exteriorização da manifestação da vontade estatal por meio da codificação.

Aspecto de extrema relevância e essencialidade consiste na teoria do ordenamento jurídico¹⁴. Introduzida pelo próprio positivismo jurídico, a teoria do ordenamento jurídico entende o direito como uma entidade unitária, construída por um conjunto sistemático de normas. Na essência, edifica-se sob três pilares fundamentais: a unidade, a coerência e a completude¹⁵. A unidade formal refere-se ao modo pelo qual as normas são postas. Para que seja assegurada essa unidade, não deixando aberturas, Kelsen, o principal expoente do juspositivismo, propõe a teoria da norma fundamental. Trata-se de uma norma-base que não é verificável positivamente, mas sim, suposta pelo jurista na compreensão do ordenamento jurídico e que o leva a conferir validade a determinada norma se ela estiver em sintonia com as premissas formais do ordenamento extraído da norma fundamental¹⁶.

Segundo Kelsen¹⁷, “uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social. A moral e o direito são ordens sociais deste tipo”. Sob esse prisma, Kelsen insere o direito em uma das ordens

¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 135.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 29.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 167/178.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 25.

sociais entre outras existentes, como ordens religiosas, morais, costumeiras, familiares, econômicas, etc. Entretanto, o objeto de conhecimento do Direito deve se apartar das outras ordens sociais e preocupar-se, tão somente, com os aspectos estruturais da ordem normativa jurídica.

Assim, Kelsen adota a concepção estruturalista do Direito, na medida em que não estimula a observação daquilo que está por trás da norma jurídica, das razões que motivaram determinado comando. Não há espaço para as definições teleológicas dos conceitos-chave da teoria do Direito.

O modo pelo qual as condutas humanas são prescritas ou proibidas distingue os diferentes tipos de ordens sociais e a função que cada uma exerce dentro do contexto social. A ordem social pode prescrever determinada conduta abstendo-se de quaisquer consequências. Em contrapartida, pode orientar a conduta humana atribuindo-lhe consequências positivas (prêmios) ou negativas (penas). Para Kelsen¹⁸, essa segunda possibilidade – de atribuir consequências a comportamentos – reflete um princípio vigente no positivismo jurídico: o princípio retributivo (*Vergeltung*)¹⁹.

Segundo Kelsen²⁰, contudo, o Direito somente deve reconhecer como jurídicas as sanções negativas, posto que recompensas e prêmios pela realização de determinada conduta são características de outras ordens sociais. Nessa medida, o ordenamento jurídico estrutura-se sob o prisma protetivo-repressivo, posto que protege a realização de atos lícitos a partir da punição de atos ilícitos.

Essa relação entre a realização de um ato ilícito e a sanção como consequência

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 31.

¹⁹ Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 31) explica: “A proposição da Ciência do Direito descreve a validade de uma norma jurídica geral que liga uma específica sanção do Direito a uma certa conduta; esta proposição jurídica pode ser qualificada como lei jurídica. A proposição da Ética descreve a validade de uma norma Moral geral que liga uma específica sanção Moral a uma certa conduta e é qualificada como lei moral. Em ambas as proposições se emprega o princípio retributivo, que é o princípio segundo o qual deve ser punida a conduta contrária à sociedade: àquele que se conduz mal, um mal deve ser aplicado; a conduta adequada à ordem social deve ser recompensada: àquele que se conduz bem, um bem deve ser feito. Na lei jurídica aplica-se apenas um membro do princípio retributivo; na lei moral, empregam-se ambos os membros”.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 26.

normativa desse comportamento é qualificada por Kelsen²¹ como proposição para diferenciação da norma jurídica descrita por ela. Nesse sentido, o Direito é, essencialmente, uma ordem de coação; e essa proposição, é a específica lei jurídica. E justamente por esse elemento da coação e, ainda, pela consequência atribuída ao comportamento conforme é que a ordem normativa jurídica se diferencia, segundo Kelsen, da ordem normativa moral e das outras ordens normativas.

Na leitura de Kelsen, não compete ao Direito estimular condutas desejadas com promessas e recompensas, mas, e, tão somente, coibir comportamentos indesejados com a aplicação de sanção negativa (pena). Ainda que reconheça a existência de sanções positivas, Kelsen as insere em outras ordens sociais:

O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa²².

Ato contínuo, Kelsen²³ relata, pois, que “as sanções são estabelecidas pela ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável”. Nesse sentido, as sanções do Direito têm o caráter de atos coercitivos. Originalmente, existia apenas um tipo de sanção, a sanção criminal. Posteriormente, foi desenvolvida a sanção civil – ou execução civil –, que consiste na privação de bens e direitos em virtude de descumprimento da legislação civil. Contudo, ambas consistem em sanções negativas. Kelsen não insere sanções positivas na órbita de atuação do Direito.

Dito de outro modo, embora Kelsen reconheça a possibilidade de ordens normativas induzirem comportamentos, nessas ordens não está inserido o Direito. Somente em relação aos comportamentos indesejados deve-se atribuir uma sanção jurídica²⁴. Os seguidores

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 30.

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 26.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 21.

²⁴ Nesse sentido, Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 172) destaca o papel da sanção no Direito: “Sob sanção pode-se, outrossim, entender uma conduta face a um indivíduo, a qual geralmente é vista como um bem – conforme uma norma da ordem – que deve ser feito a um indivíduo que se conduziu de uma forma correspondente à ordem. Essa sanção, que não deve acontecer como reação a uma conduta contra a norma, mas uma conduta conforme à norma, somente se encontra na Moral, não no Direito. Ela consiste na aprovação da conduta conforme à norma, e exterioriza-

dessa concepção estruturalista preocupam-se em saber ‘como o Direito é feito’, e não ‘para que o Direito serve’.

A superação dessa visão que restringe o Direito a proteção de certas posições ou à repressão de condutas violadoras da ordem jurídica iniciou em meados do séc. XX com Norberto Bobbio, o qual revelou a função promocional do Direito por meio da utilização de sanções jurídicas positivas.

Segundo a concepção funcionalista de Bobbio²⁵, a partir das transformações sociais que ocasionaram o surgimento do Welfare State, o Estado se propôs a perseguir novos fins a partir de técnicas de controle social distintas daquelas tradicionais. Essas técnicas configuram o elemento fundamental da ação do Estado social, diferenciando-o do Estado liberal clássico, posto que às técnicas tradicionais de desencorajamento (sanção pelo descumprimento da lei) agregam-se as técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição (prêmios e recompensas jurídicas pela adoção de condutas desejadas).

Buscando a explicitação da função promocional do Direito, Bobbio²⁶ destaca, pois, que, em um sistema jurídico, a distinção entre prêmios e castigos não se confunde com a distinção entre comandos e proibições. Geralmente, as sanções negativas (penas) reforçam as normas negativas (comandos de não fazer), e as sanções positivas (prêmios e recompensas) são aplicadas para o fortalecimento de normas positivas (comandos de dar e/ou fazer). Contudo, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Isso porque, em um sistema jurídico, muitas das normas positivas são reforçadas por sanções negativas.

Assim, o Direito pode tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Nesse contexto, Bobbio relata a possibilidade de ocorrerem quatro diferentes situações: (i)

se em elogio, sinal de respeito ou algo semelhante [...] Normas de um ordenamento jurídico que autorizam determinados órgãos da comunidade jurídica para outorgar certos direitos a pessoas que bem o mereceram da comunidade, permitindo-lhes portar título distintivo, ou certas insígnias, ou conceder-lhes um prêmio, tais normas não estabelecem – ou nem mesmo diretamente – sanções jurídicas nem reações a uma conduta conforme ao Direito, impostas por normas jurídicas, mas reações a uma conduta, por outras razões, valiosas para a comunidade”.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 6.

comandos reforçados por prêmios; (ii) comandos reforçados por castigos; (iii) proibições reforçadas por prêmios; (iv) proibições reforçadas por castigo²⁷.

Além de punir a realização de atos em desconformidade com a legislação, o Direito pode, portanto, dialogar com as demais ordens sociais – como a sociologia, a economia e a cultura – e promover a realização de atos desejados pela sociedade, estipulando prêmios e recompensas (sanções jurídicas positivas) a esses comportamentos. Na dicção de Bobbio²⁸:

A Introdução da técnica de encorajamento reflete uma verdadeira transformação da função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

Cifrando um paralelo de fácil compreensão, na ótica estruturalista, o Direito configura uma ordem normativa em que as técnicas de controle social baseiam-se na ameaça e na aplicação de sanções negativas. Trata-se, de uma postura abstencionista do Estado, na medida em que interfere na sociedade somente quando forem praticadas condutas desconformes, comportamentos ilícitos. Assim, espelha um determinado tipo histórico de sociedade, aquela na qual a atividade econômica esteja subtraída da intervenção estatal.

De outra banda, a partir do momento em que o processo inverso – de aumento progressivo da intervenção estatal nas esferas dos interesses econômicos – começa a ocorrer, as concepções tradicionais de direito até então vigentes tornaram-se incompletas, “como vestidos que se tornaram demasiado apertados para um corpo que, de repente, cresceu”²⁹. É justamente nesse cenário que aflora a concepção funcionalista do Direito, segundo a qual a ordem jurídica normativa, além punir a realização de atos ilícitos por meio de sanções negativas, pode (e deve) se valer de sanções jurídicas positivas para promover condutas desejadas.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 7.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 15.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 10.

3. INCENTIVOS FISCAIS E PROMOÇÃO JURÍDICA DE COMPORTAMENTOS DESEJADOS

Para explicitar a operacionalização do Direito a partir da concepção funcionalista, Bobbio exemplifica duas sanções jurídicas positivas para induzir e estimular comportamentos: a sanção propriamente dita e a facilitação. A primeira delas é atribuída ao destinatário depois do comportamento desejado ter sido realizado. Trata-se de um prêmio pela concretização de um ato que promova o desenvolvimento aclamado pelo ordenamento jurídico, como os atuais incentivos fiscais. Na facilitação, como o próprio nome revela, o Direito facilita o procedimento para a realização do ato, atuando, portanto, previamente. A previsão legal de subvenções, ajuda ou contribuição financeira estatal configuram mecanismos de encorajamento por meio da técnica de facilitação. “Em outras palavras, pode-se encorajar intervindo sobre as consequências do comportamento ou sobre as modalidades, sobre as formas, sobre as condições do próprio comportamento”³⁰. Desse modo, busca tornar a conduta almejada necessária – posto que a sua não realização causará uma desvantagem (social, econômica, política ou cultural) muito grande -, fácil e vantajosa.

Essa inovação paradigmática implantada no ordenamento jurídico coloca em crise teorias simplificadas do direito, sobretudo aquelas que o veem tão somente a partir de sua função protetora ou de sua função repressiva, como a estruturalista. Importa asseverar, ainda, que Bobbio não se contrapõe ao positivismo jurídico kelsiano. Admite-o, assume-o em sua produção doutrinária. Ocorre, entretanto, que, ao reconhecer que essa concepção não estimula a observação teleológica do Direito, Bobbio vai além de Kelsen e propõe ao Direito a função promocional, sem abandonar as funções repressivas e protetivas.

Partindo desse contexto, Melo³¹ propõe que o exame do regime jurídico dos incentivos fiscais seja realizado a partir da complementariedade entre as concepções estrutural (Kelsen) e funcional (Bobbio) do Direito. O estruturalismo, por si só, é insuficiente

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 17.

³¹ MELO, Álisson José Maia. Premissas para uma abordagem jurídica dos incentivos fiscais. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 86.

para compreender certas propriedades internas do que está se chamando de incentivo fiscal, ao passo que a análise funcional não pode se abster das conquistas do estruturalismo e da importância dos aspectos formais no Direito.

A análise funcional, destarte, não passa despercebida no âmbito do estudo da tributação, principalmente levando em consideração a utilização cada vez mais frequente de funções mediatas – ditas extrafiscais – em contraposição a função imediata de arrecadação de verbas públicas nos sistemas tributários. Para que se possa explorar o tema proposto com a precisão científica que a sua envergadura suscita, faz-se necessário revelar o que se entende por incentivo fiscal.

Na doutrina de Scaff e Silveira³², os incentivos fiscais configuram espécies do gênero isenção, tendo por conteúdo substancial a função indutora da norma tributária, estimulando ou desestimulando comportamentos dos contribuintes. Assim, “quer-se alcançar a noção de que os incentivos fiscais (e as isenções em sentido lato) são parte relevante da autonomia financeira dos entes políticos, do poder (competência) de tributar outorgado constitucionalmente e mesmo da própria tributação”³³.

Por meio dos incentivos fiscais, segundo os tributaristas, aumenta-se a carga tributária sobre comportamentos indesejados pelo Estado ou, ao revés, reduz-se a carga tributária – ou suspende-a – sobre atividades que se pretende promover. Assim, o Direito possibilita a maleabilidade na quantificação da tributação e configura uma importante ferramenta indutora de comportamentos.

Scaff e Silveira³⁴ diferenciam incentivos de benefícios fiscais. Enquanto os incentivos têm caráter dinâmico, prospectivo, com o intuito de estimular comportamentos desejados, os benefícios fiscais são estáticos, referem-se a situações já consumadas e importam na

³² SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

³³ SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, p. 31.

³⁴ SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, p. 46.

materialização, no âmbito tributário, de valores tidos por prioritários. Nessa vertente doutrinária, portanto, somente os incentivos fiscais possuem a aptidão de induzir e estimular comportamentos desejados, promover atividades consideradas importantes pelo Estado.

Miguez de Mello e Simões³⁵, a seu turno, não diferenciam benefícios de incentivos fiscais, posto que o ordenamento jurídico brasileiro não recepcionou essa distinção. Para eles³⁶, ambos se referem a “estímulos com finalidades extrafiscais ou regulatórias muito utilizados no mundo inteiro pelo poder público como instrumento de fomento de suas políticas destinadas principalmente ao desenvolvimento econômico e social”. Nesse passo, os incentivos (ou benefícios) fiscais constituem mecanismos de indução de comportamentos, por meio dos quais o ente tributante reduz o ônus fiscal sobre atividades que pretende promover, e aumenta sobre atividades que pretende desestimular. Em resumo, configuram “instrumentos discricionários, excepcionais, relevantes, extrafiscais ou regulatórios, calcados no poder de tributar e regular de que dispõem os entes federados para promover o desenvolvimento econômico e social”³⁷.

Nessa mesma linha é o entendimento de Machado³⁸, para quem “o incentivo, ou estímulo, caracteriza-se pelo tratamento favorecido, diferenciado para melhor, em razão do atendimento da condição colocada para sua obtenção. E pode ser designado com palavras em sentido idêntico, tais como benefícios ou alívios”. Com sublime cientificidade, o tributarista cearense destaca, pois, que qualquer forma de redução de tributo, seja por meio da minoração de alíquotas ou da base de cálculo, pode configurar incentivo fiscal, desde que o legislador tenha por finalidade estimular ou desestimular determinado comportamento.

³⁵ MIGUEZ DE MELLO, Gustavo; SIMÕES, Luiz Carlos Marques Simões. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

³⁶ MIGUEZ DE MELLO, Gustavo; SIMÕES, Luiz Carlos Marques Simões. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, p. 129.

³⁷ MIGUEZ DE MELLO, Gustavo; SIMÕES, Luiz Carlos Marques Simões. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, p. 157.

³⁸ MACHADO, Hugo de Brito. O regime jurídico dos incentivos fiscais. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 171.

Assim, para que a desoneração possa se caracterizar como incentivo ou benefício fiscal – para o autor as expressões são sinônimas -, torna-se forçosa a presença de um elemento finalístico em sua essência: a “finalidade é o elemento caracterizador do incentivo fiscal, qualquer que seja a forma pela qual seja o mesmo concedido. Como a própria expressão indica, incentivo fiscal é o tratamento tributário favorecido concedido com a finalidade de estimular comportamento”³⁹.

Na mesma direção é a doutrina de Siqueira e Xerez⁴⁰, segundo os quais somente se pode falar de benefícios ou incentivos fiscais, expressões sinônimas, se houver por trás da desoneração um elemento finalístico discricionariamente escolhido pelo legislador competente. Desse modo, o incentivo fiscal não deriva diretamente de algum preceito, direito, princípio ou valor jurídico, mas deve ser neles respaldado, a fim de se garantir a legitimidade democrática da desoneração. Na retórica dos doutrinadores⁴¹, “o incentivo não consubstancia área de intributabilidade, mas decorre do sopesamento político – portanto discricionário – sobre instrumento adequado, necessário e suficiente para promover determinado interesse albergado pelo ordenamento jurídico”.

No Supremo Tribunal Federal, ora se utiliza a expressão benefício fiscal, ora incentivo fiscal, o que leva a concluir, pois, que o STF entende as expressões como sinônimas. Do Recurso Extraordinário 577.348, julgado em agosto de 2009 sob a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, extrai-se a seguinte conceituação: “incentivos ou estímulos fiscais são todas as normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção de desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário”.

A soma dessas razões se presta a argumentar que tributação é mais que arrecadação. O incentivo fiscal revela a possibilidade de se utilizar o tributo com outra função além da tradicional função arrecadatória (fiscal). Por meio desse mecanismo, o

³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. O regime jurídico dos incentivos fiscais. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 173.

⁴⁰ SIQUEIRA, Natércia Sampaio. XEREZ, Rafael Marcílio. Questões de extrafiscalidade tributária nas democracias contemporâneas. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁴¹ SIQUEIRA, Natércia Sampaio. XEREZ, Rafael Marcílio. Questões de extrafiscalidade tributária nas democracias contemporâneas. In: Machado, Hugo de Brito (org.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, p. 459.

Direito apresenta a funcionalidade extrafiscal do tributo.

O propósito dos tributos fiscais é, basicamente, carrear dinheiro aos cofres públicos, prover o Estado dos recursos financeiros necessários ao exercício da função pública que lhe é imanente. Na medida em que a tecnologia jurídico-tributária confere ao Estado a possibilidade de extrair, de maneira compulsória, recursos financeiros dos entes privados através da instituição e cobrança de tributos, esse mecanismo pode ser utilizado, também, para prestigiar objetivos alheios aos meramente arrecadatários.

Assim, o tributo pode se configurar um instrumento indutor de comportamentos, por meio do qual se prestigiam certas situações sociais, políticas ou economicamente importantes, às quais o legislador buscou conferir tratamento fiscal mais ameno ou, ao revés, mais custoso. Essa, com efeito, é a finalidade extrafiscal do tributo, uma alternativa teleológica diversa da simples vocação arrecadatária. Segundo Berti⁴², a extrafiscalidade busca alcançar “fins distintos dos meramente arrecadatários mediante o exercício das competências tributárias (poder de criar e alterar tributos) outorgadas pela Constituição Federal às pessoas políticas União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios”.

Trata-se, portanto, de um instrumento jurídico-tributário pelo qual o Estado pode conferir incentivos fiscais a determinadas atividades e, ainda, agravar condutas indesejadas, sempre em estrita obediência aos princípios constitucionais tributários. Ainda que o Estado tenha discricionariedade na escolha das atividades a serem incentivadas, estas devem estar respaldadas em valores, direitos ou preceitos constitucionais.

Essa ferramenta jurídica é consequência do reconhecimento concepção funcionalista do Direito, na medida em que busca compreender a função teleológica da norma jurídica, induzindo comportamentos a partir da utilização de sanções jurídicas positivas. Entretanto, para que se possa analisar a (im)possibilidade de utilização dessas sanções jurídicas positivas para a promoção da sustentabilidade, faz-se necessário compreender a importância dada ao tema pela Constituição Federal de 1988.

⁴² BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e não-confisco*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 19.

4. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao mudar de rumo e direcionar-se às novas preocupações éticas da humanidade, a Constituição Federal de 1988, justamente por aflorar num momento de superação de paradigmas clássicos de organização político-administrativa, apoiou-se, a um só tempo, em padrões antropocêntricos, biocêntricos e, até mesmo, com borrifadas ecocêntricas. Uma leitura atenta do corpo normativo constitucional demonstra essa adoção de um novo paradigma ético-jurídico – que também é jurídico-econômico -, qual seja, o da ecologização da Constituição.

Ao garantir a todos o direito fundamental de propriedade, o constituinte originário também estabeleceu o dever de se cumprir uma função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII, CF/88)⁴³. Não obstante, o mesmo artigo assegura a todos os cidadãos a possibilidade de propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente (art. 5º, inciso LXXIII, CF/8844). Outrossim, ganha proeminência a inserção do pensamento ético-ambiental no Capítulo VII da Constituição Federal, o qual se destina a normatizar a ordem econômica e financeira nacional. Do teor do art. 170 extrai-se que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, entre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre iniciativa e, gize-se, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Trata-se de uma redefinição do modelo civilizatório e, conseqüentemente, das

⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

⁴⁴ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

balizas que devem orientar o exercício da atividade econômica, na medida em que a normatização (ainda presente) de concepções clássicas do liberalismo radical abrem espaço a um novo compromisso ético, destinado a reescrever a nova história do país sob a marca da sustentabilidade. Além disso, o art. 186, inciso II45, sublinha que a propriedade rural atenderá a sua função social se, entre outros requisitos constitucionais e legais, utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservar o meio ambiente. Até mesmo o Sistema Único de Saúde (SUS) recebeu a atribuição constitucional de colaborar na proteção do meio ambiente (art. 200, inciso VIII, CF/8846). Na comunicação social, é vedada a disseminação de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos ao meio ambiente (art. 220, § 3º, inciso II47).

Entretanto, é no Capítulo VI da Constituição Federal 48, sobretudo, que os

⁴⁵ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

⁴⁶ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

⁴⁷ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

⁴⁸ CAPÍTULO VI

DO MEIO AMBIENTE

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio

fundamentos dorsais da sustentabilidade ecológica ganham destaque, que o utilitarismo (ambientalmente) despreocupado das concepções liberais perde espaço e, por conseguinte, a preocupação com a preservação da biosfera recebe contornos constitucionais extremamente relevantes. Desde logo, o art. 225, caput, acentua:

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.

Assim, a natureza, componente sem o qual não há vida, passa a ser compreendida como uma realidade frágil e ameaçada pelas atuais – e também pelas futuras - gerações. Por essa razão, recepcionou-se todo esse emaranhado de atributos e valores éticos.

Segundo Benjamin⁴⁹, a constitucionalização do meio ambiente trouxe em seu bojo seis benefícios substantivos, quais sejam: estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada; ecologização da propriedade e da sua função social; proteção ambiental como direito fundamental; legitimação constitucional da função estatal reguladora; e redução da discricionariedade administrativa. Além disso, trouxe outros cinco benefícios formais: máxima preeminência e proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais; segurança normativa; superação do paradigma da legalidade ambiental; controle da

ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95/102.

constitucionalidade da lei; e reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais.

Na medida em que estabelece um inequívoco dever de não degradar, a Constituição Federal firma uma base ecológica no regime de explorabilidade limitada e condicionada, contrapondo-se ao direito de explorar de maneira ilimitada, plena e incondicionada, inerente ao direito de propriedade clássico. Com efeito, limites mínimos e pulverizados de exploração da propriedade são substituídos por limites amplos e sistemáticos, centrados na manutenção dos processos ecológicos.

Vale dizer, o direito de explorar a propriedade privada é limitado pelo dever de não degradar e condicionado por diretrizes ecológicas, posto que nem tudo que integra a respectiva propriedade pode ser explorado. Desse modo, a ecologização da propriedade privada e de sua função social irradia efeitos em toda órbita jurídica, porquanto estabelece um contrabalanceamento do rigor privatístico demasiado e da hiperênfase do direito de propriedade. Em razão disso, Benjamin⁵⁰ destaca, pois, que a ecologização da Constituição, buscou, a um só tempo, a instituição de um regime de exploração limitada e condicionada – portanto, sustentável - da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana quanto rural, um forte componente ambiental, o que se mostra evidente nas diretrizes ambientais inseridas no capítulo da Constituição destinado a ordem econômica e financeira.

Outrossim, com a promulgação da atual Constituição Federal, a proteção ambiental foi elevada ao nível de direito fundamental, em pé de igualdade com outros direitos também fundamentais, como o próprio direito de propriedade. Por derradeiro, as discussões sobre sustentabilidade e proteção ao meio ambiente passam a integrar o debate jurídico, e não apenas os terrenos não jurídicos das ciências naturais e da literatura.

Buscando extrair o máximo de potencialidade do conteúdo deontológico do direito constitucional, ampliando o seu sentido, bem como seu alcance, tendo por objetivo a

⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 98.

concretização dos valores e fins constitucionais, nota-se que o meio ambiente foi alçado ao ponto máximo do ordenamento jurídico, ganhando status de direito fundamental. Isso porque, em que pese não haja menção expressa no Título II da CF/88 ao meio ambiente, a doutrina é conforme em afirmar, pois, que o § 2º do art. 5º51, ao recepcionar a “cláusula de abertura”, aponta para a não taxatividade dos direitos fundamentais, de modo que esse rol de direitos de cunho humanístico encontra-se espalhado no texto constitucional e, ainda, em diplomas infraconstitucionais.

Grimone⁵², por sua vez, ao se referir ao direito ao desenvolvimento sustentável, disserta que se trata de um direito fundamental não em virtude da menção ao meio ambiente em diversos dispositivos constitucionais, mas pela sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana:

O direito ao desenvolvimento sustentável procura encontrar um parâmetro de convívio entre o ser humano e a natureza. Busca valorizar o ser humano, retirando-o da miséria material, por meio de uma profunda raiz ética, mas não o entrega ao consumo desenfreado e ao vilipêndio dos recursos naturais. Ao contrário, procura inseri-lo como um membro responsável dentro de uma grande cadeia que deve funcionar com harmonia e respeito. Desse modo, fica evidente que o direito ao desenvolvimento sustentável é uma manifestação implícita do princípio da dignidade da pessoa humana⁵³.

Assim, a fundamentalidade da proteção ambiental significa não apenas a obrigatoriedade de se buscar na sustentabilidade o vetor-guia na realização de políticas públicas, consectário lógico da eficácia vertical desses direitos, mas, e, sobretudo, a vinculação da diretriz ambiental nas relações estritamente privadas, em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Além disso, por se tratar de direito fundamental, a proteção ambiental consiste em uma norma possuidora de aplicabilidade imediata, de modo que a adoção de medidas que visem à sustentabilidade ambiental, a redução do desmatamento e a cessação de práticas poluidoras e degradadoras da biosfera não necessitam a edição de uma lei infraconstitucional para se tornarem realidade.

⁵¹ § 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.

⁵² GRIMONE, Marcos Ângelo. *O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105.

⁵³ GRIMONE, Marcos Ângelo. *O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil*, p. 105.

Nessa mesma linha, a legitimação da função estatal reguladora possibilita ao poder público a viabilização de ações interventivas que promovam a proteção do meio ambiente. Na medida em que estabelece um substrato normativo em torno da sustentabilidade ecológica, a Constituição Federal de 1988 legitima e facilita a intervenção do Estado, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais. Em termos práticos, disserta Benjamin (2012, p. 100), “já não se requer apelo aos desastres naturais (liberalismo), nem catástrofes econômicas (welfarismo) para justificar o protagonismo ecológico do Estado. Para tanto, basta a crise ambiental notada pelo texto constitucional”.

Nessa linha, a sustentabilidade apresenta-se como um valor supremo na ordem constitucional brasileira, determinando a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária de um modelo de desenvolvimento pautado pelos padrões éticos da sustentabilidade ecológica, de modo a assegurar os recursos naturais para o presente e para o futuro.

Outrossim, Coelho e Araújo⁵⁴ compreendem a sustentabilidade como um princípio constitucional não somente ambiental, mas interdisciplinar, notadamente social, empresarial e econômico, constituindo um parâmetro que, em virtude de sua força normativa constitucional, orienta - ou deveria orientar - o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente naquilo que pertine a regulamentação da ordem econômica. Sob esse prisma, um dos alicerces do conteúdo da sustentabilidade, tal como inserido no texto constitucional, é a ideia de equilíbrio entre a exploração de recursos naturais para impulsionar o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade do ecossistema natural.

Dessa ecologização da Constituição, portanto, extrai-se o dever do Estado, tanto na realização de políticas públicas materiais quanto na elaboração de instrumentos normativos, de adotar sempre a alternativa menos gravosa ao meio ambiente, em estrita

⁵⁴ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. *A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimento*. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39, n. 1, ano 2011. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916> > Acesso em: 20 abr. 2016.

obediência ao dever de sustentabilidade ecológica. Inobstante, o desenvolvimento com sustentabilidade não é tão somente um compromisso estatal, mas, e, sobretudo, uma responsabilidade de todos os atores sociais, públicos e privados, de tal sorte que as limitações dos recursos naturais devem ser respeitadas e as suas potencialidades, com efeito, asseguradas, a fim de que as futuras gerações possam encontrar um ambiente propício à sadia qualidade de vida.

Seguramente, o constituinte originário, de modo prudente e inovador, sepultou o paradigma estritamente liberal – o qual buscava no ordenamento jurídico o sustentáculo para legitimar a produção econômica materialmente desregrada e irresponsável socialmente – da superfície normativa constitucional e, por meio de uma viragem ética, recepcionou uma nova (e paradigmática) concepção holística e juridicamente autônoma de meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala em incentivos fiscais, está-se analisando a maneira pela qual a linguagem do direito positivo projeta-se sobre o campo material das condutas intersubjetivas e leva a incidência da norma jurídico-tributário. A Introdução de normas jurídicas positivas no ordenamento jurídico brasileiro espelha adoção de um modelo intervencionista estatal, desenhando um arquétipo estatal que não se abstém de promover condutas desejadas, inclusive por meio da maleabilidade da carga tributária incidente em determinadas atividades.

A vertente finalística dos incentivos fiscais reclama a observância das diretrizes e objetivos constitucionais, a fim de que a sua utilização tenha por escopo a indução de comportamentos aclamados pelo legislador constituinte, dentre os quais se inserem as condutas ambientalmente saudáveis. Nessa perspectiva, a ecologização da Constituição não atribuiu ao Estado tão somente o dever de adotar condutas sustentáveis na realização de políticas públicas materiais, mas, e, sobretudo, o compromisso de induzir a adoção de

condutas em conformidade com os limites e potencialidades da natureza por meio de sanções jurídicas positivas.

Assim, valendo-se da conexão entre direito, economia e realidade fática, os incentivos fiscais se revelam uma importante ferramenta de criação de políticas fiscais de efeitos sustentáveis, incorporando a defesa do meio ambiente na matriz estruturante do direito tributário, adequando-o às novas prioridades estatais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos: extrafiscalidade e não-confisco**. Curitiba: Juruá, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimento**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39, n. 1, ano 2011. Disponível em: <
<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916>> Acesso em: 20 abr. 2016.

GRIMONE, Marcos Ângelo. **O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou A Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.**

Trad. Regina D'Angina. 2.ed., São Paulo: Ícone, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. O regime jurídico dos incentivos fiscais. *In:* Machado, Hugo de Brito (org.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Álisson José Maia. Premissas para uma abordagem jurídica dos incentivos fiscais. *In:* Machado, Hugo de Brito (org.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** São Paulo: Malheiros, 2015.

MIGUEZ DE MELLO, Gustavo; SIMÕES, Luiz Carlos Marques Simões. Regime jurídico dos incentivos fiscais. *In:* Machado, Hugo de Brito (org.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** São Paulo: Malheiros, 2015.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Incentivos fiscais na federação brasileira. *In:* Machado, Hugo de Brito (org.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** São Paulo: Malheiros, 2015.

SIQUEIRA, Natércia Sampaio. XEREZ, Rafael Marcílio. Questões de extrafiscalidade tributária nas democracias contemporâneas. *In:* Machado, Hugo de Brito (org.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** São Paulo: Malheiros, 2015.

A JURISDIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA A PRÁTICA DEMOCRÁTICA E PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

Angela Araujo da Silveira Espindola¹

Jaqueline Mielke da Silva²

INTRODUÇÃO

A presente reflexão pretende uma compreensão da jurisdição desde a sua concepção clássica até a jurisdição moderna, com vistas a sublinhar, neste trajeto, a emergência dos novos direitos, especialmente dos direitos coletivos. A primeira parte intitulada dedica-se a demonstrar a insuficiência da jurisdição ante estes direitos. Faz-se, ainda, um acompanhamento da construção dos direitos transindividuais ao longo da evolução da própria concepção de Estado. A segunda parte deste ensaio propõe uma releitura da jurisdição enquanto instância necessária para a prática democrática conduzindo, assim, à terceira parte do ensaio, a qual, descartando o modelo normativista-legalista e o modelo funcionalista, sustenta a metodologia jurisprudencialista como alternativa para a superação do esgotamento do paradigma liberal individualista enquanto obstáculo para a concretização dos direitos coletivos. Reconhece-se, assim, o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado, impactando, por certo, na concepção da jurisdição estatal, que precisa “coletivizar-se” para além da democratização do Estado.

¹ Doutora e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional / IMED. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM e Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Advogada.

² Doutora e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional / IMED. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Inedi - CESUCA. Advogada.

2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E OS COMPROMISSOS HISTÓRICOS E IDEOLÓGICOS DA JURISDIÇÃO MODERNA

A concepção de jurisdição necessariamente deve atentar para o fenômeno da proteção dos direitos transindividuais. A jurisdição coletiva apresenta características próprias que a distinguem da jurisdição individual, razão pela qual merece tratamento diverso. Carlos Lunelli bem observa que “a prestação da tutela jurisdicional ambiental se apresenta como um dos desafios do Estado contemporâneo. A ideologia que permeia o processo, dando-lhe nítido comprometimento privatista é, certamente, um dos entraves que se apresentam para a efetiva tutela do bem ambiental”. E a partir desta compreensão propõe, uma releitura do direito processual, ou seja, “a compreensão de institutos presentes em sistema jurídico diverso, divorciado da inclinação privatista e capaz de representar maior possibilidade de proteção dos direitos e interesses transindividuais, sobretudo os ambientais”³.

Em razão das modificações ocorridas no modelo liberal/individualista de Estado⁴, houve uma verdadeira revolução em termos de categorias, direitos e de meios de proteção aos mesmos⁵. Os direitos deixam de ter uma feição meramente individual, passando a ter uma dimensão coletiva. Tais direitos⁶, além de evidentemente escaparem à tradição liberal/individualista, colocam-se como indispensáveis à sobrevivência contemporânea⁷.

³ LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção de bem ambiental. A contribuição do contempt court. In: Carlos Alberto Lunelli e Jefferson Marin. **Estado, meio ambiente e jurisdição**, p. 147-148.

⁴ No seu nascedouro, o Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo do próprio liberalismo. Assim, os liames jurídicos do Estado têm relação direta com a concreção do ideário liberal no que diz respeito ao princípio da legalidade (submissão do poder estatal à lei, divisão de poderes e garantia de direitos individuais).

⁵ A consagração dos direitos sociais não é uma descoberta do século XX, na exata medida em que as Declarações de Direitos da Revolução Francesa já estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas constituições do século XIX.

⁶ Mauro Cappelletti refere, ao tratar do assunto, “*que no campo jurídico o Estado Social incorporou novos direitos das mais variadas ordens, direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc*”. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Vol. I, separata, n. 18, p. 8-14, 1985.

⁷ François Ost cita algumas características que afastam para sempre a projeção contraditória entre direito subjetivo e interesse: “*a) O interesse, estando na base dos principais conceitos jurídicos, mesmo na de direito subjetivo, tem assim, um caráter onipresente, aparecendo, desta forma, para além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica; b) Paralelamente a esta onipresença e, talvez em consequência mesmo desta presença constante, a noção de interesse se caracteriza por uma imprecisão no seu significado, o que implica uma recorrente confusão e, mesmo, identificação entre*

São direitos que atingem toda a coletividade; referem-se a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Contrariamente a um direito excludente, negativo e repressivo, com feição liberal, tem-se um direito comunitário, positivo, promocional, de cunho transformador⁸.

O ponto central da questão deixa de ser o individual, passando a ser predominantemente o coletivo ('lato sensu'). A socialização e a comunitarização dos interesses têm papel fundamental⁹. Assim, observa-se que os direitos transindividuais (coletivos em sentido estrito mais difusos mais individuais homogêneos) escapam da dimensão privada do modelo jurídico liberal e se caracterizam por uma amplitude não apenas jurídica, em sentido estrito, mas também socioeconômica, tendo em vista que importam muitas vezes no desaparego, afastamento e/ou negação dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meios de sanabilidade das controvérsias. Portanto, a variabilidade e complexidade dessas questões coletivas fazem com que caminhos distintos para sua resolução devam ser adotados. A resolução dos conflitos coletivos reclama a negação dos postulados do modelo liberal/individualista¹⁰.

*interesse e direito; c) De outro lado, o interesse adquire, como noção funcional ou operatória, uma leveza (souplesse) que contrasta com a rigidez própria do direito subjetivo. Assim é que, à titularidade exclusivista do direito subjetivo se contrapõe a titularidade difusa, indeterminada ou coletiva dos interesses; da mesma forma, os interesses estão vinculados a valores novos especificados, apontando para objetivos abertos, ampliados; d) Por fim, o interesse incorpora um traço subversivo, apontando novos atores, novos objetos, bem como implica uma relativização de direitos tradicionais - o caso da propriedade que vê agregada a noção de função social, assumindo um interesse difuso da coletividade - é exemplar. A preferência pela utilização do termo direito apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual à preponderância daquele se reflete uma negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica a desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica". Ver: OST, François. **Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt - Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé**, p. 106-107.*

⁸ MORAIS, José Luís Bolzan. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**, p. 96.

⁹ Lenio Streck afirma que "o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência". STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**, p. 37.

¹⁰ Neste sentido, recomenda-se a leitura de LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O contributo do *contempt of court*

Tratam-se de interesses que se referem simultaneamente a mais de um indivíduo, ou seja, cada pessoa possui um interesse idêntico qualitativamente à outra e, portanto, não diferenciado. Conforme refere Mauro Cappelletti¹¹, cada indivíduo que compõe a coletividade ou o grupo possui um interesse fragmentado, exatamente idêntico ao do outro que compõe essa mesma coletividade ou esse mesmo grupo. Há, portanto, que se revisitar os paradigmas até então vigentes¹² e, para tanto, voltar os olhos para o perfil do Estado sob o qual estes direitos se pretendem concretizar.

Na sequência de transformações verificadas no Estado de Direito, percebe-se que a garantia de liberdades negativas, privilegiando o indivíduo, e a promoção de liberdades positivas, atendendo ao bem-estar comum, deixaram de ser suficientes para suprir os anseios da sociedade da época, a qual passava a reivindicar uma pretensão à igualdade. Deu-se, assim, uma tentativa de transformação do *status quo* com o acréscimo do elemento democrático ao Estado de Direito. Trata-se do Estado Democrático de Direito.

Os modelos do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito não conseguem dar conta das progressivas e constantes demandas sociais, em especial no âmbito do ideal de liberdade e igualdade, da limitação do poder, da proteção e implementação dos direitos.¹³ O novo modelo de Estado de Direito – o Estado Democrático de Direito – tem o objetivo de imprimir o ideal democrático ao Estado de Direito, em que a “preocupação básica é a transformação do *status quo*”.¹⁴ O Estado Democrático de Direito, segundo Bolzan de Moraes e Streck, possui um “conteúdo transformador da realidade”, distinguindo-se do Estado Social de Direito, que visava à “adaptação melhorada das condições sociais de existência”.¹⁵ Streck vai dizer que “o Estado Democrático de Direito representa, assim, a

para o processo ambiental. **Revista de Processo**, v. 218, p. 47-64, 2013.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos Interesses Difusos. In: **Revista AJURIS**, n. 33, p. 169.

¹² MARIN, Jefferson. A necessidade de superação da estandarização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas da tutela ambiental. In: Carlos Alberto Lunelli e Jefferson Marin (org.). **Estado, meio ambiente e jurisdição**, p. 51-92.

¹³ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. p.77.

¹⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**, p.74.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p.90.

vontade constitucional de realização do Estado Social”.¹⁶ O Estado, enquanto fenômeno da modernidade, teve várias roupagens, todas elas com consequências para a concepção de direito e de jurisdição de um determinado período.

3. POR UMA RELEITURA NECESSÁRIA DO DIREITO E DO PROCESSO: IMPACTOS NA CONCEPÇÃO DA JURISDIÇÃO

Uma releitura do direito e do processo civil modernos é condição de possibilidade para a superação do direito enquanto sistema de regras e para a assunção de uma materialidade ocupada pelos princípios. Já não é novidade que grande parte dos direitos, tanto de cunho patrimonial como não patrimonial, não podem ser adequadamente protegidos, sequer concretizados, através da função reparadora e individualista exercida pela jurisdição. Não raro é possível verificar a inefetividade desta função jurisdicional.

O resultado desta releitura será a abertura de espaço para um novo cenário, para um novo paradigma hermenêutico ou, quiçá, para a libertação do direito dos grilhões paradigmáticos, favorecendo, deste modo, o reconhecimento de que o direito nasce do fato e não da lei. É preciso, no entanto, estarmos dispostos a essa releitura, suspendendo alguns prejuízos e desconfiando de algumas obviedades que se costumam reproduzir sem uma reflexão mais profunda.

Ora, o desvelamento dos novos direitos – o processo de multiplicação de direitos – que se verifica a partir dos últimos séculos, seja pelo aumento de bens a serem tutelados, seja pelo aumento do número de sujeitos de direito ou ainda pela ampliação dos *status* dos sujeitos,¹⁷ somados às alterações no perfil da sociedade brasileira e do Estado moderno (desde o modelo liberal clássico, passando pelo (ou saltando o) Estado Social, até chegar – ou pretender chegar – ao Estado Democrático de Direito),¹⁸ exige (a) que se questione o

16 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p.39.

17 Sobre a multiplicação dos direitos, consultar: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Ver também: OLIVEIRA JR., José Alcebiades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

18 Sobre as diversas roupagens do Estado moderno, consultar: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

papel da jurisdição ante a concretização dos direitos e (b) que se reconheça a função social do direito processual, superando a falsa ideia de que o processo se reduz a simples procedimento.

Esses problemas podem ser apresentados como pertencentes a duas categorias, conforme expõe Castanheira Neves: são os problemas estruturais ou externos ao exercício da jurisdição e o problema intencional, ou seja, o problema do sentido, do sentido da jurisdição, o qual orienta a discussão sobre a Crise do Juiz, a Crise da Justiça. Crises essas que não podem se traduzir exclusivamente ao negativo circunstancial, mas, em especial, à consumação histórico-cultural de um sistema, ou seja, perda contextual de sentido das referências até então regulativas. Para adotar uma terminologia que já faz parte do modismo intelectual, a crise representa o cenário de um paradigma que, antes em vigor, agora se esgotou, clamando por um novo paradigma, por um novo modelo de pensamento.

É evidente que o principal elemento fundante dos sistemas e dos paradigmas não se concentra na sua estrutura, mas antes no seu sentido, eis que se a estrutura organiza e permite o funcionamento do sistema ou de um paradigma, só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Por esta razão, concorda-se com Castanheira Neves, quando, enfaticamente, alerta que uma crise só pode ser superada pela reflexão fundadora de um novo sentido. Se assim for, não há como fundar um novo sentido sem distinguir os problemas estruturais e o problema intencional, traçando uma reflexão crítico-reflexiva acerca dos mesmos.¹⁹

Os problemas estruturais – externos ao exercício da função jurisdicional – consideram o poder, a organização, a responsabilidade e o modo desse exercício, mas não se referem à intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza. Dizem o modo do fazer jurisdicional, mas não dizem “o que é” esse fazer ou “o que” nele se faz. São (a) os problemas diretamente político-constitucionais;

¹⁹Nesse sentido, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, op. cit., p.1-44.

(b) o problema institucional; e (c) o problema da legitimação decisória. Os problemas estruturais ou externos são condições de possibilidade da jurisdição que se pretende, mas o problema intencional ou interno compreende os momentos constitutivos da jurisdição, toca a essência, e não a forma; a substância, e não o procedimento. Assim, tem-se que a realização da essência está condicionada pela correta ou adequada solução dada aos problemas estruturais; a solução correta ou adequada será um correlato funcional do que seja ou se pretenda que seja a jurisdição enquanto tal. Como bem refere Castanheira Neves, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação com o direito (juris-dictio), o que significa que um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Importa, portanto, mais que discutir problemas estruturais do poder judiciário e da jurisdição, investigar sobre o problema do sentido, do sentido da jurisdição, para que assim seja possível ressignificar o direito e a jurisdição e, conseqüentemente o próprio papel do jurista.²⁰

O magistrado na jurisdição coletiva não é imparcial tal como é na jurisdição que tutela direitos individuais, razão pela qual as concepções de Antônio G. Micheli e Ovídio Baptista da Silva revelam-se insuficientes para explicar a jurisdição coletiva. O que efetivamente caracteriza a jurisdição coletiva, no estado social e democrático de direito, é a presença de um terceiro que integra o conflito de interesses. No âmbito da tutela coletiva o magistrado não pode ser visto como um terceiro imparcial, mas como um agente que transforma a realidade social, realizando direitos fundamentais. A imparcialidade do magistrado, embora mais fácil de ser compreendida no âmbito das ações individuais, também é bastante criticada e questionada, principalmente nas ações individuais que tenham por objeto direitos sociais e individuais homogêneos, que também se classificam como transindividuais.

Assim, a jurisdição pode ser definida a partir da presença de um terceiro - que é o magistrado -, que tem por função primordial a realização de direitos fundamentais. Como

20 CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, op. cit., p.1-44.

integra o conflito, o magistrado tem um papel fundamental nas ações que tem por objeto interesses coletivos, que é a de realizar direitos fundamentais.

Neste sentido, Michele Taruffo²¹ aponta três linhas para uma reflexão orientada à superação da situação problemática no direito processual civil, admitindo que são aspectos que poderão alcançar também ao processo penal e, ainda, para além do contexto italiano, pois se trata de situação comum a muitos países. A primeira direção rumo à superação da situação problemática no direito processual seria uma mudança na cultura processualista, que se sobreponha a atitudes obsoletas, formalistas da dogmática tradicional. A segunda direção é no sentido da recuperação e reformulação dos valores fundamentais e dos princípios gerais considerados válidos para o processo. A terceira direção está na redefinição da sistemática dos instrumentos de tutela processual.

Surge, portanto, a necessidade de uma nova forma de atuação do direito e dos juristas, que passa por quatro principais aspectos: (a) a recuperação de sentido do direito; (b) a recuperação do papel do poder (função) judicial; (c) a concretização jurídica e social dos direitos e (c) a rediscussão do direito Processual. Portanto, para que se alcance algum contributo para o processo civil moderno, não se pode furtar-se de, antes, investigar sobre o sentido do direito e os modelos jurisdicionais de realização do direito, buscando, com isso, identificar indícios da superação de velhos paradigmas e diagnosticar um novo caminho para o direito e, conseqüentemente, para o direito processual civil.

Não se trata de apresentar soluções, mas antes de um “problematizar o problema” da (in)efetividade da jurisdição e sua insuficiência na proteção de direitos difusos e coletivos, sem ocultar a fragilidade das reformas processuais propostas pelo *establishment* e das construções doutrinárias, eis que reproduzem o paradigma dominante, sem problematizá-lo, sem revelá-lo, sem um “dar-se conta”, sem o necessário enfrentamento da crise de paradigmas que assola o direito e o Processo²².

²¹TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. In: **Doxa: Cuaderno de Filosofía del Derecho**, n.22, 1999, p.311-320.

²²LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, p. 165-174, 2012.

Retomando a sugestão de Michele Taruffo sobre as três linhas para uma reflexão acerca da superação da situação problemática atual, é possível identificar alguns indícios que atestam já está superação, com repercussão nas tarefas da função jurisdicional e na atual situação jurídico-jurisdicional.

Ao falar sobre isso, Castanheira Neves detecta alguns fenômenos jurídicos que indicam a superação do positivismo, quais sejam: (a) a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a mera legalidade, na medida em que há uma renovada distinção entre *lex* e *ius*, seja por meio da preferência jurídica dos direitos (fundamentais) perante a lei, seja pelo reconhecimento de princípios normativos translegais (que transcendem a lei/legalidade); e (b) o reconhecimento de limites normativo-jurídicos da lei (os limites objetivos, os limites intencionais e os limites temporais).

Ainda no cenário atual, (re)afirmam-se direitos fundamentais nas Constituições e princípios normativamente materiais, colocados antes e acima da lei. Esta deixa de ser o fundamento de validade jurídica dos direitos, e estes – reconhecidos como fundamentais – passam a condicionar a validade daquela. A normatividade passa a ser determinada realizando-se e na sua realização, eis que reconhecida na práxis histórico-social. Torna-se já impossível continuar a identificar o direito com a legislação, bem como a idealizar o poder judicial como um poder nulo, acético, insípido. Daí falar-se na necessária revisão do problema das fontes do direito e do princípio da separação dos poderes.²³ Para expressar este contexto, Castanheira Neves, num esforço de síntese, vai afirmar que

as normas legais esperam a sua aplicação e em último termo visam-na, mas podem compreender-se e determinar-se sem ela, ou seja, na sua subsistência abstrata; não assim os princípios, já que o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstrato, só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo. E decerto que a essa sua determinação em concreto será chamada, numa responsabilidade iniludível, a jurisdição nos seus juízos decisórios em soluções das

23 LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, p.05 e 12-13.

controvérsias práticas suscitadas pela invocação daqueles mesmos direitos e destes princípios.²⁴

Afora a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a mera legalidade, a superação do positivismo implica o reconhecimento de limites normativo-jurídicos que fazem ver que é através da jurisdição que vai se dar a realização concreta do direito, em necessária intenção normativamente constituída. Esses limites desvelam o espaço do poder judicial, da jurisdição e do papel do juiz. O direito legalmente positivado não alcança a dinâmica social, ficando aquém do domínio histórico-socialmente problemático a que terá de responder jurídico-normativamente. Isto significa que este limite objetivo exige um desenvolvimento autônomo do direito através da sua própria realização, ou seja, da sua jurisprudencial realização, afirmando-se não como um sistema fechado, mas antes como um sistema aberto. De outro lado, existem limites intencionais que fazem reconhecer que a realização do direito está para além de um sentido lógico-dedutivo e formal, apresentando-se como insuficiente a subsunção da lei ao caso. A realização do direito vai assumir um sentido normativamente material, mostrando-se concretamente adequada ao mérito problemático dos casos decididos e normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológico-normativos que dão sentido normativo material ao próprio direito. Por fim, há também os limites temporais, catalogados por Castanheira Neves ao lado daqueles objetivos e intencionais. Todos eles desconsiderados pelo positivismo. Os limites temporais, assim, surgem do reconhecimento da dimensão histórica do direito e do seu sistema normativo. O positivismo, em qualquer de suas vertentes, vai ignorar esta dimensão histórica, operando a partir de uma racionalidade lógico-abstrata revestida por uma subsistência atemporal, a-histórica.²⁵

24 LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, p. 07.

25 LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, p.08-09.

4. A JURISDIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA A PRÁTICA DEMOCRÁTICA: A METODOLOGIA JURISPRUDENCIALISTA

Na perspectiva de Castanheira Neves, duas alternativas emergem. De um lado, é possível que a resposta seja a opção por uma sobrevalorização da estratégia político-social, assumindo-se o político como o único protagonista e, conseqüentemente, a função judicial como operador tático, através de meios institucionais e normativo-decisórios; ou seja, a jurisdição passa a ser instrumento desta estratégia político-social ou *longa manus*. E, de outro lado, é possível que a resposta seja não uma disputa entre poderes, mas de afirmar o direito ao poder, de reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e, assim, o Estado verdadeiramente como Estado de Direito. Neste caso, a universalidade de certos valores e princípios normativos em que todos se reconheçam é irrenunciável. É nesta universalidade axiológico-normativa que se traduz a autonomia do direito, para Castanheira Neves; terá de reconhecer-se no direito a “medida de poder”, ou seja, a sua validade crítica perante o político. Ao reconhecer-se esta autonomia do direito, há que se chamar uma instância para contrapor-se à unidimensionalidade (ou totalitarismo) do político. E esta instância, por certo, não há de ser o poder legislativo ou a legislação, haja vista o seu compromisso político. A lei não é por si só o direito, podendo, inclusive, manifestar-se em contradição com ele. Esta instância há de ser o poder judicial, a jurisdição. Daí assumir-se a defesa da jurisdição estatal como instituição indispensável para a prática democrática, para o exercício da cidadania e para a realização da Constituição. Resta clara, portanto, a opção assumida por esta segunda alternativa, que se contrapõe a perspectiva de uma jurisdição enquanto mero instrumento a serviço da estratégia político-social, na qual o político é o único protagonista.²⁶

Mas, ainda assim, o problema do sentido da jurisdição não se põe como solucionado.

²⁶Ver, dentre as obras de Castanheira Neves: CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?** (O problema actual da autonomia do direito). Lisboa: Instituto Piaget, 2002; CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Volume LXXIV, 1998, Coimbra, Universidade de Coimbra, p.14; CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais, Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

É preciso agora investigar sobre os modelos de juridicidade e seus correlativos modelos de jurisdição, entre os quais se pode continuar no caminho para uma resposta. Para tanto, assume-se a perspectiva de Castanheira Neves, a partir da qual são identificados os três modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito, os quais se apresentam entre o legislador, a sociedade e o juiz. Estes três modelos são: o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo.

Não se pode ignorar as tentativas de recuperação desse normativismo legalista, sob outras roupagens: pela restauração do liberalismo radical, pelo pensamento jurídico analítico ou, como alerta Castanheira Neves, pelo funcionalismo sistêmico, em alguma medida. O normativismo legalista não pode ser menosprezado, sob pena de deixar-se conduzir pelo canto da sereia. Se assim for, importante visualizar o normativismo legalista de que trata Castanheira Neves, perspectivado pelo individualismo moderno-liberal e iluminista, conforme já sinalizado noutra oportunidade. O normativismo legalista conta com um determinante antropológico, na medida em que a compreensão que o homem tem de si traz implicitamente a sua compreensão sobre o direito e a sociedade. Assim, a visão de mundo que penetrava no século XVI até o século XVIII, radicava na autonomia humana, na ruptura com a ordem teológico-metafísico-cultural transcendente. Àquele tempo, o homem assumia como fundamento único de sua ação e de seu saber, respectivamente a liberdade e a razão, uma razão em diálogo com a experiência empírica. Paralelamente, afirmava-se ainda a secularização e a emancipação do econômico, especialmente em relação aos quadros ético-religiosos. Assim, o domínio da práxis social era o domínio dos interesses, expressão prática da liberdade. A consequência foi a emergência do individualismo moderno-iluminista e do racionalismo.²⁷

O Racionalismo, posto como pano de fundo do normativismo legalista, passa a ser a expressão da *ratio* moderna – uma razão autofundada em seus axiomas e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos; uma razão que deixa de ser ontológico-metafísico-

²⁷CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 15.

hermenêutica como a razão clássica; uma razão como sistema, uma razão cartesiana –. No contexto dessa visão de mundo, a visão de homens livres, racionais e, na sua liberdade, também iguais, exigia-se a institucionalização de um novo poder, cujo sentido fundante estaria no contrato social. Um contrato social perspectivado por Thomas Hobbes, por John Locke, por Jean-Jacques Rousseau ou por Immanuel Kant. A consequência, por certo, deste novo sentido fundante, aquele que o contrato constituísse, seria a constituição de uma legalidade: o direito reduzido à lei.

Foi a crise do normativismo legalista e as modificações ocorridas na cultura europeia no início da modernidade que abriram espaço para um novo modelo de judicialidade: o funcionalismo jurídico.²⁸ Este modelo de realização do direito assume como referencial não mais o indivíduo (como o faz o normativismo legalista) ou uma associação atomística de indivíduos, mas sim a sociedade, teorizada enquanto sistema social pensado funcionalmente, um sistema que funcionaliza todos os seus elementos e as suas dimensões, inclusive o próprio direito.

O pensamento moderno, entre os séculos XVIII e XIX, trouxe uma nova compreensão sobre o ser. Essencialmente diferente do pensamento clássico, o moderno se enraíza na história. Rompe-se com os compromissos platônico-aristotélicos e a atitude contemplativa perante o ser. O homem moderno viu-se perante um mundo de faticidade empírica e de causalidade, axiologicamente neutro²⁹ e a modernidade associou-se, dentre outros, à ideia de que o mundo é passível de transformação pela intervenção humana e, portanto, as ações sociais dos indivíduos são mediadas por algum tipo de interesse com um sentido objetivo: um outro tipo de racionalidade passou a permear todo o agir social.

Ora, a racionalidade invocada pelo funcionalismo jurídico, na verdade, consiste em uma racionalidade finalística (*zweckrationalitat*), não-axiológica (*wertrationalitat*) para falarmos com Max Weber.³⁰ Ou, ainda, de uma razão como instrumento, sob um aspecto

²⁸Integra-se, no âmbito do funcionalismo jurídico, o *Critical Legal Studies Movement*.

²⁹As influências de Descartes e Leibniz foram determinantes para esta ruptura com o pensamento clássico e para uma nova compreensão do ser.

³⁰ WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México,

utilitarista: uma razão instrumental na perspectiva de Max Horkheimer.³¹

Em Max Weber,³² a racionalidade implica adaptação dos meios aos fins. No entanto, a *zweckrationalitat* é uma ação racional com relação a um objetivo, movida pelo sopesar das vantagens, das utilidades, dos efeitos e dos danos, ou seja, pondera-se sobre fins, meios e consequências que estão implicados na ação: enquanto a *wertrationalitat* é uma ação racional com relação a um valor, que assume como referenciais princípios e um sentido ético. A racionalidade finalística (formal), portanto, preocupa-se com o modo como se atinge o conteúdo, e não com este propriamente dito – assume uma postura procedimentalista. A racionalidade axiológica (material), de outro lado, preocupa-se mais com o conteúdo, sem desconsiderar o modo de alcançá-lo, porém aquele é a principal preocupação. A passagem do pensamento clássico para o pensamento moderno faz com que as categorias da ação e do comportamento em geral não mais sejam as do bem, do justo, da validade (axiológica material), e sim as do útil, da funcionalidade, da eficiência. O processo de amplificação desta racionalidade vai repercutir em um atrofiamento dos valores em relação aos fins; dos fundamentos em relação aos efeitos. E, claro, a legislação – um dos principais meios mobilizados pelo funcionalismo jurídico – passa a ser vista e tratada como instrumento da ação política, sem se reduzir às funções normativas de garantia dos direitos ou segurança jurídica ou de limite dos poderes.³³ A preocupação primeira da perspectiva funcionalista não está em saber particularmente o que é o direito, mas sim, para que serve.³⁴

1994.

31 HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

32 Foi Max Weber quem introduziu o conceito de 'racionalidade'. WEBER, Max. **Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.

33 CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p.17.

34A complexidade do funcionalismo jurídico vai justificar o seu desdobramento em modalidades distintas: o funcionalismo político, o funcionalismo social-tecnológico, o funcionalismo socioeconômico e o funcionalismo sistêmico. Uma abordagem detalhada sobre os mesmos não se faz imprescindível para atingir os objetivos propostos neste trabalho. Para uma melhor compreensão sobre eles, vale a exposição e cuidadosa crítica que lhes faz Castanheira Neves ao longo de sua obra. O primeiro deles – o funcionalismo político – encontra expressão na "teoria crítica do direito" ao assimilar o projeto filosófico-social da Escola de Frankfurt, bem como no "*Critical Legal Studies Movement*". O funcionalismo social-tecnológico é percebido na "*social engineering*" de Roscoe Pound ou no racionalismo crítico de Hans Albert, que

Embora a perspectiva do funcionalismo possa trazer algumas contribuições, em especial no contraponto que faz aos compromissos ideológicos assumidos pelo normativismo legalista, ela peca por projetar o direito como mero instrumento a serviço de finalidades externas ao direito. A decisão judicial, na concepção funcional do direito, é vista como a realização de uma estratégia político-social, teleologicamente programada. É a decisão-solução enquanto momento tático. Perspectiva esta sedutora, exatamente no contexto atual, em que o homem se preocupa com a eficiência, a utilidade, o dano, porém ignora, por vezes, o conteúdo e a materialidade de suas ações. Isso poderá conduzir o direito à arbitrariedade, na medida em que o direito nada mais terá a falar, visto que, na sua generalidade e realização concreta, é condicionalmente determinado pelos interesses política ou socialmente mais adequados. Como bem alerta Castanheira Neves, o direito é afinal puramente política, no funcionalismo político; simplesmente tecnologia ou administração no funcionalismo social e econômico. Veja-se que o funcionalismo jurídico não envolve as funções que o direito exerce na sociedade, mas antes as funções que se pretende realizar através dele. Assim, pretender conferir funções ao direito ou realizar sua função, não significa que se esteja assumindo uma opção pela perspectiva funcionalista, mas, antes, uma opção pelo próprio direito e pelo homem, ou seja, uma opção antropológico-cultural de que dependerá o sentido do direito e a sua subsistência enquanto tal.³⁵

Por fim, tem-se o jurisprudencialismo, trazido por Castanheira Neves como contraponto aos radicalismos dos dois modelos anteriores (normativismo-legalista e funcionalismo jurídico) e orientado por uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*: “axiológico-normativa nos fundamentos;

converte a teoria epistemológica de Karl Popper para o pensamento jurídico. Já o funcionalismo socioeconômico está contido na “análise econômica do direito”, na perspectiva da “maximização da riqueza” de Richard Posner. Ainda nesta perspectiva, tem-se a abordagem preponderantemente econômica do direito de Guido Calabresi e Ronald Coase. Destaca-se, ainda, o funcionalismo sistêmico, cujos principais expoentes são Niklas Luhmann e Gunther Teubner.

35 CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, p.31-32.

prático-normativa na intencionalidade e judicativa no modus metodológico”. O jurisprudencialismo parte de uma perspectiva do homem-pessoa, ou seja, de uma perspectiva em que o direito está diretamente a serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreto.³⁶ Nega-se, assim, a identificação da pessoa ao “indivíduo” e se recusa o individualismo para desvelar a responsabilidade ética perante a pessoa em todo o universo humano, bem como a responsabilidade ética da pessoa relativamente a esse universo. Dito de outro modo, “a pessoa não é só sujeito de direitos, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente sujeito de deveres”. E mais: não são os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas, tampouco os deveres exterioridades limitativas somente pelo cogente cálculo dos interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática do indivíduo, mas manifestações mesmas da axiologia responsável e responsabilizante da pessoa. É esta abordagem, conforme adiante se terá a oportunidade de explanar, que irá fundar e fundamentar a crítica à abstração das pessoas e dos bens, própria da época do direito liberal, e à sanção eminentemente ressarcitória no contexto do direito processual civil. A assumir a defesa da jurisdição e do direito não se esgota em mudança de instituições, exige-se mudanças de mentalidade. Afinal, não se faz futuro sem ideias.

Nessa perspectiva, uma concepção da jurisdição, da função judicial e do papel do juiz passa, necessariamente, pela recompreensão do próprio homem, de seus compromissos, passa pelo reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética, mas também assume implicações normativas, consequentes desta recompreensão e reconhecimento. Trata-se, nas palavras de Castanheira Neves, de uma “exigência de fundamento”, exigência essa que, enquanto expressão de uma *ratio*, manifestação de um sentido, ou de um valor, ou de um princípio transindividuais, está implicada no postulado do sujeito ético e na intenção de um social compromisso prático em que a racionalidade não advém de um teórico universal sistemático, mas por uma prática fundamentação normativa material. Sob

36 CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, p.15 e 32.

esta ótica, o direito não se reduz a simples objeto normativo para uma determinação estritamente racional, tampouco a mero instrumento ou meio de um heterônomo finalismo funcionalmente eficiente, mas um “axiológico-normativo fim em si – ele próprio um valor na validade que exprime”. Trata-se daquilo que Castanheira Neves designa por “consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural”.³⁷

Essa compreensão faz crer uma opção diversa, que não se enquadra nem no jusnaturalismo, tampouco no positivismo jurídico. Assume-se o direito como “uma resposta culturalmente humana ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social” sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas sim com a historicidade e a condicionalidade de toda a cultura. O direito não é, portanto, um dado, um “descoberto” pela “razão teórica”, mas, antes, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela “razão prática”. E mais: não trata simplesmente do resultado normativo de uma *voluntas* orientada por um finalismo de oportunidade ou a mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais, haja vista que a prática jurídica (decorrente também de uma prática histórico-cultural) convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos fundamentantes de uma certa cultura numa certa época. Recusa-se, assim, a lei como critério jurídico para a decisão concreta, eis que se exige uma autônoma constituição da solução jurídica – não se identifica nem se esgota no texto legal. Este é o núcleo da concepção jurisprudencialista, que, acredita-se, muito poderá contribuir para o repensar do direito processual civil, rompendo, assim, com as resistências hoje detectadas à função preventiva do poder judicial, da jurisdição, e à reformulação do papel do juiz.³⁸

A consequência, claro, é uma indeterminação normativa que vai exigir: primeiro,

37 CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: **Digesta**, v. 1, p. 51-239 (em especial p. 208-222); _____. Justiça e direito. In: **Digesta**, v. 1, p. 241-286 (em especial p. 274-284) e _____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p. 35.

38 CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993 e CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p.35-36.

uma determinação de índole dogmática a que são chamadas as normas legais, com a complementaridade da reelaboração doutrinal e dos contributos jurisprudenciais (um sistema normativo) e, segundo, uma índole de mediação judicativa a realizar-se na concreta problematização dos casos decididos (um problema prático). É exatamente a dialética entre o sistema e o problema concentrados no objetivo judicativo de realização normativa que desenha a racionalidade jurídica do jurisprudencialismo – racionalidade essa atenta à intenção de justiça material em relação ao problema (numa perspectiva substancialista), sem, contudo, ignorar a intenção de concordância normativa (que não se resume ao texto legal, mas o transcende, para alcançar os princípios normativos).

Assim, o alargamento e aprofundamento da experiência problemática, enquanto experiência também histórica, não causa estranheza, mas, antes, a angústia do estranhamento,³⁹ para falar com Heidegger. A mudança permanente nos horizontes de expectativa do homem está implicada em novas intenções que, através de novos problemas e novos sentidos às respostas, vão sendo assumidas, demarcando a capacidade hermenêutica do direito. Não se admite uma sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir serão unicamente aqueles suscitados tal qual idealizados. Novas perguntas (problemas) surgem, bem como outros sentidos para as respostas, implicados em novas intenções, são assumidos: o direito realiza-se na sua possibilidade de vir-a-ser, em constante tensão com o tempo. António Castanheira Neves vai dizer que

o problema deixa de ser a expressão interrogante da resposta-solução já disponível, ou a pergunta que antecipa e nos remete a essa resposta-solução, para ser uma pergunta que ainda não encontrou resposta, uma experiência problemática que não foi absorvida por uma intencionalidade dogmática acabadamente fundamentante.⁴⁰

³⁹Segundo Martin HEIDEGGER, a “angústia é a situação emotiva capaz de manter aberta a contínua e radical ameaça que sai do ser mais íntimo e isolado do homem”. Diante da angústia, Heidegger afirma haver duas soluções: ou o homem foge para a vida cotidiana, ou supera a angústia, manifestando seu poder de transcendência sobre o mundo e sobre si mesmo (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte II.** 13. ed. Universidade São Francisco. Petrópolis: Editora Vozes, 2005).

⁴⁰António CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p.38.

Ou seja, o direito não é um dado, ou um objeto, mas, antes, um problema – um “contínuo problemáticamente constituendo”. Exatamente por isso cumpre a ele ultrapassar o jurídico positivo e, como dito, recusar o texto de lei como critério jurídico para a decisão concreta. Isso implica um diálogo problemático entre a norma (enquanto normativa solução abstrata de um pressuposto problema jurídico tipificado) e as exigências normativas específicas do caso decidendo compreendido autonomamente. Há, portanto, inevitavelmente uma mediação judicativa a que o intérprete (o julgador concreto-judicativo) será chamado e – veja-se – de que será o responsável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O jurisprudencialismo assume o paradigma da jurisdição centrado no juízo e não na subsunção lógico-dedutivista ou na simples decisão. Juízo esse que não se identifica com um qualquer raciocínio lógico, mas que, antes, realiza o sentido prático de julgar. É um juízo da ponderação prática, de índole prático-argumentativa, que assume como critério fundamentos⁴¹ – ou seja, um juízo que, mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada, convoca posições divergentes e conduz a uma solução comunicativamente fundada. É preciso alertar, no entanto, que o argumento não é, nesta perspectiva, uma premissa, não se trata de uma proposição pressuposta de uma inferência necessária. Se assim fosse, estaríamos-nos conduzindo para a mera subsunção lógico-dedutiva. Trata-se, portanto, de juízos axiológico-normativamente críticos sobre o objeto problemático de resolução, cuja principal função social está na afirmação de valores em seu concreto cumprimento. Assim, para o jurisprudencialismo, a perspectiva normativa é imanente e o seu tempo é o presente (não o passado, como na perspectiva legalista, nem no futuro, como na perspectiva funcionalista), sendo indispensável o juiz e a sua

⁴¹Esses fundamentos não são considerados como premissas ou como efeitos, mas fundamentos propriamente dito, ou seja, fundamentos em que a normatividade do sistema da validade se manifeste e se determine, como bem refere Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, p. 41).

responsabilidade ética de projeção comunitária. O papel a ser assumido pelo juiz, nesta quadra, não é o de mero funcionário, servidor passivo do legislador ou simples burocrata, mas daquele que assume para si uma responsabilidade ética, que constitui o direito como expressão humana. É esse juízo que importa considerar para uma revisão do direito processual civil e de seus compromissos ideológicos.

Não há como desviar-se da perspectiva filosófico-fenomenológica para compreender a situação problemática do direito hoje, especialmente no que se refere às insuficiências do direito processual civil e os obstáculos à construção e à compreensão da tutela jurisdicional preventiva. Ora, sem o exercício filosófico-reflexivo, o homem (e o direito) torna-se simplesmente vítima do processo histórico e do curso dos fenômenos. Sem uma “parada” filosófica, novas atitudes dos juristas de hoje não pode ser pensadas e o direito não pode ser problematizado. Por óbvio, há que se pôr de lado aprofundamentos filosóficos, primeiro por não ser este o objetivo da pesquisa, segundo por não se ter condições e formação para fazê-lo. Porém, evidenciar os pontos de partida assumidos se faz necessário. O itinerário não se assenta em “essências” ou em “*a priori*” ontológicos, mas assume a perspectiva do homem-pessoa e a defesa da jurisdição estatal, enquanto instituição indispensável à prática de um regime verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos Interesses Difusos. In: **Revista AJURIS**. Porto Alegre, ano XII, n. 33, 169-182.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Vol. I, separata, n. 18, p. 8-14, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra:

Editora Coimbra, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**, v. 1, Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, Volume LXXIV, 1998, Coimbra, Universidade de Coimbra, p.1-44.

CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?** (O problema actual da autonomia do direito). Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte II**. 13. ed. Universidade São Francisco. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. **Estado, meio ambiente e jurisdição**. Caxias: EDUCS, 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto. O contributo do contempt of court para o processo ambiental. **Revista de Processo**, v. 218, p. 47-64, 2013.

MORAIS, José Luís Bolzan. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2000.

OST, Francois. **Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt** - Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. Tome II de Droit et intérêt, sous la direction de Ph. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARUFFO, Michele. "Racionalidad y crisis de la ley procesal". In: **Doxa: Cuaderno de Filosofía del Derecho**, n.22, 1999.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.

ATUAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ACERCA DO DIREITO SOCIAL AO LAZER E A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Bruna Adeli Borges¹

Silvia Helena Arizio²

INTRODUÇÃO

A Constituição Dirigente contém decisões políticas, institui os fins públicos a serem alcançados, define os direitos individuais, a luta política e o poder de fiscalização e atuação dos poderes estatais, bem como, define os objetivos a serem traçados pelo Estado.

A Carta Magna de 1988 se define como Constituição Dirigente através das chamadas normas pragmáticas no sentido de melhorar as condições sociais e econômicas da população, pois, visa garantir e efetivar os direitos sociais e confere maior estabilidade a determinadas matérias para manutenção da paz. Já o direito fundamental social ao lazer, também está assentado na Constituição Federal brasileira 1988. Deste modo, abrange grandiosa dimensão de variedades de significados e aplicações, na vida dos brasileiros. Com o passar do tempo, a sociedade humana tem se modificado e, para visionários idealistas, tem evoluído muito. Principalmente nos últimos anos, a diversificação e as transformações tecnológicas tem se dado em escala exponencial. No campo das ciências jurídicas e sociais, isto tem sido constante. Assim, também na área do direito constitucional, especialmente no tangente à realização dos direitos sociais, precisamente no direito ao lazer, há necessidade de se verificar a transposição da norma ao cotidiano das pessoas.

¹ Mestra em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: brunadeli@ibest.com.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8210489605739125>

² Mestra em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: sharizio@yanoo.com.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0270249244632821>

Deste modo, a partir desta nova visão acerca dos direitos sociais, obrigatoriamente existe a necessidade de abrangência e entendimento das transformações pela ciência jurídica, inclusive, tendo por esteira o direito positivo. Especialmente, em torno da aplicação do direito social ao lazer, o qual, aos poucos, tem gerado dúvidas e incertezas que surgiram de dissídios filosóficos e desaguaram na pragmática.

O problema desta pesquisa pode ser descrito na seguinte indagação há possibilidade efetiva na consolidação do direito social ao lazer expresso na Constituição Dirigente, frente às diretrizes da sociedade pautada pelo desenvolvimento sustentável?

A hipótese de solução para essa pergunta surge a partir da visão diferenciada do papel da Constituição Dirigente, do direito social ao lazer e do desenvolvimento através do avanço tecnológico e da modernização social. É necessário, nesse argumento, que o crescimento econômico seja considerado um fim em si mesmo. A partir deste cenário, a Constituição Dirigente e o direito social ao lazer surgem como fundamento para estabelecer os vínculos de uma sociedade com desenvolvimento sustentável.

O objetivo geral deste estudo é investigar como a Constituição Dirigente destaca a efetivação do direito social e regulamenta o lazer através de políticas públicas direcionadas para um desenvolvimento sustentável. Os objetivos específicos podem ser descritos como: 1) verificar a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais que contêm direitos sociais, especialmente, ao lazer; 2) estabelecer o alcance e a profundidade das políticas públicas para efetivação do direito fundamental social ao lazer como aplicação das normas constitucionais e como resultado desse poder-dever do ente público; 3) avaliar a forma de desenvolvimento sustentável no direito social ao lazer aplicado na Constituição Dirigente.

O estudo utiliza como critério metodológico para o relato dos resultados apresentados, o método dedutivo, assim como as técnicas de pesquisa bibliográfica³, da

³ “(...) Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editoria/Millennium, 2011, p. 207.

categoria⁴, do conceito operacional⁵, da resenha e do referente. Além destes, outros podem ser acionados para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

Os fundamentos teóricos desse artigo são caracterizados por autores como José Afonso da Silva, Fabio Corrêa Souza de Oliveira, Maria da Graça dos Santos Dias, José Eli da Veiga, Neuro José Zambam, Márcio Ricardo Staffen, entre outras leituras necessárias e trazidas para elucidar o presente estudo.

2. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E OS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição de cada Estado é uma conquista de ganhos sociais ao longo da história que inaugura um novo tipo de nação. A Constituição Brasileira de 1988 proporcionou um avanço na consolidação das garantias, direitos fundamentais, direitos sociais e civis, bem como protege os direitos políticos democráticos de qualquer interferência autoritária.

Neste sentido, deve ser compreendida⁶ como um sistema que privilegia os valores sociais e elegeu o valor da dignidade humana como valor essencial. Desta forma, significa que o valor da dignidade humana direciona a ordem da Carta Magna de 1988.

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 define as chamadas normas constitucionais programáticas e institui a melhoria das condições sociais e econômicas da população. Emanava um Estado Social que visa garantir e efetivar os direitos sociais, o que tornou a mais volumosa a adotar certos institutos de proteção no anseio de conferir maior estabilidade a determinadas matérias que são indispensáveis à manutenção da paz.

⁴ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, op. cit., p.25.

⁵ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos” (...) PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, op. cit., p.37

⁶ A constituição é algo que tem como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente como causa criadora e recriadora o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada senão se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.p. 39.

Diante do exposto acima, afirma-se que a Constituição brasileira é dirigente, é o que declaram vários doutrinadores, como por exemplo, José Joaquim Gomes Canotilho, Luís Roberto Barroso e Lenio Luiz Streck, pois preenche claramente um bloco acentuado de normas constitucionais o qual se define fins e tarefas, estabelecendo programas e metas a serem cumpridas, num plano entre Estado e sociedade.

Evidencia-se um contexto histórico quando Canotilho elaborou sua tese de doutoramento em 1980 sobre a Constituição Dirigente que buscava a unidade substancial da Constituição, seu valor normativo e o seu caráter vinculante, afirmava ainda, valores profundamente democráticos conferindo força normativa do direito. Portanto, essas normas não são meros programas nem sentenças meramente políticas, possuem valor idêntico aos dos preceitos constitucionais. O autor defendia a Constituição como uma ação dos Poderes Estatais agregados a uma cidadania participativa. Porém, seu texto causou diversas discussões políticas nos entornos acadêmicos, o autor deixava de lado sua posição anterior e mudava sua doutrina, enfatizando o fim da Constituição Dirigente⁷.

É necessário registrar que a Teoria da Constituição Dirigente teve ampla recepção no nosso país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 cujo seu texto denota uma estrutura ao dirigismo constitucional, pois não se limita a um simples ordenamento político, mas a uma ordenação econômica e social com o desígnio do Estado Social.

Passados vinte anos da promulgação da Carta de 1988, ainda continua a ser responsável pela carência de cidadania participativa, alienada do povo e com óbices na prestação estatal. Vem com uma imagem democrática, mas na sua origem deve-se levar em conta os fatores de sua legitimação, pois na sua substancialidade não é, embora advinda de um processo democrático. Contudo, o que se deve preconizar é a conciliação do ser e do

⁷Todavia, não é cabível reputar ao Professor Gomes Canotilho a afirmativa peremptória da morte e da Constituição Dirigente, assim como não é viável entender que o escrito deita abaixo todo o seu magistério anterior sobre a diretividade constitucional. Não representa um mero adeus as suas lições passadas, como se nada subsistisse. Por outras palavras, por uma simbologia mais exata, Canotilho não procedeu a uma ab-rogação (ou revogação total), mas sim uma derrogação (ou revogação parcial) da doutrina esposada na obra *Constituição Dirigente vinculação do legislador*. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 252.

dever-ser, uma melhor comunicação entre a sociedade democrática e a Constituição⁸, pois esta não é a causadora da desilusão e não pode perecer diante dos olhos da nação.

Assim, exemplifica-se que há um contrassenso ou mesmo uma inaptidão hermenêutica quanto da leitura da norma constitucional, pois quando se assevera dos direitos sociais, principalmente o direito ao lazer tem-se um descrédito de que a norma é ineficaz, embora não há como exigir que o Estado⁹ cumpra de todo e qualquer lazer e entretenimento existente, interpretando assim esgotar o que diz a norma. A força jurídica do preceito leva a implementação de uma política pública de um direito ao lazer que se comunica a todos da sociedade¹⁰ e não a cada indivíduo, traz condições de proporcionar o direito ao lazer nas praças, ruas, e outros, ofertando instalações dignas para comunidade.

Por outro lado, cabe salientar que a conquista do Estado Democrático de Direito¹¹ que introduziu os direitos fundamentais e sociais para seu interior, não cabe somente positivar a norma, mas que essa não perca para o fato, pois se assim fosse recairia a um abandono. Assim, os direitos de terceira dimensão, tais como: culturais, sociais e

⁸A Constituição de 1988 pode, ao máximo, ser concebida como ingênua, otimista. Mas, na verdade, nem isto. Ela apenas não renunciou ao caráter prescritivo, à tarefa de apontar para um futuro promissor é possível, desideratos capitais, que, creio, que qualquer teoria procedimentalista abraça. Não se pode concluir que a Constituição errou ao prever que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* (artigo 196). OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Notas sobre uma teoria da Constituição Dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil**. Livro Procad Unisinos- UERJ, p. 18.

⁹ Por inusitado que seja, a um nocivo divórcio na Ciência Jurídica no Brasil: o desquite entre a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição, em grave prejuízo para ambas, formou-se um foço abissal entre uma e outra, que não se comunica entre si, como se a teoria da Constituição nada tivesse a dizer para a Teoria do Estado e vice e versa. Salvo raríssimas exceções, que confirma a regra geral, a doutrina não estende pontes entre elas, união empreendida por outros domínios do saber, conquanto integrados (interdisciplinaridade), partes de um todo, por assim dizer, a Sociologia, a História, o Serviço Social, a Economia. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Notas sobre uma teoria da Constituição Dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil**. Livro Procad Unisinos- UERJ, p. 20.

¹⁰ Não se comunga com a tese de que a fonte de toda a materialidade é a sociedade ou evolução histórica. Levar os direitos a sério é entender de que as pessoas têm direitos contra o Estado, conta legislação, contra a comunidade. Se a substancialidade vale pelo seu mérito inerente, então independe de ser acolhida socialmente, o que implica imperiosidade de reconhecer direitos e deveres não só em um patamar supraconstitucional ou supra positivo porquanto também em um patamar supra social. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 467.

¹¹ Um Estado Constitucional Democrático e Social não pode apenas assegurar teoricamente a justiça pela positivação de seus princípios; necessita igualmente a levar a efeito políticas sociais públicas que contribuam a construção da autonomia de seus cidadãos. Não se pode aceitar uma ação compensatória do Estado, simplesmente cumprindo tarefas não assumidas pelas instituições primárias, por terem sido instituídas de seu poder. A verdadeira democracia consiste na abertura de espaços de participação em todos os setores da vida, permitindo a cada ator social a afirmação de sua identidade, a criação de vínculos, o desenvolvimento da consciência política e da responsabilidade social, bem como a realização da autonomia. DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 73.

econômicos devem instituir condições necessárias para seu livre exercício, juntamente com os direitos de primeira e segunda dimensão para que haja uma efetivação e igualização social.

A partir deste contexto da realização dos direitos fundamentais sociais, deve levar em conta a norma constitucional instituída pelo Estado Democrático de Direito, há de se compreender a ideia de força normativa e dirigente da Constituição, possibilitando um novo discurso e alterando a relação entre política e direito. Nesse sentido, o sentimento do Direito¹² não faculta somente ao Estado, mas também ao cidadão que tem a capacidade de avaliar a norma exatamente pela oposição entre o direito e o anseio da consciência jurídica dos cidadãos.

Com base no exposto acerca da Constituição Dirigente que ficou caracterizada pela sua força normativa do texto constitucional, no próximo tópico será abordada a efetivação do direito ao lazer como forma de desenvolvimento humano e que deve ser imposta a todos da sociedade.

3. EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO LAZER

Os direitos sociais encontram-se intimamente atrelados às tarefas do Estado, pois, a este, justamente, cabe o dever de zelo pela adequada satisfação das necessidades dos seres humanos e da coletividade sob sua égide.

Os direitos fundamentais são produto do tempo. Esta assertiva encontra fundamento verossímil na história de construção das prerrogativas humanas. Isto, vez que, com o passar dos anos, as pessoas precisavam de necessidades diferentes, as relações sociais se tornaram diversas, assim, havendo imperatividade de modificação e acréscimo

¹²O Direito é um fenômeno cultural que plasma os valores da comunidade e os torna vigentes em determinado momento e local, mas que é também uma realidade autônoma consubstanciada em normas e em princípios jurídicos dotados de uma lógica e de uma dinâmica próprias. Pelo que é de exigir ao direito constitucional que seja capaz de considerar simultaneamente valores, fatos e normas, na interactividade e reciprocidade do seu relacionamento complexo, julgando dimensões éticas, artísticas, técnicas e científicas, no âmbito de uma compreensão simultaneamente cultural e juridicamente dos fenômenos constitucionais. SILVA, Vasco Pereira da. **A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Edições Almeida S/A, 2007, p. 25.

ao rol de prerrogativas das pessoas. Desta forma, inicialmente, estruturou-se os direitos fundamentais de primeira geração – que dizem respeito à proteção direta das pessoas, entre si e frente ao Estado. Em um segundo momento, originaram-se os direitos sociais, então compreendidos como direitos de segunda geração – direitos econômico-sociais, de cunho coletivo. Estes últimos, pela primeira vez editados, de modo significativo, pela Constituição alemã de 1919, a famosa Constituição de Weimar.

Conforme assinala Marcos Sampaio¹³, a positivação dos direitos sociais nas constituições contemporâneas visa possibilitar melhores condições de vida, a fins de igualar as situações sociais e as dimensões do homem nos direitos fundamentais que incidem positivamente proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente.

Desta maneira, cabe ressaltar que a Constituição de Weimar, ao inserir os direitos sociais, contemplou o direito do cidadão ao emprego, à educação e à proteção contra os riscos da sociedade industrial. Além disso, estabeleceu também, direitos de primeira dimensão como, por exemplo, o sufrágio universal.

A Carta de 1934 fez surgir no Brasil, o modelo de Estado Social, de inspiração alemã, ligado politicamente às formas democráticas nas quais a sociedade se sobrepõe ao indivíduo. Esta referida Constituição apresentou-se a partir da influência recebida pela Constituição de Weimar, trazendo modificações como o direito de propriedade aliado ao interesse social e coletivo; a ordem econômica e social; a instituição da Justiça do Trabalho; o salário mínimo e as férias; o amparo à maternidade e à infância; a colocação da família e da cultura sob a proteção especial do Estado¹⁴.

Já a Constituição de 1937, no item “Ordem Econômica”, trata de preceitos relacionados à legislação do trabalho, como contratos coletivos, licença anual remunerada,

¹³Exatamente por essa razão, o nascimento da história do Estado social coincide com a história da transformação da sociedade, pelo reconhecimento jurídico dos direitos individuais sociais, como fizeram as diversas constituições pelo mundo todo”. SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80.

¹⁴ Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório**. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 55.

indenização proporcional aos anos de serviço, jornada de trabalho e artigos referentes aos direitos e garantias individuais e à proteção da família, da educação e da cultura.

A Constituição brasileira de 1946, também teve grande influência da Carta alemã (Weimar), com dispositivos que preceituavam a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar.

Em 1967 a Constituição delineou sua ênfase para a indústria, o comércio, e o desenvolvimento econômico. Além disso, concedeu preponderância ao Poder Executivo sobre os demais Poderes.

A Constituição Federal de 1988, seguindo as anteriores, segue a linha de proteção dos direitos sociais, trazendo no Capítulo II, do Título II, que trata dos “direitos sociais”. Ainda, há um título especial sobre a “ordem social” (Título VIII), sem ocorrer uma separação radical entre uma ordem e outra.

Ademais, pode-se depreender que os direitos sociais estão intimamente ligados ao direito de igualdade, eis que são pressupostos da fruição dos direitos fundamentais que devem ser efetivados para todos.

No Brasil, especialmente com a Constituição Federal de 1988, é que o lazer começou a ser discutido, mais intensamente, no seu art. 6º, como direito social, ao lado de outros, por exemplo, como a saúde e a educação.

O conceito de lazer, em razão de sua subjetividade intrínseca, não apresenta uniformidade entre a doutrina que estuda o assunto. Afirma Beatris Chenin¹⁵ o lazer, na verdade, é um campo de atividade de estreita relação com as demais áreas da atuação humana. Isto, pois, engloba atividades ante estresse e tempo de descanso¹⁶, repouso,

¹⁵“O aspecto atitude, considerando o lazer como um estilo de vida, portanto independente de um tempo determinado, e a que privilegia o aspecto tempo, situando-o como liberado do trabalho, ou como tempo livre, não só do trabalho, mas de outras obrigações – familiares, sociais e religiosas. Tendo em vista que uma pessoa pode desenvolver mais de uma atividade ao mesmo tempo, como por exemplo, escutar uma música enquanto trabalha”. CHEMIN, Beatris Francisca. **Políticas públicas de lazer: o papel dos Municípios na sua implementação.** p.43.

¹⁶ Direito ao descanso abre a possibilidade de reconhecer o lado significativo do trabalho, de também se voltar a outras atividades culturais. Trabalho e lazer são da mesma forma, uma parte da cultura que o direito também promove. HÄBERLE, Peter. **Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado**

sendo associado popularmente além do tempo livre do trabalho, do estilo de vida, a atividades recreativas e culturais, atividades como teatro, cinema, exposições, esportes, ou a manifestação ao ar livre e de conteúdo recreativo.

O lazer dentro da diversidade de interpretações existentes pode ser compreendido basicamente, como a cultura vista de forma abrangente. A ideia de lazer é identificada por meio de duas grandes linhas de pensamento: primeira, como estilo de vida das pessoas, a sua atitude de satisfação, de prazer, de bem-estar diante das experiências da vida; segunda, como tempo disponível que a pessoa tem a livre escolha ou atividades em geral incluídas (familiar, sociais, escolares, etc.) e do próprio trabalho como objetivos econômicos.

Dessa forma, Beatris Chemin¹⁷, trata “o direito ao lazer pode ser tido como direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razões e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe prouver”.

Afirma assim Chemin entendendo que¹⁸ todavia, o lazer pode ser visto no sentido existencial em que a pessoa tem acesso aos bens culturais variados e de todas as formas que incrementassem valor ao ser humano, no sentido de desenvolvimento e crescimento individual. Nas palavras de José Afonso da Silva¹⁹: “lazer é a entrega à ociosidade repousante. Recreação é a entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folguedos e alegrias”.

Assim, o lazer, como fator de desenvolvimento humano, como resultado da experiência cultural construída, é um dos meios pelo qual a pessoa pode se desenvolver

Constitucional. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 10.

¹⁷ CHEMIN, Beatris Francisca. **Políticas públicas de lazer: o papel dos Municípios na sua implementação**, op. cit., p. 55.

¹⁸ “A respeito deste fator social, a prática de lazer tem de vir acompanhada de uma boa conscientização de sua importância para o desenvolvimento humano, para que não esteja a serviço apenas do mundo do trabalho, procurando evitar a homogeneização das formas de lazer, das atividades impostas pela sociedade consumista, impregnadas pela mídia de massa, finde por reger a vida do trabalhador, de maneira a enquadrá-lo num esquema predeterminado e que reproduza a influência da noção de trabalho nos demais setores da vida civil”. CHEMIN, Beatris Francisca. **Políticas públicas de lazer: o papel dos Municípios na sua implementação**, op. cit., p. 56

¹⁹ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.186.

existencialmente como ser humano e cidadão responsável de uma comunidade, regrido sua vida com atitudes e tempos que possam contribuir para o aumento de suas capacidades e habilidades, tendo como base o aproveitamento das diversas experiências do cotidiano, não somente para si, mas também, para as demais pessoas ao seu redor.

Enfim, o lazer, como desenvolvimento da personalidade, tem a ver com a disponibilidade participativa e atitudes conscientizadas, criativas, enriquecedoras, em suma, preponderância do viés humanista do indivíduo. Como parte de tudo isso, cabe ao Poder Público fornecer e proporcionar esse momento de lazer para as pessoas como forma de divertimento, desconcentração, motivando as atividades culturais²⁰, entre outras, para toda a população. No entanto, a efetivação do direito ao lazer requer a união de diversas políticas públicas em áreas que se encontram juntamente ao lazer e que objetivam também a busca do bem-estar social para todos.

O estudo desta temática analisou a efetivação do direito social ao lazer, bem como, todos os atores envolvidos para o seu desenvolvimento, passando, pelos textos constitucionais. No entanto, a noção de desenvolvimento será o próximo tópico a ser estudado.

4. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Desenvolvimento Sustentável, como concepção, surgiu com a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em Estocolmo no ano 1972. A Organização das Nações Unidas (ONU) denominou a década de 1960 como a “Primeira Década das Nações Unidas” para o desenvolvimento, trazendo uma cooperação internacional que proporcionaria um crescimento econômico de modo a resolver os problemas dos países mais periféricos.

²⁰ O Estado constitucional aberto necessita de elementos culturais de base. Cultura é o “húmus” de toda sociedade aberta. Ela que lhe confere “fundamentos e motivos”. Sem cultura, o *homo politicus* ficaria sem chão. HÄBERLE, Peter. **Constituição e Cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. xiii.

Em 1987 a ONU criou uma comissão para o estudo do desenvolvimento, apresentando o Relatório de Brundtland (Nosso Futuro Comum)²¹, que formalizou o conceito de Desenvolvimento Sustentável.

Deste modo, a participação ativa da sociedade é fundamental para que haja um Desenvolvimento Sustentável, tendo em vista que este mantém o progresso humano não apenas em alguns lugares, mas em todo do mundo, pois na medida em que o homem evolui surgem novas necessidades vitais.

Neste sentido Sidney Guerra, ao tratar da ideia de desenvolvimento sustentável²² destaca, este como um desafio e principal objetivo da sociedade para satisfazer as necessidades das gerações presentes, visando às gerações futuras, o que implica na possibilidade de atingir um nível satisfatório de desenvolvimento.

A relevância do desenvolvimento dirigido por uma sustentabilidade conduz à organização da economia, fortalece as Políticas Públicas, os recursos ambientais, bem como os recursos disponíveis. Estabelecendo assim, um aumento das capacidades humanas e das liberdades em geral, podendo funcionar por meio da promoção das liberdades integradas e interdependentes.

Em linhas mais precisas o Desenvolvimento Sustentável tem por teor a manutenção das fontes para produção e reprodução do homem e de suas atividades, neste sentido

²¹“O que tem havido e coisa bem diversa: desde 1987, um intenso processo de legitimação e institucionalização normativa da expressão “desenvolvimento sustentável” começou a se afirmar. Foi nesse ano que, perante a Assembleia Geral da ONU, Gro Harlem Brundtland, a presidente da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, caracterizou o desenvolvimento sustentável, como “conceito político” e um “conceito amplo para o progresso econômico e social”. O relatório ali lançado com o belo título “Nosso Futuro Comum” foram intencionalmente um documento político que procurava alianças com vista à viabilização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, “Rio-92”. VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**, op. cit., p.113.

²² O desenvolvimento sustentável como sendo a forma de desenvolvimento que satisfaz às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de alcançarem a satisfação de seus próprios interesses. A ideia contém conceitos-chave: a) o conceito de necessidade, em particular as necessidades essenciais dos países pobres, para as quais deve ser dada prioridade absoluta; b) a ideia de existência de limitações à capacidade do meio ambiente de satisfazer, às necessidades presentes e futuras imposta pelo estágio atual da tecnologia e da organização social. GUERRA, Sidney. **Desenvolvimento Sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU: O grande desafio no plano internacional**. In: GOMES, Eduardo B; BULZICO, Bettina (org.). Sustentabilidade, Desenvolvimento e Democracia. Ijuí: Editora Unijuí, 2010. p. 80.

oportuniza uma relação de convivência entre homens e o ambiente para que todos possam desfrutar de recursos existentes e de oportunidades hoje á disposição. Para Neuro José Zambam²³ “a relevância da fundamentação do direito ao Desenvolvimento Sustentável reflete os limites do atual modelo, tanto considerando a sua referência teórica quanto sua efetivação e as consequências visíveis na quase totalidade das relações humanas e na vida social”.

Houve no século XX um cenário de mudanças, onde se estabeleceu o regime democrático e participativo da organização política em meio às inovações tecnológicas e científicas, relações entre comércio e capital, o crescimento das comunicações, uma melhor internacionalização entre os Estados, criando um ambiente próprio para o desenvolvimento democrático, bem como a concretização de direitos aos cidadãos.

Neste contexto, oportunizaram-se as garantias dos Direitos Fundamentais com previsão constitucional, esta visão ensejou um desenvolvimento como nunca visto num processo de expansão das liberdades em que as pessoas desfrutam, Amartya Sen argumenta que “expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo²⁴”.

Segundo José Eli da Veiga²⁵ um melhor aumento das capacidades humanas de liberdade nas implementações de políticas públicas, contribuem diretamente para a expansão de liberdades que possam vir a ser usufruídas pelos membros da sociedade.

O desafio da expansão das liberdades demanda um desenvolvimento de forma

²³ ZAMBAM, Neuro José. **Desenvolvimento Sustentável: direito dos cidadãos e compromissos de todos**. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; BOFF, Salette Oro. *Direito, Democracia e Sustentabilidade*. Passo Fundo. IMED Editora, 2013. p. 93.

²⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, op. cit., p. 29.

²⁵ O processo de desenvolvimento pode expandir as capacidades humanas, expandindo as escolhas que as pessoas têm para viver vidas plenas e criativas. E as pessoas são tanto beneficiárias deste desenvolvimento como agentes do progresso e da mudança que provocam. Este processo deve beneficiar todos os indivíduos equitativamente e basear-se na participação de cada um deles. VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**, op. cit., p. 85.

consciente voltada para as ações²⁶ a serem realizadas numa forma dialógica na elaboração e implementação das políticas públicas, possibilitando a sustentabilidade da vida econômica e social, superando a violação dos direitos humanos daqueles que se mantêm restritos numa profunda desigualdade.

O sistema político democrático leva a liberdade política, que por si fortalece as demais liberdades, assim podendo conduzir suas vidas, participando dos assuntos públicos de modo a alcançar um grau de liberdade consolidada. Nessa linha, Neuro José Zambam entende que “o homem tem o direito a um modelo de desenvolvimento no qual seja o agente principal²⁷”.

O cenário é de exercitar a liberdade permanente, de forma a concretizar os objetivos, o sentimento de poder de cada um dos cidadãos em constante ação como atores das ações, proporcionando para si e para a sociedade uma identidade.

Por fim, o Desenvolvimento Sustentável consciente é sem dúvida a identidade da sociedade, num dinamismo onde a expansão das liberdades consolidadas supera a violação dos direitos humanos daqueles que se mantêm em desigualdade e, assim contribuindo para as condições de justiça, dotados de validade universal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade. A perspectiva jurídica da Constituição precisa ser completada por considerações de política constitucional dirigidas para manter, possibilitar ou criar os pressupostos de uma realização legítima da Constituição. O grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como

²⁶Neste sentido, desenvolvimento sustentável, combate à pobreza erradicação da fome fim do trabalho escravo, políticas de saúde pública, promoção da paz e outros inúmeros exemplos pode ser utilizado para demonstrar ações nas quais atores transnacionais/globais se inserem na tentativa de se fazer efetivo o ideal de direitos humanos”. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2015.

²⁷ZAMBAM, Neuro José. **Desenvolvimento Sustentável: Direito dos cidadãos e compromissos de todos**. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro. **Direito, Democracia e Sustentabilidade**. Passo Fundo. IMED Editora, 2013.

realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional. Não se reclamam mais direitos, mas garantias de sua implementação.

Na realidade, não a crise vivenciada sob a vigência da Constituição de 1988 não é uma crise da Constituição, mas da sociedade, do governo e do Estado. A prática política e o contexto social têm favorecido uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado, seja enquanto poder político através das políticas públicas seja enquanto a efetivação do direito social ao lazer.

A Constituição Dirigente aspira transformar num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, apenas estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, com o objetivo de criar uma ordem estável.

O direito ao lazer ao ser estabelecido no texto constitucional representa a necessidade para satisfação humana. Assim, as políticas públicas devem garantir a proteção deste direito, pois a sua ausência atenta contra os valores da vida e de todos os demais direitos fundamentais da Carta de 1988. Com o avanço da tecnologia e da globalização, evidencia-se profunda desigualdade social, fruto da concentração da renda, da pobreza e da economia voraz de mercado, conseqüentemente, as pessoas não conseguem saciar as suas necessidades básicas.

Considera-se que, para compreender o desenvolvimento sustentável, deve-se buscar o reconhecimento das diferenças, superar as desigualdades, manter um equilíbrio social e político, ter acesso à educação e a sistema de saúde universais, a independência na opção de preferências políticas, religiosas, culturais, conceber a permanente evolução da concepção moral e de seus valores mais importantes, sendo todos apresentados por múltiplas vozes o que trará um ideal nas garantias consolidadas em uma sociedade.

Quando analisadas dentro das políticas públicas há que ser feita por meio das liberdades individuais e do comprometimento social, juntamente com os direitos sociais e econômicos, inclusive a não discriminação entre pessoas de raças diferentes, entre homens e mulheres, pois todos devem ter o direito de acesso ao lazer.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CHEMIN, Beatris Francisca. **Políticas públicas de lazer: o papel dos Municípios na sua implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

GUERRA, Sidney. **Desenvolvimento Sustentável nas três grandes conferencias internacionais de ambiente da ONU: O grande desafio no plano internacional**. In: GOMES, Eduardo B; BULZICO, Bettina (org.). *Sustentabilidade, Desenvolvimento e Democracia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Notas sobre uma teoria da Constituição Dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil**. Livro Procad Unisinos- UERJ.

PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório**. Passo Fundo: IMED, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editoria/Millennium, 2011.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEN Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. **A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Edições Almeida S/A, 2007, p. 25.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2015.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

ZAMBAM, Neuro José. **Desenvolvimento Sustentável: direito dos cidadãos e compromissos de todos**. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro. **Direito, Democracia e Sustentabilidade**. Passo Fundo. IMED Editora, 2013.

A ÁRDUA E COMPLEXA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA MANTER FORTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Franciane Hasse¹

Fabrisia Franzoi²

INTRODUÇÃO

A curiosidade pelas questões inerentes a como deve ser a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito que se vive no Brasil foi o alicerce, bem como o primeiro passo para a pesquisa e consequente construção do referido artigo.

Inicialmente, em linhas gerais, apresenta-se a definição de Estado e sua evolução histórica. Será visto que as modificações do Estado acontecem para concretizarem-se os interesses do povo, surgindo o Estado Democrático de Direito, a fim de limitar o poder do próprio Estado e de seus agentes, superando as desigualdades sociais e realizando a justiça social, através da atuação do Poder Judiciário, tornando-se este o ponto principal do presente artigo.

Destaca-se, que a função do Estado Democrático de Direito é de agir sob os anseios da sociedade, contribuindo para que se realizem esses anseios da forma como ela escolheu, como forma de manifestação da justiça e dos direitos igualitários, na busca da manutenção da ordem social e da democracia.

¹ Mestranda em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Catarinense de Pós-graduação – ICPG. Bacharel em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Bacharel em Sistemas de Informação pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Docente dos cursos de Direito e Sistemas de Informação do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Advogada OAB/SC. E-mail: francianehasse@gmail.com

² Doutoranda em Desenvolvimento Regional - FURB; Mestre em Ciência Jurídica - UNIVALI; Especialista em Planejamento Tributário – UNIDAVI; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – Universidade Cândido Mendes; Professora do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI; Analista Judiciária do TRT 12ª Região; Rio do Sul; Santa Catarina. E-mail: fabrisia@unidavi.edu.br

Pretende-se verificar se o magistrado que age em um Estado Democrático de Direito, ao utilizar de forma moderada os mecanismos interpretativos de modo a convalidar a legitimidade social das leis então vigentes e adequadas ao caso concreto em análise, se tem por finalidade deferir o provimento jurisdicional mais justo possível ou não, pois o que a sociedade atual almeja é que os magistrados se preocupem não apenas com a aparente solução do caso concreto, mas, sim, com a efetivação da justiça substancial.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO

A partir do momento que os indivíduos desejam viver de maneira unida e organizada e admitem que um dos membros assuma o poder de chefiar o grupo, com objetivo comum, tem-se instalado o Estado. Utilizando-se as palavras de Alexandre Groppali apud Bastos³ é de se concluir que o Estado:

[...] é um ente social constituído de um povo organizado sobre um território, sob o comando de um poder soberano, para fins de defesa, ordem, bem-estar e elevação. [...] Sob outro critério, pode-se definir o Estado como uma ordenação jurídica na qual um complexo de normas gerais e coercitivas regulam os órgãos e os poderes do Estado bem como as relações dos cidadãos entre si, e a deles com mesmo Estado. [...] No último ângulo visual, pode-se definir o Estado como uma instituição territorial, conforme os cidadãos sejam ou não admitidos na sua administração e governo. Unindo agora em uma única definição sintética todas estas definições analíticas sucessivas, pode-se dizer que o Estado é uma pessoa jurídica soberana constituída de um povo organizado sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social.

Ainda, sobre a definição de Estado, Dallari⁴ cita que é a:

[...] *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.* Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.10.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

O Estado, dentre as instituições criadas pelo homem, é considerado a que representa uma maior complexidade. Permite-se mesmo dizer que ele representa um elevado grau de civilização de um povo, de uma sociedade.

Nesse sentido, o Estado aparece em uma época bem determinada, no século XVI. Não se quer, contudo, com esta afirmação, negar que a Antiguidade Clássica (polis gregas e Império Romano) já apresentasse traços enunciadores dessa realidade. Porém, os autores preferem estabelecer o seu surgimento no começo da era moderna, vez que somente a partir de então as chamadas entidades políticas tiveram reunidas em si todas as qualidades distintivas fundamentais do Estado.⁵

Alguns doutrinadores, entre eles, Hobbes e Rousseau, tentando explicar a origem do Estado, dispunham que este nasce a partir da realização de um acordo entre os homens, em proveito de um número indeterminado de pessoas. Logo, o Estado surge através de um pacto social que fundamenta todo o seu poder na aquiescência recíproca de todos os indivíduos que o integram. É necessário dizer ainda, que o pacto social tem como fim primordial conceber uma entidade personalizada resistente, forte, eficaz e com a capacidade de resguardar as prerrogativas de cada um, individualmente, e ainda, de promover o bem comum. O Estado é, então, consequência de acordos mútuos e consecutivos havidos entre os indivíduos pertencentes à sociedade. Pode-se dizer, assim, que o homem evoluiu de um “estado de natureza” para um “estado social”.

Thomas Hobbes, um dos expoentes de tal pensamento, em sua obra *Leviatã*, sustentava a posição de que a sociedade política foi instituída através da realização de um contrato social acordado entre os homens para o fim de obter-se uma vida mais pacífica, harmônica, segura, além de uma maior garantia/guarda de seus bens e direitos. Tal contrato social adveio em decorrência do estado de beligerância que reinava na época, associado ao elevado grau de violência em que se encontrava o homem no seu “estado de natureza” - momento em que a paixão e o egoísmo estavam acima da razão. O ser humano, quando em

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.6.

seu “estado de natureza”, fazia parte de um imenso conflito de todos contra todos, em que “o homem era o lobo do próprio homem”. Dessa forma, Hobbes achava que a sociedade não poderia ser considerada um fato social, e sim, um contrato que teve a anuência de todos os homens.

Tal contrato baseia-se no deslocamento absoluto dos direitos individuais, das prerrogativas próprias de toda uma coletividade para uma autoridade soberana que fará uso do poder comum a ele concedido para o fim de se obter os fins almejados pela sociedade administrada.

Rousseau, por sua vez, acreditava que o “estado de natureza” tinha como características marcantes a bondade e a liberdade humanas, sendo por estas guiado, e que a inquietação primeira do indivíduo era somente com relação aos negócios materiais concernentes a sua vida pastoral. Permite-se até mesmo dizer que para Rousseau o “estado de natureza” representa um estado agradável, encantador, e os culpados pela devassidão do homem foram as artes acompanhadas da criação da sociedade.

As artes, para Rousseau, corresponderiam à causa do degradamento, da degeneração moral, da perversão humana, pois, com o seu surgimento, apareceram juntamente o ciúme, a invidía e a competitividade. Brotou no indivíduo o desejo de, de alguma forma, sobressair-se entre os demais, seja pela música, seja pela dança. No entanto, o autor percebeu que, para viver em companhia de outras pessoas, para manter um certo relacionamento com seus entes, havia a necessidade de criar-se uma sociedade, por meio da realização de um pacto social, contando com a anuência de todas as pessoas que a integram, objetivando, dessa forma, conseguir resguardar seus direitos e bens, e mais, manter a segurança e a convivência entremeada de paz e harmonia entre os indivíduos, convivência este presente no “estado de natureza”.

Pois bem. Historicamente, o aparecimento do Estado atrela-se às tribulações políticas pelas quais a sociedade passou no começo do século XVI. À época, irromperam-se violentas disputas religiosas contra as quais os entes jurídicos constituídos eram inoperantes, instalando-se a insegurança no seio da coletividade. Clamava-se por um

poder que sobrepujasse os grupos rivais em conflito.

Era de grande importância para a sociedade da época medieval que o rei tomasse, por completo, o poder para si e se tornasse soberano de fato acima, inclusive, das próprias leis. Ao término desse processo de constituição do poder real, ou melhor, de fortificação e concentração dos poderes do rei, vem o Estado moderno, cujo traço marcante é justamente a presença de uma ordem jurídica soberana, isto é, uma ordem acima de tudo e de todos, fonte de todo poder, de toda autoridade dentro do Estado. O poder reúne-se em uma única autoridade a qual impede quaisquer ingerências provenientes do exterior, fora de seu território, e, da mesma forma, a ela estão submetidas todas as outras que estão sob sua jurisdição, internamente.

São essas as características que continuam, ainda hoje, a reger o Estado moderno, possuindo este, contudo, um modelo diferente àquele do século XVI. Essa diferença deve-se ao fato de que com o passar dos tempos tornou-se possível exercer um certo controle sobre o poder absoluto do Estado, mas de forma que ele continuasse a ser soberano. Nem o Estado constitucional moderno, apesar de sua atuação estar sujeita a normas que restringem seu poder, abriu mão de sua soberania. Atua, portanto, o Estado nos limites de seu território, prevalecendo sobre todos os demais órgãos e anseios destes, pois é nele em que se reúne todo o poder, toda a força.

Porém, para que a máquina estatal funcione, para que todas as sociedades que se desenvolvem dentro do Estado consigam atingir seus objetivos, alcancem seus fins sociais, a elas é concedida uma parcela de autoridade. Mas todas, repita-se, estão subpostas ao Estado, pois cabe somente a este determinar o alcance e a magnitude de atuação daquelas e contribuir, conforme a necessidade, com a sua força.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O conceito de Estado Democrático de Direito da forma como atualmente é

conhecido, decorre de um longo processo da evolução (Estado Liberal de Direito; Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito) da maneira como as sociedades foram se organizando ao longo dos séculos.

É importante destacar que o Estado Democrático de Direito é proveniente dos antigos povos gregos e de seus pensadores, que no século V até o I a. C., Sócrates, Platão e Aristóteles já criavam a teoria do Estado Ideal, na qual se refletia sobre a melhor maneira de organizar a sociedade, pensando nos interesses comuns. Mas apenas ao final do século XIX que as bases mais relevantes do Estado de Direito consolidaram-se.⁶

Sobre as raízes do Estado Democrático de Direito, Dallari⁷, discorre:

A ideia moderna de um *Estado Democrático* tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.

Destaca-se que o Estado Democrático moderno surgiu das lutas contra o absolutismo, como bem delinea Dallari⁸:

Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como LOCKE e ROUSSEAU, embora estes não tivessem chegado a propor a adoção de governos democráticos, tendo mesmo ROUSSEAU externado ser descrédito neles. De fato, após admitir que o governo democrático pudesse convir aos pequenos estados, mas apenas a estes, diz que “um povo que governar sempre bem não necessitará de ser governado”, acrescentando que jamais existiu verdadeira democracia, nem existirá nunca. E sua conclusão é fulminante: “Se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens”. Apesar disso tudo, foi considerável a influência de ROUSSEAU para o desenvolvimento da ideia de Estado Democrático, podendo-se mesmo dizer que estão em sua obra, claramente expressos, os princípios que iriam ser consagrados como inerentes a qualquer Estado que se pretenda democrático.

Mais a frente, Dallari⁹ ilustra que é através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir

⁶ SANTOS, A. A. dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: maio de 2016.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

ao Estado Democrático:

[...] o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominaram de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por LOCKE e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de ROUSSEAU.

Foram esses movimentos, no século XVIII, que definiram as diretrizes na organização do Estado a partir de então, concretizando assim, a ideia de Estado Democrático de Direito como ideal supremo.

O Estado Democrático de Direito deve realizar uma distribuição igualitária de poder, possibilitando a sua racionalização, controlando, assim, a violência, baseando-se na legislação, para que se possa organizar a sociedade. Essa forma de Estado não pode ser vista como uma estrutura finalizada, mas sim uma questão que pode ser transformada, com base em novos estudos, acontecimentos e interpretações¹⁰. Streck¹¹ afirma que o Estado Democrático de Direito possui um conteúdo transformador da realidade:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

Uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia, Dallari indica três pontos fundamentais:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências,

¹⁰ SOARES, M. L. Q. **Teoria do Estado – O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 16.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 93.

tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.

A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. *A Igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.¹²

As modificações do Estado no século XIX e na primeira metade do século XX foram decisivas pela busca desses ideais, sendo a preocupação primordial, a participação do povo na organização do Estado.

José Afonso da Silva¹³ entende que o conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.

Streck¹⁴ leciona acerca do bem-estar pela ação positiva do Estado:

[...] desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania. [...]

Seria, o Estado garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direitos políticos. [...]

Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela atuação positiva do Estado como afiançador a qualidade de vida do indivíduo.

O papel basilar do Estado Democrático de Direito é o de superar as desigualdades sociais e regionais, realizando a justiça social. No Brasil, o Estado Democrático de Direito consagrou-se com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, bem como por meio da dignidade humana, das liberdades econômicas, sociais e culturais, da efetividade da cidadania. Constou em diversos artigos a defesa da cidadania, da democracia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade plena como meio de se efetivar o bem-estar social. Neste sentido, Abreu destaca:

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 141-142.

Resta evidente, pois, o compromisso do estado brasileiro com a função social. De igual sorte, o artigo 1º da Constituição afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e livre iniciativa, além da soberania. Ademais, a Constituição assinala como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, em seu artigo 3º, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação (ABREU, 2011, p. 140).

Segundo Dalmo Dallari¹⁵:

O Estado Democrático é aquele em que o próprio povo governa, sendo evidente colocar o problema de estabelecimento dos meios para que o povo exerça a sua vontade, através da representatividade", ou seja, a eleição de um representante para realizar os ideais pretendidos pelos cidadãos.

Diante do entendimento, acima mencionado, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, consagra o Estado Democrático de Direito, através dos mecanismos de participação popular nas decisões políticas, tais como: o sufrágio; o plebiscito, referendo e iniciativa popular. Outrossim, a Constituição Federal consagra em seu artigo 170 os princípios basilares da ordem econômica, entre eles a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais. Ainda, em seu artigo 193, ressalta que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

No mais, para a concretização do Estado Democrático de Direito, há a necessidade de um Judiciário envolvido com os valores sociais e políticos, bem como se ressalta a tese da democracia na visão da jurisdição e do processo como instrumento de consolidação da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 institui em seu preâmbulo o Estado Democrático, destinado a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, bem como à justiça, sendo previsto de forma implícita a democracia a forma de assegurar tais direitos. Logo, para concretizar os direitos previstos na Constituição

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Federal de 1988, houve uma crescente demanda de ações judiciais, a fim de que o Judiciário garantisse e efetividade de tais direitos.

No entanto, o Judiciário não possui estrutura (física ou de pessoal), para garantir o pleno acesso à justiça, um dos principais objetivos de um Estado Democrático de Direito. Para Streck¹⁶ “Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível”. Desse modo, o Estado Democrático de Direito, privilegia o positivismo jurídico, como forma de assegurar a democracia através garantias constitucionais, tal como o sufrágio.

Por oportuno, destaca-se o entendimento de Streck¹⁷:

O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do direito.

Seguindo esta esteira de raciocínio, Ferrajoli¹⁸ entende:

Assim, devemos reconhecer que desta expansão da jurisdição advém um enorme crescimento do poder judiciário e de seu papel político, o qual cria o risco de se produzir um desequilíbrio nas relações entre os poderes públicos e requer, portanto, um reforço das suas condições de legitimidade. Certamente, o papel de garanti no qual consiste tal poder implica excluir, a princípio, que se possa temer o chamado governo dos juízes.

Diante do mencionado, os autores levantam a questão da crise atual da democracia no Estado Democrático de Direito Brasileiro, visto que atualmente existe um problema de hermenêutica jurídica, onde para eles os juízes estão interferindo nos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, é preponderante entender-se como o Poder Judiciário brasileiro vem, deve vim ou está atuando para fortificar o Estado Democrático de Direito.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 347.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 347.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241.

4. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Percebe-se que inúmeras críticas têm sido feitas recentemente ao Poder Judiciário brasileiro, principalmente da sua necessidade de adaptar-se às variadas demandas da sociedade atual, de forma a torná-lo mais rápido e eficiente, de focar-se nas suas reais funções, a fim de atender às demandas da população. Quando a sociedade evolui e o Direito permanece estático, as leis podem não mais corresponder à atual realidade. Deste modo, é provável que elas venham a cair no conhecido desuso.

No contexto do Estado Liberal, um dos princípios mais consideráveis é o da Legalidade. O juiz é visto como um aplicador da Lei, e por isso, ele não pode criar o direito, apenas colocá-lo em prática¹⁹. Deverá prevalecer a legalidade entrelaçada ao princípio da Segurança Jurídica.

Necessário se faz que o magistrado tenha mecanismos interpretativos indispensáveis para o reconhecimento da ocorrência ou não de anacronismo, injustiças e falhas na lei, quando for aplicá-la ao caso concreto, ou seja, extrair do grandioso e complexo ordenamento jurídico somente as normas pertinentes e adequadas à individualidade da situação fática em julgamento.

O poder judicial é capaz de invocar e realizar o Estado constitucional contemporâneo, deve ser totalmente imparcial, mostrar-se observador das normas gerais e também abstratas. Garante-se independência de forma democrática e que se legitima, com o predomínio hierárquico e um dever da obediência. O controle assumido pelo juiz de Direito não lhe traz privilégios hierárquicos do poder, ainda que tenha autonomia, precisando respeitar a lei e a sociedade.²⁰

¹⁹ SILVA, D. H. D.; COELHO, T. G. A imparcialidade do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito: uma reconstrução possível? **Revista eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, 2012. Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/direitoserro/issue/view/6047>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁰ PINTO, O. P. de A. M. **Responsabilidade do poder judiciário no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/Artigo%20-%20Responsabilidade%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20no%20Estado%20Democr%C3%A1tico%20de%20Direito.doc>>. Acesso em: maio de 2016.

Pela conceituação do que é o atual Estado Democrático de Direito, inicialmente, já se percebe que o Poder Judiciário não pode ser omissivo e nem passivo e sua atuação. Não pode estar alheio da realidade social, deve ser um ativo participante na criação dos destinos da sociedade e do país sempre levando em consideração o primado maior do bem coletivo.

Para José Alfredo Baracho²¹,

No Estado de direito exige-se grande esforço do juiz, para o exercício do desenvolvimento da função promocional do direito: - construção de uma jurisprudência que consagre os valores constitucionais da igualdade e da solidariedade, realizando-se os avanços normativos necessários à sociedade [...]

Esses avanços deram-se principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde o Poder Judiciário foi provocado a garantir os direitos de cidadania, principalmente os direitos fundamentais de educação, saúde, justiça, segurança e vida da população. O número de demandas cresceu, o desafio é imenso, mas ele não pode se eximir de trazer a pacificação social, de garantir acesso à Justiça e trazer uma solução justa, legal e rápida dos litígios. Deve ter “um papel ativo, inovador na ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude.”²²

O Judiciário deixa de atuar como mero aplicador mecânico de normas pré-estabelecidas e passa a assumir, com o advento do neoconstitucionalismo, a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais”²³

O julgador, que lida com a dignidade da pessoa humana, num Estado Democrático e Social de Direito, há de ser atuante no processo, com o objetivo maior de buscar a verdade real, igualando as condições das partes, tentando equilibrar as desigualdades sociais que, muitas

²¹ BARACHO, José Alfredo. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

²² PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Responsabilidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/responsabilidade-do-poder-judiciario-no-estado-democratico-de-direito-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto> acesso em: 28 maio 2015.

²³ RIBAS, G. P. P.; SILVA, J. R. da; MANDALOZZO, S. S. N. **A atuação do poder judiciário frente ao Estado Constitucional de Direito**. Disponível em: <http://www.veros.adv.br/publicacoes/A%20ATUACAO%20DO%20PODER%20JUDICIARIO%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONAL%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

vezes, se fazem refletir no processo. Tal poderá o juiz atingir, por exemplo, com a inversão do ônus da prova, dada a hipossuficiência de uma das partes, evidenciada, sobretudo, nas relações de consumo e em ações previdenciárias. O juiz deve ser imparcial, é verdade, mas tal não significa permanecer inerte, aguardando a provocação das partes. Ser imparcial, num Estado Democrático de Direito, significa proporcionar igualdade de condições aos litigantes, e isso só se atinge com um juiz atuante e efetivo. Um juiz que não se conforme com a verdade tal qual lhe é apresentada, mas que busque incessantemente a verdade real.²⁴

Percebe-se assim que, o princípio da imparcialidade, que tanto se questiona, está intimamente conectado à luta pela efetivação da igualdade e da proteção dos direitos sociais, procurando, sempre, a garantia do bem comum e da harmonia social.

Percebe-se atualmente que o Poder Legislativo elabora as leis, muitas vezes da forma incorreta, leis inconstitucionais, sem o devido respaldo financeiro do Poder Executivo, etc. Mas, também o Poder Executivo não cumpre a legislação em vigor no país, deixando direitos fundamentais da população sem efetivação. É função do Poder Judiciário fazer valer esses direitos, concretizar o significado das regras constitucionais. Deve manifestar-se rapidamente sobre a inconstitucionalidade de leis ordinárias, deve questionar a coerência dessas leis com os princípios constitucionais, deve obediência irrestrita à Constituição Federal, principalmente ao que tange aos direitos fundamentais, para assim legitimar a independência do Poder Judiciário.

Mas não se pode esquecer que só ter-se-á um Estado Democrático de Direito efetivo se o devido processo legal for respeitado. Para isso, as decisões judiciais não podem deixar de serem fundamentadas e de observarem rigorosamente vários princípios, principalmente o princípio da motivação das decisões. Não deverá haver jamais decisão judicial sem que o magistrado elenque os fundamentos ou motivações de suas conclusões (CF, art. 93, IX). Pretende-se assim, evitar arbitrariedades e sujeitar o magistrado ao ordenamento jurídico, como é exigência do Estado Democrático de Direito. Com essa fundamentação das

²⁴ BRIÃO, R. F. Os poderes introdutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: maio de 2016.

decisões, o juiz estará controlado, mediante recursos, sobretudo pelo povo, que é a fonte de onde emana seu poder (CF, art. 1º, parágrafo único). Não se pode esquecer também do princípio da publicidade, de outro lado (CF, art. 93, IX), pode-se dizer que a atividade jurisdicional é uma das mais públicas e acessíveis desse país.

O Poder Judiciário deve popularizar impreterivelmente suas práticas internas, para que tenha mais credibilidade perante a população. Muitas vezes dá-se maior valor aos ritos, que quase passaram a ser o fim em si mesmos, numa inversão de valores. Para Pinto²⁵ “o processo deve ser caminho de realização da Justiça desejada pelos cidadãos, não estorvo incompreensível e inaceitável”.

Os magistrados carecem de melhores instrumentos de trabalho.

Sabe-se que o Poder Judiciário está passando por várias modificações estruturais e funcionais, que o processo eletrônico é uma realidade, mas essa era pós-industrial que se vive, com a velocidade das informações e das necessidades dos jurisdicionados, novos instrumentos, sejam físicos ou legais, devem ser pensados e colocados em prática, pois senão o Poder Judiciário poderá perder-se no tempo e no espaço, já que “justiça tardia é injustiça”.

Sempre importante lembrar, conforme preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LXXVIII, a duração razoável do processo é um direito assegurado a todos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo.

É crucial trazer à baila importante inovação, que a Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015, que se trata do Novo Diploma Processual Civil, que nas suas Exposições de Motivo, ratifica o entendimento de que este código “[...] tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”²⁶

²⁵ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Responsabilidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/responsabilidade-do-poder-judiciario-no-estado-democratico-de-direito-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto> acesso em: 28 maio 2015.

²⁶ BRASIL. Senado Federal (2010). **Exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160823.pdf>. Acesso em: 06 maio 2015, p. 10.

O Novo Código de Processo Civil é um instrumento que visa dar uma contribuição considerável à sociedade, vez que tende a romper com o excesso de formalidades, para que, dessa forma, possa tornar o processo um meio realmente eficaz sob a ótica da celeridade na prestação jurisdicional. Assim, os jurisdicionados beneficiam-se por um mecanismo que objetiva romper com a morosidade existente no âmbito processual, a qual macula a ideal eficiência do Estado em dissolver as intempéries oriundas de sua própria substância humana, de modo que os conflitos não mais se prolonguem no tempo sem uma efetiva resposta do Estado-Juiz²⁷.

O Poder Judiciário deve ser mais próximo da população na pacificação social, deve expor aos jurisdicionados como as relações interpessoais e interinstitucionais devem ser éticas. Isso não enfraquecerá a instituição, muito pelo contrário, irá enobrecê-lo, pois um maior respeito e credibilidade, surgirá.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças do Estado ocorrem para efetivar-se a realização dos interesses do próprio povo, restringindo o poder do Estado em razão das garantias constitucionais destinadas à concretização dos direitos coletivos e individuais. Nesta linha de raciocínio, o Estado Democrático de Direito, buscou limitar o poder do próprio Estado e de seus agentes, superando as desigualdades sociais e realizando a justiça social.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito teve seu início com a Constituição Federal de 1988, constando em vários artigos a defesa da cidadania, da democracia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade plena como meio de se efetivar o bem-estar social.

Ocorre que a sociedade reclama uma postura cada vez mais enérgica do Poder Judiciário, o qual não deve se distanciar das questões sociais, deve chamar para si a responsabilidade do processo evolutivo das nações, eis que é também responsável pelo bem comum, principalmente quando se trata de assuntos como a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a defesa dos direitos de cidadania.

²⁷ LEAO, José Bruno Martins; PRANDI, Luiz Roberto. O poder do juiz no estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 144, jan 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16748>. Acesso em maio 2016.

É difícil a atividade do Poder Judiciário diante da sociedade atual. Aplicar o direito ao caso concreto, vai muito além da “mera aplicação da letra fria da lei”. Aplicar a norma legal referente ao caso concreto é discutir a magnitude do ordenamento jurídico, eis que há um conjunto de regras e diretrizes interpretativas que deverão ser empregadas para que se localize a melhor solução ao problema social do jurisdicionado apresentado à análise do Poder Judiciário, e, portanto, alcançar-se ao máximo possível do ideal da verdadeira justiça.

Notou-se, neste artigo, que a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito consiste em cuidar da efetivação da justiça ante as variadas situações fáticas existentes e, com isso, diminuir, na medida de seus poderes constitucionais e legais, os problemas oriundos do convívio social, auxiliando para a construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e pacífica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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.

BARACHO, José Alfredo. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 36. ed. Brasília, 2012.

BRASIL. Senado Federal (2010). **Exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160823.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2015.

BRIÃO, R. F. Os poderes introdutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil

moderno. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: maio de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEAO, José Bruno Martins; PRANDI, Luiz Roberto. O poder do juiz no estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 144, jan 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16748>. Acesso em maio 2016.

PINTO, O. P. de A. M. **Responsabilidade do poder judiciário no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/Artigo%20%20Responsabilidade%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20no%20Estado%20Democr%C3%A1tico%20de%20Direito.doc>>. Acesso em: maio de 2016.

RIBAS, G. P. P.; SILVA, J. R. da; MANDALAZZO, S. S. N. **A atuação do poder judiciário frente ao Estado Constitucional de Direito**. Disponível em: <<http://www.veros.adv.br/publicacoes/A%20ATUACAO%20DO%20PODER%20JUDICIARIO%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONAL%20DE%20DIREITO.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, A. A. dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revi>

sta_caderno=9>. Acesso em: maio de 2016.

SILVA, D. H. D.; COELHO, T. G. A imparcialidade do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito: uma reconstrução possível? **Revista eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, 2012. Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/direitoserro/issue/view/6047>. Acesso em: 29 abr. 2016.

SOARES, M. L. Q. **Teoria do Estado**: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

A REPERCUSSÃO DAS ESCOLAS EXEGÉTICA E NORMATIVISTA NOS FUNDAMENTOS DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES À CONCEPÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONALISTA

Fausto Santos de Morais ¹

Bruno Ortigara Dellagerisi²

José Paulo Schneider dos Santos³

INTRODUÇÃO

O conceito de direito contemporâneo, de vertente constitucionalista, distancia-se, até certo ponto, dos ideais jurídico-positivistas de outrora. Hoje, as exigências político-jurídicas são outras, sendo outro, também, o papel do poder judiciário na realização e efetivação de direitos.

Acredita-se que o advento do constitucionalismo, mormente com a institucionalização dos direitos humanos no âmbito estatal interno, isto é, com o reconhecimento dos direitos fundamentais, na sua concepção subjetiva e objetiva, impulsionado pelos reflexos do segundo pós-guerra, inspirou a extensão (abertura) material do sentido jurídico.

¹ **Doutor em Direito Público (UNISINOS), docente do PPGD da Faculdade Meridional. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado.**

² Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo/RS, vinculado à linha de pesquisa 2 – Mecanismos de efetivação da Democracia e Sustentabilidade. Bolsista CAPES (modalidade Taxa). Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo/RS. Bolsista desempenho. Advogado.

³ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo/RS, vinculado à linha de pesquisa 1 – Fundamentos do Direito e Democracia. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade IDC de Porto Alegre/RS. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo/RS. Pesquisador científico FAPERGS (2012-2015). Advogado.

Porquanto, como se pretende demonstrar, a transição das teorias jurídicas positivistas, guardada a especificidade de espaço e tempo, colocou em xeque a autossuficiência da lei e demonstrou certa fragilidade prática do direito enquanto teoria pura.

Restam as seguintes indagações: como fica a segurança jurídica? Qual a legitimidade do judiciário na materialização de direitos? A Constituição de fato vinculará o processo de decisão judicial?

Como se vê, a passagem do positivismo jurídico (sentido lato) ao constitucionalismo não denota outro elemento senão a alternância na concepção da relação entre direito e moral. É justamente nesse ponto que surgem as problemáticas teórico-práticas que a doutrina incessantemente vem procurando resolver.

A esse respeito, não se pode olvidar a importância da filosofia no conceito e produção do direito. Não obstante, o direito, enquanto disciplina, apresenta carências estruturais e impossibilidades de, por si, resolver os problemas que surgem na dinamicidade das demandas jurídico-sociais. O amparo filosófico é, nesse sentido, imprescindível à institucionalização de um ordenamento jurídico íntegro e coerente. Por isso, teorizar acerca das significantes de um modelo de direito constitucionalista exige, num primeiro momento, a compreensão da relação “Indivíduo e Estado” e, por consequência, da dicotomia “direito e moral”.

O presente estudo, nessa linha, tem como escopo apresentar a manifestação da moral no direito e os seus atuais reflexos na produção e aplicação do saber jurídico, tendo como pano de fundo o resgate de dois pilares do pensamento jurídico clássico de cariz positivista.

Não há dúvida que o paradigma positivista é multissecular, de modo que não é possível intentar uma teorização singular a esse respeito. Todavia, o presente trabalho se propõe, a título de recorte teórico, a individualizar duas escolas clássicas do positivismo jurídico, a saber, o positivismo exegético (item 2.1.) e o positivismo normativista (item 2.2.).

Antes, porém, o estudo perpassará a discussão “Estado e positivismo” (item 1), alcançando as contribuições de Bobbio e Hobbes, o que notadamente auxiliará na exposição dos elementos constitutivos da filosofia positivista, em especial na verificação do juiz *bouche de la loi* (da França, do início do século XIX), bem como na análise da relação entre direito e moral, sob a ótica positivo-normativista de Kelsen.

O constructo ora proposto encontra justificativa à medida que empresta contribuições teóricas à resolução das atuais controvérsias jurídicas na concretude e realização das garantias fundamentais.

Para fins metodológicos, o trabalho está orientado e organizado conforme os aportes da fenomenologia hermenêutica, sistematizando os conceitos e as críticas mediante a pesquisa bibliográfica sobre o positivismo jurídico e o seus efeitos no estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais no Brasil.

2. O IMPACTO DO ENTE ESTATAL NA PRODUÇÃO DO DIREITO: DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS HOBBS E BOBBIO

Destaca-se, inicialmente, não ser possível analisar a filosofia positivista sem se ter a correta compreensão acerca do real valor-função do ente estatal. Em última análise, o Estado é o ente necessário ao desenvolvimento do positivismo jurídico.

Tanto é assim que uma das principais dificuldades enfrentadas pelo direito natural é o fato de o estado de natureza constituir-se em um estado de anarquia permanente⁴. Isso porque nele prevalece a lei do mais forte, onde todos têm o arbítrio de utilizar da força necessária na defesa de seus interesses particulares, haja vista a total ineficácia do direito não escrito, diante da ausência de um poder centralizado, capaz de fazê-lo cumprir.

Era necessário, dessa maneira, acabar com a anarquia social. Como pode ser verificado na história, isso só foi possível com o surgimento do Estado, ente dotado de força

⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 35.

indiscutível e irresistível, capaz de constranger os homens a respeitar as leis, o que ocorreu após a dissolução da sociedade medieval, de cunho extremamente pluralista, dividida em grupos, ordens, classes, de múltiplas unidades territoriais ou sociais, com ordenamentos próprios e distintos, com o direito sendo produzido pela sociedade civil⁵.

Para Hobbes, a constituição do Estado advém do anseio humano pela proteção, organização e valorização da própria existência. Nesse sentido, o Estado poderia ser legitimado voluntariamente pela aceitação dos homens ou a eles imposto⁶.

Nessa esteira, as leis civis – gerais e abstratas – representariam a vontade do soberano, sendo obrigação dos homens conhecê-las e respeitá-las. No entanto, a relação entre a lei civil e a lei da natureza⁷ seria um só produto. Assim, as qualidades e virtudes morais, quando ditas pelo soberano, assumiriam o valor de ordem positiva (escrita) e, dessa forma, deveriam obrigatoriamente ser seguidas. Atenta-se ainda para o fato de que, na falta da lei escrita, os mandamentos naturais poderiam ser aplicados desde que não estivessem em contraposição à vontade do soberano.

Dessa forma, a passagem do direito natural ao direito positivado se deve, dentre outros fatores, ao surgimento do Estado. Isso porque, a partir do advento do ente estatal, a produção legislativa que antes era esparsa (uma vez que a norma a ser aplicada poderia ser deduzida das regras do costume, das regras elaboradas pelos juristas, ou de critérios equitativos do próprio caso) concentrou-se nas mãos do órgão com força para fazê-la cumprir (o leviatã hobbesiano). Assiste-se assim ao processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado⁸.

Verifica-se, então, que o direito positivo, o direito posto pelo Estado por meio da lei, nasce, em um primeiro momento, da necessidade de ordenação do instável direito

⁵ Ibid., p. 27.

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 105-106.

⁷ Hobbes compreende as máximas da natureza a partir do seguinte enunciado: “Não faças aos outros o que não consideras razoável que seja feito por outrem a ti mesmo.”. Cf. Ibid., p.165.

⁸ BOBBIO, op. cit., p.56.

primitivo. Ou seja, o surgimento do Estado simboliza a derrocada da anarquia (comum à condição natural do homem), evidenciando-se como um meio eficaz de intervenção na vida social⁹.

O legalismo (consolidações dos ditames legais em leis civis), nessa linha, foi a resposta encontrada para garantir a segurança jurídica, exigência das sociedades complexas, e afastar o totalitarismo jusnaturalista¹⁰, com a promulgação de leis gerais e abstratas, postas pelo Estado (ou seja, pelo soberano).

Nesse diapasão, Bobbio entende que “o positivismo jurídico nasce com o impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva (ou prevalente) do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”¹¹. Portanto, com as leis positivas, governantes e governados estão a ela subordinados, colocando, assim, um limite na vontade do homem, eis que ninguém está acima da lei.

Em Hobbes, entretanto, a subordinação à lei não é uma via de mão dupla. Para ele, a lei é a expressão do intentar do soberano. E, como tal, não poderia ser contrária à razão – esta, insiste-se, produto do saber soberano –, estando a legitimidade da decisão judicial condicionada a esse elemento¹².

Quer dizer, a decisão judicial valeria sempre quando não fosse contrária à vontade do soberano. Nesse sentido, valendo-se das teorias hobbesianas, a lei deveria preencher três requisitos: (a) competência: a produção do direito seria exclusiva do legislador; (b) publicidade: as leis deveriam ser do conhecimento de todos; (c) legitimidade¹³: a

⁹ Ibid., p. 119.

¹⁰ O pensamento jusnaturalista fez crer que o homem, por si só, e em face de sua própria condição existencial, era merecedor de uma gama de direitos naturais e intransferíveis. Algo que só foi possível através das concepções filosóficas e religiosas dos antigos tempos, uma vez que são esses os cerne da identidade humana. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006 p. 45. Assim desde os séculos XVI e XVII são vistos ideais de direitos imprescindíveis à pessoa humana que corroboraram com o advento dos direitos fundamentais. Dentre esses ideais estão, por exemplo, os direitos à liberdade e dignidade humana, à vida, à propriedade e à resistência. Cujo referencial teórico encontra maior contorno nas teorias, contratualistas, dos pensadores ingleses Coke e Locke (dentre outros, não menos importantes, é claro). Cf. Ibid., p. 47 – 48.

¹¹ BOBBIO, op. cit., p. 119.

¹² HOBBS, op. cit., p.165.

¹³ Faz-se imperioso destacar que há, em Hobbes, uma particularidade quando da interpretação das leis. As leis da natureza eram interpretadas no processo de “criação” de sentença. Assim, o juiz, ao desempenhar suas funções judicantes,

interpretação da lei seria exclusividade dos escolhidos pelo soberano¹⁴.

Quanto à legitimidade na aplicação do direito, além do respeito à vontade do soberano, um bom juiz seria aquele: (i) capaz de fazer uma leitura correta da equidade; (ii) de afastar e repudiar o apego pelos acúmulos de capitais; (iii) de proferir uma decisão imparcial, não se deixando levar pela subjetividade emocional¹⁵.

Em última análise, a institucionalização do direito positivo remonta aos primórdios da civilização. A evolução desses períodos e o advento da vida civil exigem do direito a edificação (positivação) de um sistema legal habilitado a conferir maior rigidez e legitimidade aos mandamentos e ordens organizacionais.

Destarte, o aparecimento do Leviatã é, por certo, o reconhecimento do Estado na condição de soberano das produções jurídico-legislativas, o que, conforme poderá ser observado, tem forte influência na consolidação do pensamento positivista (sentido lato), em especial na França pós-revolucionária.

3. POSITIVISMO JURÍDICO, O QUE É ISSO?

Faz-se oportuno destacar, inicialmente, que não é intenção deste trabalho reduzir o positivismo jurídico às escolas abaixo individualizadas. Reconhece-se, sem embargo, que a filosofia positivista sofre(u) diversas variações (de tempo e espaço) durante a história, o que se intensificou com a “evolução” das alegorias, social e difusa, de direitos

analisava se as demandas guardavam coerência com a equidade e com a razão natural.

¹⁴ Ibid., p. 167.

¹⁵ Ibid., p. 170.

fundamentais¹⁶, sobretudo pela realização material desses direitos¹⁷.

Logo, o recorte aqui formulado, reconhecendo o salto temporal que ele significa, pretende apresentar as características de duas escolas do positivismo jurídico de forma a demonstrar elementos convergentes e divergentes entre essas correntes, bem como eventuais influências no modelo de produção e aplicação do direito constitucionalista contemporâneo¹⁸.

Ora, não se está negando as diversas variações da filosofia positivista, tampouco se defende que o tema aqui abordado não sofra interferência de outras correntes temáticas. O que, por óbvio, ocorre.

Aliás, o positivismo jurídico, não raras vezes, é concebido de forma negativa na tradição jurídica, quer seja no ensino ou na aplicação do direito. Há quem sustente que o

¹⁶ Está falando-se da dinamicidade conceitual comum aos direitos fundamentais. Pensar numa definição de direito fundamental pressupõe reconhecê-lo em diferentes níveis de extensão. Com o segundo pós-guerra, e, portanto, num Estado de direito, surgiu o entendimento de que os direitos fundamentais extrapolam o conceito de direitos subjetivos e devem ser percebidos, também, como valores objetivos, que norteiam e dão força à ordem constitucional de determinado Estado. Esse direito, segundo Novais, irradia a todos os ramos do direito (enquanto disciplina) e vincula, ou deve vincular, sobre a atuação de todos os poderes estatais. Quer dizer, direitos fundamentais subjetivos fazem referência à relação “Estado e Indivíduo”. Direito fundamental objetivo, por seu turno, é aquele que condiz com a universalidade dos direitos, deve ser tido num caráter geral e universal, irradiando-se em todo o ordenamento de um Estado democrático de direito. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 57-58.

¹⁷ Sobre o tema, Queiroz reconhece a existência de direitos fundamentais, *prima facie*, não positivados no direito constitucional interno de determinado Estado. Ela bem refere que esses direitos podem ser tidos sob diferentes nomenclaturas, quais sejam: i) direitos fundamentais direitos fundamentais extra-constitucionais (CANOTILHO); ii) direito fundamental em sentido material (MIRANDA); iii) *sub-constitutional rule-making* (MONAGHAN). A autora, por sua vez, classifica os direitos fundamentais em enumerados e não enumerados. A diferença entre eles, segundo a autora, é que os primeiros (enumerados) estão estabelecidos na Constituição. Já os não enumerados encontram-se consignados pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito. Queiroz adverte que em que pese esses últimos não estejam de pronto estabelecidos na Constituição, eles, se previamente estabelecidos e pensados pelo legislador, possuem o mesmo valor constitucional que os direitos escriturados no texto constitucional. Cf. **Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.106-107.

¹⁸ A utilização da expressão “neoconstitucionalista” ou “neoconstitucionalismo” quer colocar em evidência a tentativa de superação do modelo positivista exegético, no entanto, acaba esbarrando na armadilha da tese sobre a interpretação do direito como ato de vontade. Assim, reconhecendo a existência de correntes que utilizam a mesma expressão, mas que postulam uma forma própria de conceber o direito, a expressão será utilizada como sinônimo da consideração da Constituição como fonte de validade da ordem jurídica e proteção dos direitos fundamentais através do Poder Judiciário. Importa destacar a crítica de Streck ao afirmar que “neoconstitucionalismo” em *terrae brasilis* teve a patologia de contribuir para corromper o próprio texto constitucional, visto que não conseguiu se livrar da influência da interpretação do Direito como um ato de vontade. Assim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem a característica de estar filiado a posturas voluntaristas. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 62.

positivismo jurídico representa, tão-somente, um período em que o direito era resumido àquilo que estivesse na Lei. Sua idealização, todavia, possui contornos maiores, e seus pressupostos não podem ser caracterizados por um conceito deveras reducionista (e desconectado da realidade, é claro).

Nesse ângulo, falar da filosofia positivista requer certo cuidado. Não se pode pretender conferir cientificidade (certeza) ao conceito lato de positivismo jurídico. Assim, parafraseando Lenio Streck, ao se falar no conceito de positivismo jurídico, imprescindível se faz a seguinte assertiva: de qual positivismo se está a falar?

No caso, abordar-se-á a exegese francesa e o normativismo em Kelsen. Com efeito, objetiva-se deixar nítida a relação entre direito e moral durante esses dois períodos da história positivista, bem como superar a imprecisão semântica no que diz respeito ao conceito de positivismo jurídico.

Afinal, o que é direito positivo e o que é direito natural?

Enquanto o direito natural vale em toda parte e não muda com o tempo, ou seja, é universal e imutável, o direito positivo vale nos limites da jurisdição da lei e muda conforme a organização social, ou seja, é particular e mutável. Outra diferença importante refere-se à fonte do direito. Enquanto o direito natural provém da vontade divina, o direito positivo é fruto da vontade do legislador. Em relação aos objetos dos direitos, o natural estabelece comportamentos bons e maus por si mesmo, ao passo que para o positivo isso é indiferente¹⁹.

Quer dizer, o direito natural jamais ofereceu oposição ao direito positivo. Na verdade, o ideal extrapositivo de direito tinha a moral como critério derradeiro de juridicidade (legitimidade). A concepção positivista, por sua vez, aceitava como conceito de direito apenas aqueles direitos escriturados, sendo os dizeres naturais – eivados de juízos morais – meros elementos passíveis de positivação, portanto, com condição de, uma vez positivados, serem concebidos como direito²⁰.

De tal sorte, um dos pilares do positivismo jurídico, como se verifica estampado em seu nome, é a positivação do direito. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de

¹⁹ BOBBIO, op. cit., p. 22.

²⁰ MOLLER, Marx. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011, p. 75.

todo o direito a direito positivado, estando o direito natural, nessa ótica, excluído da categoria do direito²¹, sendo uma mera possibilidade de (se tornar) direito.

A transição ao modelo positivista de direito só foi possível a partir da criação do Estado, que surgiu com a ambição e necessidade dos homens em sair da anarquia presente no estado de natureza. Significa isso que, em determinado momento da história, o homem abdicou da insegura autogovernança e entregou ao homem (soberano) ou a um conjunto de homens (parlamento) a tarefa de governar sua vida. Ou seja, passa-se do estado de sobrevivência para o de convivência humana. Em síntese, apresenta-se como competência do Estado a garantia da paz e a defesa comum²².

A partir de então, o direito válido passou a ser aquele posto pelo Estado, órgão capacitado para criá-lo e legitimado para aplicá-lo. A validade da lei depende da correta observação do seu processo de criação, depende da existência de um verdadeiro ato de vontade do soberano²³.

O processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado somente foi possível a partir do advento do Estado Moderno, com estrutura monista, concentrando em si todos os poderes, em especial, aquele de criar e aplicar o direito²⁴.

Dessa maneira, verifica-se no positivismo jurídico a soberania do Estado na produção de normas jurídicas. Isto é, através da lei, tem-se a transcrição dos costumes do direito natural para um direito sujeito ao crivo do ente estatal.

É, por conseguinte, cristalina a existência de diferentes níveis de manifestação da moral no direito durante a passagem positivista. Tal fato tem relação direta com a alternância da concepção do modelo político-estatal. Isto é, a separação entre direito e

²¹ BOBBIO, op. cit., p. 26.

²² Explica-se que para controlar o homem, o Estado se utiliza da força e, também, de certa forma, monopoliza toda a produção jurídica, o que para alguns seria o ponto negativo de Hobbes e para outros, os defensores do autor, seria o mal necessário para se alcançar o estado de convivência. Cf. op. cit., p. 105-106.

²³ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 115.

²⁴ BOBBIO, op. cit., p. 27.

moral do liberalismo não é (e nem poderia ser) a mesma verificada no socialismo ou na democracia. No primeiro, o legislativo é o poder em notoriedade. Nos dois últimos, destacam-se os poderes executivo e judiciário, respectivamente.

Destaca-se que todas essas características supracitadas compõem a ideia de positivismo jurídico, porém, numa noção *prima facie* (em sentido lato). Ocorre que resumir um paradigma ainda influente no direito da atualidade é o mesmo que remontar à imprecisão semântica antes denunciada.

Por isso, intentar-se-á, sequencialmente, demonstrar as características de duas concepções diferentes do positivismo jurídico (a saber: o exegético e o normativista), a fim de evidenciar eventuais contrassensos ou tautologias entre elas, com o objetivo final de compreender o atual padrão (constitucionalista) de produção e realização do direito.

3.1 A Escola Exegética

O Positivismo Jurídico foi, e ainda é – Ferrajoli, por exemplo, caracteriza o seu constitucionalismo garantista como um reforço ao positivismo jurídico –, uma escola de grande influência no direito. A concepção de direito, para essa doutrina, surgiu quando o direito positivo passou a ser considerado direito em si próprio, desvinculando-se do direito natural.

Em outras palavras, não se pode negar que o positivismo jurídico, em sua origem, tenha sido constituído ante uma rigorosa cisão entre elementos jurídicos e morais. O que se pretendia para o direito, num primeiro momento, era a não interferência da teoria filosófica dos valores. A proposta era conceber o direito por meio de uma neutralidade axiológica. Isto é, admitir como crível a produção do direito destacada de qualquer tipo de valoração possível associada às questões sociais, teóricas e práticas²⁵.

²⁵ MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, p. 23.

Bobbio, nesse ínterim, leciona que o positivismo jurídico encara o direito de maneira avalorativa. Ou seja, para a visão positivista, o direito é tido como um fato e não como um valor. O direito independe de ser bom ou mau; “na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva”²⁶. À vista disso, o direito se funda em critérios que concernem unicamente a sua estrutura formal.

Vislumbra-se, assim, a importância da criação do Estado para o direito positivo. Nas estruturas sociais medievais, cada um era responsável pela defesa de seus bens. Não existia uma força superior a todos, capaz de constranger cada cidadão a respeitar as leis. Assim, quando cada homem transfere parte de sua capacidade de autogovernar, cria-se um ente com mais força que qualquer indivíduo isolado, capaz de fazer cumprir as leis.

Logo, com a formação do Estado moderno, se impõe ao juiz a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo ente estatal, que se torna, assim, o único criador do direito²⁷. Com a formação do Estado, o direito passa a ser a expressão do ente estatal, órgão detentor de poder, e não fruto da sapiência dos juízes.

Somente a partir do monopólio estatal da produção jurídica, a lei foi considerada como principal, senão a única, fonte do direito. Antes disso, o julgador possuía grande margem de discricionariedade²⁸ para escolher qual norma aplicar, pois não havia a obrigatoriedade de escolher exclusivamente normas emanadas pelo Estado.

É por essa razão que se faz imprescindível entender o verdadeiro papel do Estado na produção e controle do direito. Eis a relevância de Hobbes, que, como muito bem lembrado por Moller, é tido, ainda que de forma não unânime, como o primogênito dos positivistas²⁹.

Com o passar do tempo, porém, aquela idealização hobbesiana de Estado se

²⁶ BOBBIO, op. cit., p. 131.

²⁷ BOBBIO, op. cit., p. 28.

²⁸ O que se mostrou contrário ao anseio do povo, eis que a escolha da própria fonte do direito era uma “opção” deixada ao livre arbítrio do julgador, sendo significativo o grau de insegurança e incerteza jurídica.

²⁹ Op. cit., p. 75.

mostrou prejudicial à determinada parte da sociedade. A insegurança do estado de sobrevivência (direito natural) fora resolvida com a institucionalização do ente estatal (soberano). No entanto, a soberania, antes fundamental à organização da vida humana, passou a obstar as pretensões do povo. A misericórdia do soberano passou a ser insuficiente, urgindo a necessidade de um sistema jurídico que protegesse o homem dos abusos do Estado³⁰.

Percebe-se, aqui, que o liberalismo tem direta influência na guinada do pensamento positivista. Em última análise, a recusa aos elementos valorativos e morais do direito natural já não se mostrava suficiente. O Estado, que deveria ordenar o convívio social, estava a privilegiar determinadas classes e, por consequência, prejudicar outras. Assim, o que se precisava, então, era fortalecer e legitimar o direito escrito de modo a afastar a insegurança e os arbítrios estatais.

Ou melhor, em dado momento, mormente na Europa Ocidental, se pretendeu unificar os sentidos jurídicos e consubstanciar a política. Nesse enredo, na França revolucionária, em que os costumes e o direito natural apresentavam-se favoráveis à tirania do soberano, a lei surge como instrumento capaz de uniformizar o espírito do povo ao propósito do Estado³¹.

Eis o surgimento da chamada *L'école de l'exégèse*. Tal denominação diz respeito à corrente de pensamento jurídico-filosófico que influenciou o direito francês do pós-revolução, cuja vigência é reconhecida até o início do século XX e pode ser precisamente dividida em três grandes períodos: (a) a institucionalização, de 1804 a 1830; (b) o apogeu, de 1830 a 1880; (c) a derrocada, de 1880 a 1900³².

O exegetismo³³, entre outros ideais, aposta na capacidade racional do legislador na

³⁰ Ibid., p. 77.

³¹ Ibid., p. 75.

³² NEVES, António Castanheira. Digesta. **Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 189.

³³ O termo exegetismo tem origem no direito romano, mais especificamente, no modo como o direito romano era estudado e ensinado: "havia um texto específico (*Corpus Juris Civilis*) em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito" Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre:

criação do direito. Nessa esteira, o legislador teria condições de estabelecer normas gerais e abstratas, cujos imperativos da certeza, necessidade e rigor do raciocínio lógico permitiriam prever todas as condutas a serem regulamentadas, o que pode ser denominado como postulado da suficiência da lei³⁴.

É correto dizer que o direito deste momento foi pensado através da exclusividade e soberania estatal na produção dos comandos jurídicos. A dissociação com a moral é notória. Reclamava-se, portanto, que a aplicação do direito não dependesse de juízos de valor, sendo o juiz mero reproduzidor dos comandos legais produzidos pelo ente legitimado, ou seja, pelo legislador, que representava o Estado.

Significa isso que o positivismo exegético foi o instrumento utilizado para conter o abuso do poder estatal, evidenciado por juízes comprometidos com a ideologia político-jurídica do Rei e da Nobreza, derrotados pela Revolução Francesa³⁵, ao imprimir uma aplicação literal do direito. Em resumo, o direito era aquilo que a lei estabelecesse, sendo o juiz a *“bouche de la loi”*, com o poder-dever uno de reproduzir os sentidos contidos nos comandos legais.

Nessa matriz positivista, a interpretação jurídica deveria estar limitada ao uso da subsunção e, assim, através de silogismos se daria a aplicação do próprio direito. Por isso, sustentava-se o direito como um sistema regrado, que exigiria a validade, coerência e completude de seus mandamentos³⁶.

Segundo Bobbio, o nome “escola da exegese” tem origem na metodologia seguida nos primórdios do estudo e apresentação do Código de Napoleão. Adotou-se, naquele momento, rigor científico na organização dos dizeres legais (ditos pelo órgão legiferante). Apostou-se na formulação de explanações a respeito de cada dispositivo constante no corpo do Código³⁷.

Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 86.

³⁴ NEVES, op. cit., p. 189.

³⁵ MORAIS, op. cit., p. 24.

³⁶ Ibid., p.23

³⁷ BOBBIO, op. cit., p. 83.

Ao transformar o juiz em um mero aplicador da lei, pretendia-se alcançar um grau elevado de segurança jurídica, pois, assim o fazendo, o direito posto pelo Estado seria aplicado e impossibilitaria o (re)aparecimento da nefasta “justiça dos juízes” (para os soberanos e nobres). Buscava-se a completude do ordenamento jurídico. Dessa forma, sempre que o juiz encontrasse uma lacuna no ordenamento, deveria buscar a solução nas normas explícita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico³⁸.

O chamado princípio da completude do ordenamento jurídico implica o princípio da onipotência do legislador, um dos dogmas fundamentais do positivismo de vertente exegética. A resposta para todo e qualquer problema jurídico estaria no interior do ordenamento, sendo dever do juiz sempre encontrar essa resposta³⁹.

Com efeito, o *Code Civil* francês proibia ao juiz deixar de julgar por falta de dispositivo normativo, apostando na ideia de completude do direito. Como bem diz Castanheira Neves, a escola da exegese é constituída “como um estrito positivismo hermenêutico”⁴⁰, no qual o juiz deveria aplicar estritamente o previsto na Lei ou, subsidiariamente, descobrir a vontade do legislador, como forma de manutenção da autoridade reconhecida à Lei.

Porém, se mesmo após esse procedimento, não fosse possível obter uma solução legal para dado caso jurídico, entendia-se, então, que esse caso não deveria fazer parte do direito, pois não estava escriturado no ordenamento jurídico, devendo-se recorrer ao *référé législatif*⁴¹ como maneira de obtenção da vontade do legislador.

A redução de todo o ordenamento jurídico em um corpo de normas

³⁸ Ibid., p. 133.

³⁹ A ideia dominante era a de que o juiz era subordinado à lei, e que a decisão do juiz deveria ser uma decisão fiel ao texto da lei, pois somente assim estar-se-ia garantindo a segurança do direito. Essa segurança implicava saber se o comportamento adotado é ou não conforme a lei. Cf. Ibid., p. 40.

⁴⁰ Neves, op. cit., p. 187-188.

⁴¹ O referendo legislativo não tinha outro objetivo que não o de manter sob o próprio domínio o controle e produção legislativa. Assim fora criado o tribunal de cassação francês com o intuito de coibir a criação de normas jurídicas pelos juízes, impondo a idealização de obrigatoriedade do *référé législatif*. Esse tribunal atuaria na fiscalização das decisões judiciais, cuidando para que estas não estivessem em desacordo com a Lei. Nessa senda, as demandas sem soluções aparentes na Lei deveriam ser devolvidas imperiosamente, ad referendum, ao legislador, o qual possuía legitimidade para esgotar as dúvidas existentes. Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 18.

sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas⁴² ocorreu, pela primeira vez, em 1804, quando, na França, entrou em vigor o Código de Napoleão. A importância deste código é tamanha que influenciou todo o pensamento jurídico moderno e contemporâneo⁴³. Assim, a filosofia exegética guarda relação direta com a consolidação da tendência codicista.

Para Azevedo, o Código napoleônico, promulgado em 1804, simboliza a grandeza e soberania do direito positivado cuja tendência foi seguida pelos códigos prussianos e bávaros⁴⁴. Castanheira Neves, por seu turno, ressalva que os códigos bávaros, da Prússia e os austríacos, devem ser entendidos como códigos não revolucionários, uma vez que não representavam uma ruptura com a tradição histórica e nem mesmo deixavam de admitir sua própria incompletude, o que abria precedentes para a utilização de princípios do direito natural como fonte subsidiária do direito codificado.

Ao contrário, na França, a ideia da codificação adquire consistência política durante a Revolução. É, sem dúvida, um período de evidência dos ideais iluministas. O *Code Civil*, nessa ótica, pode ser visto como consequência da revolucionária recusa ao passado. Portanto, almejava-se o direito como expressão acabada da razão jurídica⁴⁵.

Em última análise, o projeto do código francês pressupõe um legislador universal e a realização de um direito simples e unitário. Para os juristas franceses, a multiplicidade de leis é fruto de corrupção e, com a vigência da codificação, o direito se tornaria simples, completo e acessível a todos⁴⁶.

Os exegetas tinham a ideia de que o código deveria ser completo e, no Código de Napoleão, visualizam-se os princípios da completude do ordenamento jurídico e da

⁴² A escola da exegese se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código. Inclusive, durante o período exegético, as aulas ministradas nas faculdades de direito limitavam-se à leitura do código, pois o direito era aquilo que no código estava posto, e o código possuía a completude das leis. Para Streck "(...) a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a 'obra sagrada' (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito". Cf. STRECK, op. cit., p. 87.

⁴³ BOBBIO, op. cit., p. 63.

⁴⁴ AZEVEDO, op. cit., p. 20.

⁴⁵ NEVES, op. cit., p. 182.

⁴⁶ BOBBIO, op. cit., p. 65.

onipotência do legislador. Em seu artigo 4º, assim dispõe o código, “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

O art. 4º explica com três conceitos os casos que poderiam colocar o juiz em dificuldade. a) *obscuridade* da lei: o juiz deve torná-la clara através da interpretação; b) *insuficiência* da lei: o juiz deve completar o dispositivo legislativo (integração da lei); e c) *silêncio* da lei: o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver o caso⁴⁷. A compreensão deste artigo pelos primeiros intérpretes do código é de que sempre dever-se-ia deduzir da própria lei a norma para resolver qualquer controvérsia. Sobre essa interpretação do artigo 4º do Código de Napoleão se fundou a *L'école de l'exégèse*.

Conforme destaca Bobbio, a escola da exegese foi acusada de “fetichismo da lei, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros”. Amparados pelos princípios da completude do código e da onipresença do legislador, a pretensão era a de fundar a resolução de quaisquer questões na intenção do legislador⁴⁸.

Mas porque a escola da exegese vingou? Bobbio elenca cinco principais causas do advento dessa escola. São elas: i) a codificação; ii) o princípio de autoridade; iii) a separação dos poderes; iv) a certeza do direito; v) a pressão exercida pelo regime napoleônico⁴⁹.

Como se vê, a codificação é causa da exegese, pois a existência de um código completo permite procurar em seu interior a solução de qualquer litígio, desprezando outras fontes jurídicas, cujo manuseio é mais complexo e difícil do que o direito codificado. O princípio de autoridade impedia o subjetivismo dos juristas. A vontade do legislador codificada se mostrou, naquele momento, o modo mais seguro e completo de obedecer à uniformização político-jurídica pretendida.

A justificativa jurídico-filosófica da escola da exegese era a doutrina da separação

⁴⁷ Ibid., p. 74

⁴⁸ Ibid., p. 77.

⁴⁹ Ibid., p. 78-81.

dos poderes⁵⁰. Segundo esta, a função do juiz é de operador do direito, estando impossibilitado de prover e criar direitos. O magistrado nesse enredo é, tão-somente, a boca através da qual se reproduz o significado da lei (e, desse modo, do direito).

O princípio da certeza do direito traz o ideal positivista da segurança jurídica. Com a codificação, cada cidadão pode conhecer antecipadamente a conduta tipificada e as consequências do comportamento em desconformidade com a lei.

Por todo o exposto, são cinco as características fundamentais da escola da exegese: i) a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; ii) a concepção rigidamente estatal do direito; iii) a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; iv) o culto ao texto da lei; v) o respeito pelo princípio de autoridade⁵¹.

Ademais, o direito natural passa a ser desvalorizado pela escola exegética, que entende que o jurista deve voltar sua atenção unicamente ao direito positivo. A inversão das relações entre direito natural e direito positivo se configura, ainda, por entender que a relevância daquele aumenta à medida que se proceda a sua positivação. Isso porque os exegetas acreditavam em uma concepção estatal e unitária do direito.

Não é exagero repetir que na escola da exegese a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei⁵². O juiz não tem de manifestar sua opinião. Ele deve buscar na lei a solução para o problema. Aliás, “sua sentença deverá ser um texto preciso da lei”⁵³.

Fica clara qual era a função do juiz exegético. Ou melhor, fica clara qual não era a sua função⁵⁴. Ao juiz não cabia interpretar a norma jurídica. Caso contrário, ao interpretar,

⁵⁰ Montesquieu, ao contrário daquilo que costumeiramente se afirma, discorreu sobre a possibilidade de interferência entre os três poderes do Estado. Cf. AZEVEDO, op. cit., p.15.

⁵¹ BOBBIO, op. cit., p. 84-89.

⁵² BOBBIO, op. cit., p.41.

⁵³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 388.

⁵⁴ Como destaca Pêpe, “uma das marcas do positivismo jurídico é a descaracterização das demais ordens normativas que foram e que são produzidas tradicionalmente”. Como resultado dessa descaracterização, tem-se a desvalorização das

estaria condicionando a norma a um sentido diferente daquele proposto pelo legislador⁵⁵.

Enfim, percebe-se que a *L'école de l'exégèse* foi uma passagem positivista de legalismo forte e com um modelo analítico-dedutivo de aplicação do direito⁵⁶. O juiz, nessa passagem, deveria se limitar a ser um mero aplicador dos ditames legais.

Além disso, necessário se faz mencionar que, ao exigir uma interpretação mecânica dos institutos jurídicos, a escola da exegese representa a separação das influências morais no direito. Assim, a moral entraria no direito apenas no processo de feitura da legislação, não podendo a decisão judicial substanciar-se em juízos subjetivistas e valorativos no ato de aplicação do direito.

3.2 O Positivismo Normativista de Kelsen

O momento normativista não ocorre logo após a derrocada da exegese francesa. Tampouco se pode afirmar que o normativismo tenha sido originariamente pensado em países com influência direta da exegese. Acredita-se, entretanto, que uma leitura comparativa entre essas escolas (exegética e normativista) facilita a compreensão da evolução do sentido jurídico positivista ao longo da história.

Inicialmente, é possível perceber que Kelsen, idealizador do positivismo normativista⁵⁷, teorizou a necessidade de um direito que conhecesse o seu próprio objeto. A chamada “Teoria Pura do Direito”⁵⁸ é fundada com o intuito de expurgar as carências e fragilidades do direito (enquanto teoria). Isto é, pretendia-se excluir da disciplina jurídica

“normas morais, religiosas e habituais que contêm fortemente conteúdos normativos próximos daqueles que o sistema jurídico trata com pretensa exclusividade”. Cf. O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

⁵⁵ BOBBIO, op. cit., p.41.

⁵⁶ NEVES, op. cit., p. 189.

⁵⁷ Streck adverte que Kelsen foi mal recepcionado por parte da doutrina brasileira, o que contribuiu para a falsa percepção de que o juiz normativista seria a “cura dos males do direito”. Cf. STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 29.

⁵⁸ É importante destacar que Kelsen não desenvolveu uma teoria do direito positivo. Logo, a pureza pretendida por Kelsen era a do direito enquanto ciência jurídica.

tudo aquilo que não lhe pertencesse⁵⁹.

Para o positivismo normativista, portanto, não importa a questão de saber como deve ser o direito. Em verdade, seu princípio metodológico fundamental é a libertação da ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estanhos (a política, a sociologia, a história, a ética ou a psicologia). Por essa razão, chama-se teoria pura do direito. É ciência jurídica e não política do direito⁶⁰.

Aliás, a matriz normativista se destaca por ser o período em que se buscou a autonomia do direito. Pretendia-se para o direito uma linguagem com conteúdo certo e adequado⁶¹, livre de interferências estrangeiras. Em outras palavras, intentava-se uma fonte científica do direito⁶², apartada de elementos externos ao ordenamento normativo.

Não seria à toa que o ideal de desenvolvimento do direito como ciência, conforme pretendido pelos normativistas, pressuporia falar em *rigor linguístico*. Isto é, a ciência não só é dependente da linguagem, mas, na verdade, é a linguagem – dotada de rigor – propriamente dita⁶³.

Objeto último do constructo normativista é a (r)estruturação dos sentidos jurídicos pela e na linguagem. Contudo, o conceito de linguagem também deveria ser (re)pensado. Logo, para um enunciado deter o rigor pretendido, ele deveria estar amparado numa linguagem sintática e semanticamente adequada⁶⁴. Em suma, um enunciado que se quer científico, quando de sua formação de sentido (sintaxe-semântica), precisa estar abrangido dentro dos limites do discurso fático. Portanto, deve, em sua essência, ser elemento

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 01.

⁶⁰ Ibid., p.01.

⁶¹ Não se pode negar, contudo, que Kelsen entendia que a linguagem-signo comportava vários significados.

⁶² Kelsen focou sua teorização na análise jurídica e, por isso, propôs o direito como ciência. Ocorre, todavia, que, diferentemente dos fatos e elementos das demais ciências, no direito todas as condutas humanas têm, em si, uma autoexplicação. Ou seja, para o direito, todo ato humano revela, por si, um sentido jurídico. A interpretação normativa é, nesse contexto, fundamental à juridicidade da ação humana (KELSEN, 1999, p. 03).

⁶³ WARAT. Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 37-38.

⁶⁴ Embora divirja, Warat reconhece a preocupação de Kelsen com os métodos de verificação científica do direito. Cf. WARAT, op. cit., p. 40-43.

verificável⁶⁵.

Depreende-se da passagem acima transcrita que o normativismo cuida da verificação semântica da linguagem, o que se traduz na possibilidade da constatação fática de dado enunciado. Para Warat⁶⁶, Kelsen se preocupou em explicitar que se uma norma é significativa – verificável faticamente – ela é, então, válida⁶⁷.

Por tudo isso, pode-se concluir que essa passagem positivista, calcada numa teoria da verdade, busca conferir certeza ao sentido dos enunciados jurídicos. Enfim, a vertente normativista se traduz na era da caça à cientificidade do direito. O êxito dessa empreitada, porém, dependeria da adoção de uma linguagem sintática e semanticamente adaptada a esse novo modo de enxergar o direito.

Eis a conhecida epistemologia da linguagem jurídica⁶⁸. Trata-se notadamente do controle metodológico-científico dos enunciados normativos. O que se explicita pela teorização da norma jurídica⁶⁹ proposta por Kelsen⁷⁰.

Para Kelsen, a ciência jurídica tem a função de conhecer o direito e de, a partir disso, descrevê-lo. A produção do direito não compete à ciência jurídica e, sim, às autoridades jurídicas (órgãos executores do direito). Assim, a função da ciência jurídica seria a de descrever o esquema de normas existente na ordem jurídica, ou seja, dizer o direito como

⁶⁵ Ao tratar de elementos verificáveis, Warat está denunciando a preocupação empírica dos enunciados jurídicos do positivismo lógico. Quer dizer, os juízos não verificáveis faticamente representariam verdades subjetivas (crenças e opiniões, por exemplo). Em última análise, o normativismo refutou aquelas significantes percebidas sem a consideração doutros elementos perceptíveis. Cf. *Ibid.*, p.42.

⁶⁶ Nota-se que Warat se opõe à proposta normativista. Para ele, mais valeria uma preocupação dogmática com a eficácia e legitimidade dos critérios de significação do sistema jurídico do que com as condições de verdade e validade da norma. Cf. *ibid.*, p. 44. Ainda, Warat entendia que a epistemologia kelsiana era falha e carecia de padrões pragmáticos, hermenêutico-críticos. Cf. *Ibid.*, p. 47. Streck, seguindo a crítica waratiana, alerta que no positivismo normativista de Kelsen a pragmática ficou relegada para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 89.

⁶⁷ WARAT, op. cit., p. 43-44.

⁶⁸ Essa passagem da linguagem comum para linguagem objetiva (científica) do direito é conseguida através do fenômeno da metalinguagem. Em verdade, seria a metalinguagem a condição (controle e explicitação) para o rigor científico do direito. Cf. WARAT, op. cit. p.49.

⁶⁹ Reitera-se, Kelsen reconhece a norma jurídica (a interpretação normativa) como sendo o elemento que confere sentido jurídico a uma ação humana. Cf. KELSEN, op. cit., p. 03.

⁷⁰ WARAT, op. cit., p. 50.

ele é⁷¹.

Para a teoria pura do direito, o objeto da ciência jurídica não é a conduta humana, mas sim, as normas jurídicas. Dito de outro modo, Kelsen entende que “a conduta humana só o é (objeto da ciência jurídica) na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”⁷².

Diga-se, existe, para os normativistas, uma ligação entre direito e moral. O direito é por essência moral, isto é, “a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da moral”. Contudo, isso não quer dizer que o direito necessariamente tem que ser moral (justo). Isso porque, “uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode ser direito”⁷³.

Kelsen teorizou acerca da existência de dois tipos distintos de ordenamento jurídicos⁷⁴. O ordenamento estático e o ordenamento dinâmico. A teoria estática tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor. Há nela uma imbricação entre a moral e o direito, pois são concebidos de maneira jusnatural⁷⁵. Quer dizer, “a norma hipotético fundamental seria o elo de validade de toda ordem jurídica”⁷⁶.

Já a teoria dinâmica, com características próprias do direito positivo, “tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito no seu movimento”. O foco é a competência para a criação e alteração normativa. A teoria dinâmica também é dirigida às normas que regulam a produção e a aplicação do direito⁷⁷. Na perspectiva

⁷¹ KELSEN, op. cit., p. 81.

⁷² Ibid., p. 79.

⁷³ Ibid., p. 72.

⁷⁴ Bobbio, por sua vez, reconhece a escola do positivismo normativista a partir de três características fundamentais que transformam o direito em um ordenamento e, portanto, em “uma entidade nova, distintas das normas singulares que o constituem”. São elas a *unidade*, a *coerência*, a *completude*. Op. cit. p 198. A unidade diz respeito ao modo pelo qual as normas são postas. É, portanto, uma unidade formal. Já para os jusnaturalistas, a unidade é relativa ao conteúdo das normas, ou seja, é uma unidade material. Op.cit., p. 199.

⁷⁵ KELSEN, op. cit., p. 79.

⁷⁶ MORAIS, op. cit., p. 25.

⁷⁷ KELSEN, op. cit., p. 79.

dinâmica, a norma é válida se for criada por um agente competente, cuja autoridade decorreria de normas de competência. Logo, tanto o legislador quanto o juiz teriam competência para criar normas.

O jusnaturalismo, por sua vez, concebe o direito como um sistema unitário, no qual as normas podem ser deduzidas de um sistema lógico até que se chegue a uma norma geral. A propósito, essa é a “base de todo o sistema e que constitui um postulado moral autoevidente”. Para os juspositivistas, destarte, o direito se constitui em um sistema unitário. Suas normas são postas pela mesma autoridade e, dessa forma, podem retornar à mesma fonte de origem⁷⁸.

Como visto, a teoria da norma fundamental é idealizada como a base do ordenamento jurídico, com capacidade de fechar o sistema e garantir a almejada unidade formal do ordenamento. Essa norma fundamental “cria a suprema fonte do direito” e não pode ser verificada positivamente, pois “trata-se de uma hipótese da qual se parte no estudo do direito”⁷⁹.

Para “fechar o sistema” e não fazê-lo derivar do fato, Kelsen considera o poder constituinte como autorizado por uma norma fundamental, pois “se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser⁸⁰, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo esse sentido objetivo”⁸¹.

Os contributos de Kelsen permitem conceber o Direito, quando da sua aplicação, como um processo complexo. O Direito seria como uma moldura, um quadro, com diferentes possibilidades de significações (normas), as quais só poderiam ser dirimidas pela

⁷⁸ BOBBIO, op. cit., p. 199.

⁷⁹ Ibid., p.200-201.

⁸⁰ A “distinção” entre ser e dever-ser é ponto crucial no normativismo kelsniano. Veja-se, por exemplo, que num contrato de obrigação uma das partes desempenha o ser, uma vez que ela espera da outra uma ação e, então, um dever-ser. Assim, a norma, para Kelsen, não é mero acontecimento, pois, dela se retira um dever-ser, um sentido jurídico. Op. cit., p.04.

⁸¹ Ibid., p. 09.

interpretação⁸².

Ademais, é pela interpretação normativa que se encontra a validade do direito (enquanto teoria pura). Em outros dizeres, a validade jurídica pressupõe um dever-ser⁸³. Outro ponto chave de Kelsen é a noção de licitude e ilicitude e sua relação com a interpretação normativa. Para o autor, a norma implica ao sujeito um dever, fazer ou deixar de fazer, eivado de juridicidade⁸⁴.

De tal sorte, Kelsen, em sua teoria pura do direito, propõe um escalonamento do próprio ordenamento jurídico, com sobreposição de normas jurídicas. Nele, normas inferiores resultariam de atos controlados por norma hierarquicamente superior. Isto é, esta precederia e vincularia o âmbito daquelas. Adverte-se, no entanto, para uma determinação inacabada e não absoluta pela norma superior, de modo que esta representaria sempre, no ato de produção ou execução normativa, o “caráter de um quadro” com certa margem de livre apreciação, cujo acabamento dependeria também dos próprios critérios do artista (leia-se juiz o tribunal)⁸⁵.

A ser assim, a moldura normativista denota um juiz livre para decidir. Em outras palavras, no interior da norma fundamental existem várias possibilidades de aplicação do direito. Desse modo, para Kelsen, o direito é todo “ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível”⁸⁶.

Por isso, a interpretação conduziria sempre a um resultado possível. A interpretação, no entanto, não tem o condão de oferecer um único resultado correto. Para Kelsen, a

⁸² Para Kelsen, a interpretação é uma “operação mental que acompanha a aplicação do direito”. Essa aplicação pode se dar em dois níveis diferentes. Em primeiro lugar, tem-se a interpretação do direito pelo órgão encarregado de aplicá-lo. Num segundo instante, essa interpretação não mais é realizada pelo órgão judicante e, sim, pela Ciência do Direito. *Ibid.*, p. 387-388. Destarte, cogita-se que Kelsen percebeu que interpretar e aplicar são dois elementos existentes no empreendimento jurídico e, como tais, fazem parte de um mesmo processo (evolutivo e conexo).

⁸³ KELSEN, *op. cit.*, p. 07.

⁸⁴ O caráter impositivo da norma jurídica é condicionado pela coerção. Por esta, o indivíduo sabe que tem o poder-dever de atuar de determinado modo, evitando os resultados indesejados pela norma jurídica, sob pena de assumir os efeitos de sua ação. Há que se ressaltar, também, que o dever jurídico-normativo impõe ao sujeito (de direito) um poder-dever, mas que quanto à imposição negativa, deixar de fazer, o sujeito está vinculado apenas a um dever, excluindo-se dele a possibilidade conferida ao indivíduo que pratica positivamente uma ação. *Ibid.*, p. 82-83.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 387-388.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 390.

questão de saber qual das possibilidades a aplicar, dentro da moldura, é a correta, é uma preocupação que deve ocupar a política de direito e não a sua teoria⁸⁷.

À vista disso, Kelsen admite que o juiz tenha certa liberdade para “criar” o direito. Esse poder criacional do juiz torna a aplicação da lei uma função voluntária, transformando o mandamento judicial em uma das possibilidades a preencher a moldura.

Assim, a aplicação do direito feita por um órgão jurídico reflete na combinação da interpretação cognoscitiva do direito a aplicar, que só é obtida através de uma operação do próprio conhecimento, com o ato de vontade do juiz. Esse ato de vontade se revela na escolha de uma das possibilidades encontradas na mesma interpretação cognoscitiva. “Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada”⁸⁸.

A liberdade do órgão judiciário para criar o direito, através de um ato de vontade, respaldado por uma interpretação cognoscitiva do órgão, abre caminho para normas que não se tratam de direito positivo, como moral, política e justiça. Porém, como essas normas não resultam do direito positivo (ciência do direito), e, aliás, por ele são caracterizadas negativamente, “nada pode se dizer sobre a validade ou verificabilidade⁸⁹ do ponto de vista da ciência do direito”⁹⁰.

A criação do direito por um órgão executor é autêntica e se dá pela interpretação. É justamente esse poder de criação do direito que separa a interpretação feita por um órgão jurídico de todas as outras⁹¹.

É importante destacar a existência de dois tipos de interpretação em Kelsen: i) a interpretação feita por um órgão jurídico, eivada de discricionariedade e externada através

⁸⁷ Ibid., p. 393.

⁸⁸ Ibid. p. 394.

⁸⁹ Explica-se que, para Kelsen, “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” Cf. *ibid.*, p. 393.

⁹⁰ Ibid., p. 393.

⁹¹ Ibid., p. 394-395.

de um ato de vontade do julgador⁹², que cria direito novo; ii) a interpretação da ciência jurídica. Esta, por se turno, tenta obter o maior grau possível de segurança jurídica, buscando conhecer o sentido das normas jurídicas. Isso porque a interpretação feita pela ciência do direito não é criação jurídica. Na realidade, “é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”. Aliás, Kelsen deixa claro que a teoria pura do direito repudia a ideia de se obter direito novo a partir da interpretação cognoscitiva⁹³. Em complemento, a interpretação feita pela ciência jurídica seria incapaz de preencher as lacunas da moldura, razão pela qual Kelsen delega tal tarefa (a de criação jurídica) ao órgão aplicador do direito.

A interpretação jurídico-científica, com efeito, deve apenas estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Assim, o fruto do seu conhecimento revelará as possibilidades de aplicação desta. A aplicação, contudo, somente pode ser realizada por um órgão jurídico competente para escolher uma das possibilidades reveladas⁹⁴.

Percebe-se, face à plurissignificação da maioria das normas jurídicas, que a busca pela correta interpretação normativa não é objeto da ciência jurídica desenvolvida por Kelsen. Entretanto, através da interpretação jurídico-científica, é plausível que se obtenha o maior grau de segurança jurídica, pois “pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas”⁹⁵.

Conjectura-se, derradeiramente, haver um nítido paradoxo em Kelsen. Preocupado exclusivamente com a pureza do direito, Kelsen retira o rigor de sua teoria ao permitir que o juiz, mediante um ato de vontade, proveniente de sua interpretação cognoscitiva, crie direito. Assim, toda a rigidez metodológica defendida em sua teoria pura do direito

⁹² Na visão kelsiniana é essencialmente “através deste ato de vontade (que) se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica” Cf. *Ibid.* p. 394.

⁹³ *Ibid.*, p. 395.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 395

⁹⁵ *Ibid.*, p. 396-397.

desaparece, abrindo espaço para a utilização da moral, da justiça, da política (dentre outros elementos que não são objeto de conhecimento científico do direito) em um único momento: na decisão judicial.

Não obstante a isso, os poderes estatais, com o advento do Estado democrático de direito, novamente sofrem significativas alterações. As transformações sociais e a necessidade de políticas públicas efetivas à sociedade, somadas à institucionalização dos textos constitucionais, contribuíram para o engrandecimento do poder judiciário, o *plus normativo* apontado nos trabalhos de Lenio Streck.

O Judiciário passou a ser, nesse sentido, o canal por onde escoam os litígios e demanda da sociedade contemporânea⁹⁶. O conceito de direito agora, sabe-se, gira em torno da diferenciação norma-regra e norma-princípio, encampada especialmente pelo jurista alemão Robert Alexy⁹⁷.

Pode-se concluir que o positivismo exegético separava direito e moral, confundia texto e norma, lei e direito, ou seja, proibia a interpretação. O positivismo normativista relegou o problema da interpretação a uma questão menor, pois para essa escola o problema do direito estava “nas condições lógico-deônticas de validade das normas jurídicas”⁹⁸. Já o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo), na sua perspectiva metodológica, sustenta a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais⁹⁹.

Nesse sentido, Streck defende que existem apenas seis hipóteses em que uma lei pode deixar de ser aplicada, a) quando a lei é inconstitucional; b) quando for o caso de

⁹⁶ STRECK, op. cit., p. 45.

⁹⁷ Para Streck, o juris alemão, Alexy, se vale, até certo ponto, dos ideais exegéticos. A crítica do autor é pontual e diz respeito à solução dos *easy cases* via subsunção. Segundo ele (Streck), o autor alemão, nos casos fáceis, crê na suficiência ôntica da lei. Ou seja, Alexy, segundo propõe o crítico Gaúcho, acredita que em tais casos, em que os dispositivos normativos forem claros, a prolação da decisão judicial não exigiria do magistrado nada além de mera aplicação subsuntiva dos ditames legais. Enfim, esse magistrado alexiano, para Streck, apresenta semelhanças com o juiz boca da lei do positivismo exegético. Cf. *Ibid.*, p.30.

⁹⁸ Streck, op. cit., p. 13.

⁹⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*. Trad. de Miguel Carbonell. n. 16. 2002, p. 101.

resolução de antinomias; c) se for possível uma interpretação da lei conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) no caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto; f) no caso do confronto entre regra e princípio¹⁰⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprindo com objetivos propostos, buscou-se problematizar o conceito de positivismo jurídico. Tal estudo é atualmente necessário uma vez que possibilita a construção de um arcabouço teórico básico para compreender fenômenos vivenciados no direito contemporâneo.

Como se viu, o pensamento positivista sustentou, ao menos originariamente, especialmente na passagem exegética, a crença da concretude e da necessidade de respeito ao ordenamento jurídico, encontrando no Estado-Legislator a legitimidade da lei e, conseqüentemente, o sentido das fontes do direito. O juiz, nesse enredo, deveria limitar-se a reproduzir os dizeres escriturados na lei.

Noutro giro, extrai-se do momento normativista, sobretudo em Kelsen, que o direito deveria ser compreendido em dois níveis distintos (o da teoria e o da aplicação). Pregava-se, enquanto teoria, a desvinculação do direito com qualquer elemento estrangeiro. Blindou-se, de tal modo, a teoria do direito de qualquer interferência moral. A ótica é outra quando da aplicação e materialização do direito. Nela, admitia-se certa maleabilidade da norma jurídica, sendo o ato de vontade do juiz o sangradouro à manifestação moral no direito.

Em última análise, ao juiz exegeta era proibido criar o direito. A aplicação do direito deveria ser uma reprodução da lei. Portanto, a autonomia do juiz, na construção de sentido jurídico, representaria ofensa à legalidade do direito. O juiz normativista, por sua vez, foi concebido como um criador necessário de direitos. A norma jurídica, por apresentar a

¹⁰⁰ Streck, op. cit., p. 14-15.

autossuficiência da lei exegética, reclamava um artista com liberdade para preencher a moldura jurídica. Por derradeiro, no desempenhar da função criacional, o juiz normativista estaria preenchendo a moldura com a possibilidade que o seu ato de vontade apontou ser a (mais) correta. Isto é, seria a retomada da moral como fonte do direito ou, no mínimo, como elemento de interferência na tomada de decisões e materialização de direitos.

Embora não tenha sido objeto central de pesquisa, é de se notar que o advento do constitucionalismo, pós-segunda guerra, representa nova transição do modelo de direito. Nele, teoricamente falando, não se comunga com o enrijecimento do ordenamento jurídico e tampouco com sua banalização (abertura desmedida para juízos morais). Na verdade, a passagem desse constitucionalismo tem nos textos constitucionais e no zelo aos direitos fundamentais a expressão da razão jurídica. Todavia, se está longe de encontrar um consenso a respeito do conceito e alcance das fontes do direito (constitucionalista) contemporâneo.

Além disso, com a supervalorização dos princípios jurídicos, a separação entre direito e moral ganha novos contornos, alcançando debates sobre os limites e a legitimidade da atuação jurisdicional. A esse respeito, e a título de provocação para a sequência da pesquisa, o artigo 5º da CRFB/88 bem representa a miscigenação de teorias jurídicas influentes no atual modelo de direito. De um lado, e para alguns, fica clara a influência positivo-legalista na escrituração taxativa dos direitos fundamentais. De outro, o §2º do dispositivo constitucional supracitado, ao prever a abertura de reconhecimento material dos direitos fundamentais, remonta, de certa forma, aos ideais *iusnaturalistas*.

Ou seja, ora os dizeres constitucionais fecham a interpretação e aplicação do direito, ora flexibilizam-nas, denotando, ainda hoje, diferentes níveis de interferência moral no direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**. Trad. de Miguel Carbonell. n. 16. 2002.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à **filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MOLLER, Marx. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 346p.

NEVES, António Castanheira. Digesta. **Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 206, p. 27 – 278.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em www.univali.br/periodicos.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

THOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Método jurídico e interpretação do Direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 9, n. 2, jul-dez. 2013.

O DIREITO DOS ANIMAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Fernanda Andrade¹

Neuro José Zambam²

INTRODUÇÃO

A aproximação entre “o direito dos animais e a jurisdição constitucional”, tema desta pesquisa, reclama a formação de horizontes prévios de compreensão: (1) a possibilidade de titularização de direitos pelos animais; (2) a existência de proteção constitucional aos animais; e (3) a jurisdição constitucional como possibilidade de uma Constituição dirigente e compromissária, em prol dos direitos dos animais.

A possibilidade de titularização de direitos pelos animais põe em evidência e questionamento as pré-compreensões de que o ser humano seria o único titular de direitos; que as interações realizadas entre o ser humano e os animais seriam interações entre um sujeito de direito e um objeto de direito; que os animais seriam coisas, objetos humanos, seres a serviço da humanidade; e que os animais não possuem valor intrínseco, não são fins em si, mas seu valor seria instrumental, utilitário.

O artigo 225 da Constituição Federal oferece proteção e vedação à crueldade contra os animais. Em razão do seu conteúdo, inválida seria a produção legislativa regulamentando qualquer tipo de instrumentalização animal; contudo, não é essa a realidade. Constantemente, entram em vigor leis que retrocedem na proteção constitucional

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS; Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo; Advogada; e-mail: fernandaandrade.pf@gmail.com.

² Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos; Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e da Graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: nzambam@imed.edu.br. Passo Fundo, RS, Brasil.

conferida, exigindo o exercício da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional possui forte relação com o caráter dirigente e compromissário da Constituição Federal, por seu papel decisivo na defesa e na implementação de direitos constitucionalmente previstos. Essa relação carrega implícita a tensão relacionada à legitimidade do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Poder Legislativo, eleito democraticamente pelo povo.

O tema – tormentoso, atual e de necessário enfrentamento – questiona a possibilidade de proteção e efetividade do direito dos animais, materializados no texto da Constituição, através do exercício da jurisdição constitucional. A hipótese para o problema surge, inicialmente, como verdadeira. Os horizontes prévios de compreensão acima descritos constituem o caminho a ser percorrido e os objetivos de investigação deste trabalho. O estudo utiliza, como critério metodológico, o método dedutivo. A técnica utilizada será a pesquisa bibliográfica e legislativa.

2. OS ANIMAIS COMO TITULARES DE DIREITOS

A atribuição de um sentido para a condição jurídica dos animais não encontra coesão. Esse item dedica-se a investigar quais os critérios utilizados tradicionalmente pela doutrina para o reconhecimento do ser humano como sujeito de direito e, a partir desse critério, verificar a possibilidade de enquadramento dos animais nessa categoria.

Inicialmente, é necessário diferenciar as categorias jurídicas de pessoa e sujeito de direito, irrefletidamente equiparadas em grande escala na doutrina civilista. Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem toda a pessoa, para o direito, é um ser-humano. Sujeito de direito – centro de imputação de direitos e obrigações – é um gênero que abarca entes personificados (pessoas naturais/seres-humanos – e pessoas jurídicas) e entes despersonificados (nascituros, massa falida, condomínio, herança vacante e vacante). Pessoa e sujeito de direito, portanto, não são categorias equivalentes. Com essa compreensão, é possível, juridicamente, perquirir acerca

dos animais como sujeitos de direito despersonalizados³.

Dito isso, uma breve digressão pelos manuais de direito civil, aponta que a o critério da legalidade e o critério da autonomia moral são recorrentes para o reconhecimento do ser humano como sujeito de direito.

Para o critério da legalidade⁴, sujeito de direito é aquele que a legislação diz que é. No entanto, a legalidade, por si só, permite que um direito injusto e imoral seja válido e legítimo. É o que se verifica na doutrina de Hans Kelsen⁵, que buscou conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios – a norma. Para Kelsen, método e objeto deveriam ter o enfoque normativo, totalmente separado da moral e da política – “princípio da pureza” –, o que poderia dar ao jurista uma autonomia científica⁶.

A existência específica da norma, nesse viés, é a sua validade. A norma vale não porque é justa ou porque é eficaz a vontade que a instituiu, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade (e com um mínimo de eficácia), numa série finita que culmina numa “norma fundamental”. O conteúdo da norma é irrelevante para a definição da validade⁷.

A validade e a legitimidade de um direito sem preocupação com o conteúdo de suas normas, pode representar a imposição do racismo, do nacionalismo, do sexismo, etc., presentes no regime nazista, nos ordenamentos jurídicos escravocratas, nas legislações que não reconhecem (ou não reconheciam) as mulheres, os idosos, as crianças, os desprovidos de posses, os deficientes físicos, etc., como sujeitos de direito.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴ João Franzen de Lima, afirma que sujeito de direito “é o ente a quem a ordem jurídica assegura” (LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. 7.ed. V.1: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 133). Washington de Barros Monteiro, diz que o direito subjetivo é uma “faculdade reconhecida à pessoa pela lei” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 35.ed. V.1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 04). E, no mesmo sentido, Paulo Dourado de Gusmão refere que o direito subjetivo é o “poder de agir, garantido pela norma jurídica” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 250). O critério adotado por esses autores, como facilmente se identifica, é o da lei; sujeito de direito é aquele que a legislação diz que é.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

⁶ “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 01).

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Para exemplificar essa realidade com um dado pátrio, a Constituição do Império, de 1824, extinguiu as penas de galés e açoites, mas o Código Criminal do Império reprimiu os castigos. O Código, no entanto, não foi considerado inconstitucional, por dois motivos: porque o controle de constitucionalidade era feito pelo Poder Legislativo e isso não funcionou no Império; e porque a Constituição somente se aplicava às pessoas e não às coisas. Escravos eram *res*. Sobre isso, afirmou Lenio Luiz Streck: “estás envergonhado de nosso Direito de antanho? Pois, por certo, daqui há 50 anos, poderemos dizer isso sobre o tratamento dado hoje ao direito dos animais”⁸.

As “as aproximações realizadas entre o fenômeno do especismo⁹ com os do racismo, nacionalismo ou sexismo não devem ser interpretadas como equalizando, em sentido literal e absoluto, homens e não-homens”¹⁰. O que se pretende evidenciar é que todos esses fenômenos são formas de discriminação e partem da falsa noção de que características moralmente irrelevantes (raça, sexo, nacionalidade, espécie, etc.), possam ser utilizadas para subjugar seres com interesses e torná-los meros objetos.

O critério da legalidade, portanto, não é um critério seguro. Afirmar que um sujeito de direito é aquele que a lei diz que é, significa a possibilidade de condicionar essa categoria jurídica ao império do poder e da força e de impor um direito injusto.

Outro critério identificado é o da autonomia moral¹¹; o ser humano é merecedor de dignidade e respeito porque é um ser racional e autônomo, capaz de pensar e de escolher livremente fazer o que é moralmente certo. Essa noção é atribuída à Immanuel Kant.

Kant¹² afirma que duas coisas lhe encham o ânimo de admiração e veneração: “O céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim”. A primeira se refere à conexão entre o mundo exterior dos sentidos até o imensamente grande (“mundos sobre mundos e sistemas de sistemas”); a segunda começa no seu “eu”, na personalidade, e expõe-lhe no

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Quem são esses cães e gatos que nos olham nus?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-que-sao-caes-gatos-olham-nus>>. Acesso em 03 Nov. 2015.

⁹ “Especismo” é um termo cunhado em 1970, por Richard Ryder, e pode ser traduzido como o preconceito ancorado no pertencimento ou não a uma espécie, para a admissão ou negação de direitos.

¹⁰ LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 532.

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 232.

¹² KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 183-184.

mundo. Se o ser humano é capaz de ser livre, deve ser capaz de agir não apenas de acordo com uma lei imposta, mas de acordo com a lei moral outorgada por ele próprio, produto da sua razão. Para Kant, o ser humano não é apenas um ser que obedece aos estímulos de dor e prazer de seus sentidos, mas é, também, um ser racional, que pode determinar sua vontade independentemente dos ditames da natureza ou de sua inclinação. Embora não tenha sido o primeiro filósofo a sugerir que os seres humanos raciocinam, sua noção de razão, assim como suas concepções de liberdade e moralidade são especialmente rigorosas, repudiando o papel subalterno e instrumental da razão, como escrava das paixões¹³.

A autonomia kantiana pressupõe o ser humano como agente racional. Por meio da autonomia, cada pessoa teria uma bússola que permitiria dizer o que é consistente e o que é inconsistente com o dever¹⁴. Para Kant, se uma ação for boa em si, em sintonia com a razão, em obediência à lei moral, está-se diante de um “imperativo categórico”¹⁵, que deve pautar a interação entre os “agentes morais” (pessoas), que se distinguem de tudo aquilo que existe¹⁶.

Toda a retórica kantiana, no campo da moral, se fundamenta na racionalidade humana. As demais criaturas estariam alijadas de quaisquer considerações de ordem ética ou moral. Avançando-se nessa concepção, surge a distinção entre seres que seriam fins em si próprios (pessoas) e seres que teriam valoração apenas relativa, de meios ou instrumentos destinados a fins subjetivos (coisas). Esse mundo de Kant é um mundo marcado pela dominação, em que a razão deve enfrentar a natureza, com o homem como senhor do universo e dominador de todas as coisas; os seres que são coisas devem ser sujeitados aos interesses individuais das pessoas¹⁷.

Kant nega qualquer obrigação para com os animais, considerando-os seres sem

¹³ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Título original: *Justice*. 13.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014, p. 150-151.

¹⁴ SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 560.

¹⁵ SANDEL, **Justiça**, p. 151-156.

¹⁶ LOURENÇO, **Direito dos animais**, p. 314.

¹⁷ LOURENÇO, **Direito dos animais**, p. 233-235.

racionalidade e sem aptidão de autonomia. Os agentes morais, para Kant, são livres para usá-los; contudo, devem evitar crueldades – não com fundamento nos animais em si –, mas por interesse humano de não se tornar cruel – dever indireto. Dentre as críticas à teoria dos deveres indiretos, pode-se apontar que “a tese parte da premissa de que haveria uma nítida linha divisória entre animais e pessoas e que, por esse motivo, animais seriam meras ‘coisas’. Por que razão haveria de se concluir que o fato de matar animais tenderia a brutalizá-las?¹⁸”.

Entre as várias objeções feitas à teoria kantiana, também está o fato de que os conhecimentos comportamentais e biológicos atuais permitem afirmar que os animais possuem níveis de consciência, capacidade para julgamentos e certa autonomia – “possuem preferências e agem de modo a satisfazê-las a todo instante”¹⁹.

Sob outro aspecto, nem todos os humanos são plenamente racionais e autônomos, como, por exemplo, bebês, portadores de deficiências mentais severas, senis, etc. (casos marginais)²⁰. Não possuindo absoluta racionalidade e autonomia, de acordo com Kant, os deveres para com eles seriam apenas “deveres indiretos”²¹.

Se, por acaso, Kant afirmasse que eles também são “fins em si mesmos”, então as características de racionalidade e autonomia não poderiam servir de base para o *status* de agente moral (sujeito de direitos). Kant, então, teria de negar esse *status* a esses seres humanos, da onde se conclui que há uma falha estrutural na sua fundamentação. Se é o fato de que os humanos são racionais (ou autônomos, ou conscientes, ou possuem linguagem) que permite negar o *status* moral aos animais, então, analogamente, ter-se-ia

¹⁸ LOURENÇO, **Direito dos animais**, p. 233-235, 297, 316, 323.

¹⁹ LOURENÇO, **Direito dos animais**, p. 318-319.

²⁰ “Mas a maioria de nós acredita que pessoas mentalmente incapazes (demasiadamente débeis, jovens ou velhas) têm um direito à proteção contra a exploração, contra o tratamento desrespeitoso e degradante, e contra toda a ordem de abusos. Então, como atribuir um status moral a retardados graves e não aos animais, uma vez que, no que tange ao desenvolvimento mental, à habilidade comunicativa observável e a uma vida emocional, tais pessoas deficientes são incomparavelmente inferiores a muitos animais? Uma vaca é mais racional que um bebê. Um porco tem mais inteligência, capacidade mental e entendimento do mundo que uma criança recém-nascida” (NACONECY, Carlos. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 163).

²¹ LOURENÇO, **Direito dos animais**, p. 313-323.

que negá-lo a todos os humanos desprovidos de tais características²².

Verifica-se, assim, que nem o critério da legalidade, nem o critério da autonomia moral, apontados pela doutrina pátria, são capazes de albergar todos os seres-humanos; ambos são falhos, não são bons critérios. E, verificando-se que tais critérios não contemplam todos os seres-humanos, não se pode insistir que esses são critérios para o reconhecimento dos sujeitos de direito.

Prosseguindo-se na busca, chega-se ao critério da sciência. Carlos Naconecy²³ explica que um ser senciente tem capacidade de sentir, importa-se com o que sente, e experimenta satisfação e frustração. Seres sencientes percebem ou estão conscientes de como se sentem, onde e com quem estão e como são tratados. Possuem sensações como dor, fome e frio; emoções relacionadas com aquilo que sentem, como medo, estresse e frustração; percebem o que está acontecendo com eles; são capazes de apreender com a experiência; são capazes de reconhecer seu ambiente; têm consciência de suas relações; são capazes de distinguir e escolher entre objetos, animais e situações diferentes, mostrando que entendem o que está acontecendo em seu meio; avaliam aquilo que é visto e sentido, e elaboram estratégias concretas para lidar com isso. Importa dizer, sciência não é o mesmo que sensibilidade; organismos unicelulares, vegetais, etc., apresentam sensibilidade, mas não sciência. Seres sencientes interpretam as sensações e informações que recebem do ambiente por meio de cognição (razão) e emoções.

A “sciência é um pré-requisito para se ter interesses”²⁴. Rudolf von Jhering²⁵ afirmou que o direito subjetivo assegura a proteção de interesses; logo, interesse é tutelável e é direito. O elemento interesse na essência da noção de sujeito de direito torna essa noção capaz de albergar toda uma esfera de seres com interesses tuteláveis. Por essa compreensão, todo o ser vivo senciente é apto a ser sujeito de direito, categoria na qual,

²² LOURENÇO, *Direito dos animais*, p. 321-322.

²³ NACONECY, *Ética & animais*, p. 117.

²⁴ NACONECY, *Ética & animais*, p. 178.

²⁵ JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 57.

por esse critério, estão incluídos todos aqueles que são ou podem ser excluídos pelos critérios da legalidade e da autonomia moral.

Dessa forma, a utilização do critério da senciência para a definição dos sujeitos de direito, ao mesmo tempo em que possui o condão de abarcar todos os seres humanos, implica, necessariamente, no reconhecimento, como sujeitos de direito, de todos os seres sencientes como os seres humanos, incluindo-se todos os animais sencientes. A propósito, a Declaração de Cambridge, de 2012, firmada por cientistas de instituições como a Universidade Stanford, o Massachusetts Institute of Technology e o Instituto Max Planck, proclamou ser indubitável que todos os mamíferos, aves, peixes, répteis e alguns invertebrados ostentam consciência²⁶. Afastar os animais não-humanos do reconhecimento como sujeito de direitos, assim, seria uma adesão ao especismo, que, como dito, é um critério tão arbitrário quanto o racismo, o nacionalismo ou o sexismo.

A senciência é o critério adotado pela Ética Animal²⁷. Peter Singer²⁸, a partir da senciência, constrói o princípio da “igual consideração de interesses”, explicando, em sua obra “Libertação Animal”:

Há importantes diferenças óbvias entre os humanos e os outros animais, e estas diferenças devem traduzir-se em algumas diferenças nos direitos que cada um tem. Todavia, o reconhecimento deste fato não constitui obstáculo à argumentação a favor da ampliação do princípio básico da igualdade aos animais não humanos. As diferenças que existem entre homens e mulheres também são igualmente inegáveis, e os apoiantes da Libertação das Mulheres têm consciência de que estas diferenças podem dar origem a diferentes direitos. Muitas feministas defendem que as mulheres têm o direito de praticar o aborto através de simples pedido. Não se conclui daqui que, uma vez que estas feministas defendem a igualdade entre homens e mulheres, deverão igualmente apoiar o direito dos homens ao aborto. Como os homens não podem praticar o aborto, não faz sentido falar do direito masculino à prática do aborto. Uma vez que os cães não podem votar, não faz sentido falar

²⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Bases de sustentação da ecologia profunda e a ética animal aplicada (o caso Instituto Royal). In: BOFF, Salete Oro; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; TRINDADE, Andre Karan (Orgs.). **Direito, democracia e sustentabilidade**: anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: Imed Editora, 2013. P. 34-64.

²⁷ “[...] a expressão ‘Ética Animal’ (do inglês Animal Ethics), que deve ser interpretada pelos leitores como a forma elíptica de ‘ética do tratamento dos animais (não-humanos) por parte dos humanos’. A Ética Animal, como um subcampo da Bioética ou da Ética Ambiental, constitui-se assim num ramo da Ética Aplicada” (NACONECY, **Ética & animais**).

²⁸ SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 05, 14-15.

do direito canino ao voto. Não há razão para tanto a Libertação das Mulheres como a Libertação Animal se envolverem nestas discussões absurdas. A extensão do princípio básico da igualdade de um grupo a outro não implica que devemos tratar ambos os grupos exatamente da mesma forma, ou conceder os mesmos direitos aos dois grupos, uma vez que isso depende da natureza dos membros dos grupos. O princípio básico da igualdade não requer um tratamento igual ou idêntico; requer consideração igual. A consideração igual para com os diferentes seres pode conduzir a tratamento diferente e a direitos diferentes. [...] Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante – na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada - de um outro ser qualquer. Se um ser não é capaz de sentir sofrimento, ou de experimentar alegria, não há nada a ter em conta. Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente correta, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros.

O princípio da igualdade dos seres humanos não é a descrição de uma igualdade de fato, mas a prescrição de como devemos tratar os seres humanos. A defesa da igualdade humana não depende da inteligência, da capacidade moral, da força física, etc., mas da capacidade sofrer, que deve conferir a um ser igual consideração. A igual consideração de interesses deve ser aplicada também aos membros de outras espécies, posto que demarcar essa fronteira com outras características seria arbitrário, possibilitando escolher alguma característica como a cor da pele. Assim, a senciência é necessária e suficiente para assegurar que um ser possui interesses – no mínimo o de não sofrer²⁹.

Tom Regan, também a partir do critério da senciência, apresenta a compreensão dos animais como “sujeitos de uma vida”, com valor inerente, como expõe em sua obra “Jaulas Vazias”³⁰:

O que eu tinha aprendido sobre direitos humanos provou ser diretamente relevante para a minha reflexão sobre os direitos animais. Se os animais têm direitos ou não depende da resposta verdadeira a uma pergunta: Os animais são sujeitos-de-uma-vida? Esta é a pergunta que precisa ser feita sobre os animais porque é a pergunta que precisamos fazer sobre nós. Logicamente não podemos nos colocar diante do mundo e declarar: O que esclarece o porquê de termos direitos iguais é o fato de sermos todos igualmente sujeitos-

²⁹ SINGER, **Libertação animal**, p. 09, 13, 15.

³⁰ REGAN, Tom. **Jaulas vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 65-66.

de-uma-vida; mas outros animais, que são exatamente como nós enquanto sujeitos-de-uma-vida, bem, eles não têm nenhum direito! [...] Então, eis a nossa pergunta: entre bilhões de animais não-humanos existentes, há animais conscientes do mundo e do que lhes acontece? Se sim, o que lhes acontece é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isso, quer não? Se há animais que atendem a esse requisito, eles são sujeitos-de-uma-vida. E se forem sujeitos-de-uma-vida, então têm direitos, exatamente como nós. Devagar, mas firmemente compreendi que é nisso que a questão sobre direitos animais se resume.

A compreensão dos animais como sujeitos de direito, com a adoção do critério da sentiência, importa, não em garantir melhorias nas condições de tratamento aos animais, quando instrumentalizados, mas no questionamento direto sobre o direito (humano) de utilizar qualquer ser (humano ou não-humano), para seus fins. O reconhecimento dos animais como sujeitos de direito implica que se leve em consideração seus interesses de vida, liberdade e integridade física e psíquica. Embora eventualmente legal, a instrumentalização e violência contra os animais para pesquisas, vestuário, alimentação, rituais religiosos e entretenimento, desconsidera esses interesses.

Eis a questão que se apresenta: o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito (despersonalizados) implica no reconhecimento de direitos para os animais para além do que a legislação prevê ou que, por vezes, lhes nega – vida, liberdade e integridade física e psíquica. Trata-se de uma mudança compreensiva, ainda não realizada pela maioria dos seres humanos, nem pelo direito.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS ANIMAIS

O direito é um complexo sistema, que possui na Constituição Federal sua principal fonte. Fonte é origem, é princípio, é causa. A metáfora das fontes é utilizada em grande escala nos manuais de direito, pois, assim como “a água verde de fontes, o direito também surgiria de algo”³¹.

³¹ COELHO, *Curso de direito civil*, p. 27.

A Constituição Federal, nos artigos 23, inciso VII³² e 225, inciso VII³³, prevê que as três esferas do poder público possuem competência para preservar a fauna; que “todos” possuem o direito ao meio ambiente equilibrado, “essencial à sadia qualidade de vida”; e, ainda, que incumbe ao poder público proteger a fauna, ficando “vedadas” as práticas que “submetam os animais à crueldade”.

Tais dispositivos constitucionais implicam no estabelecimento de um dever constitucional de preservação. O artigo 225 apresenta um direito e um dever, tanto do Estado quanto da coletividade, de prestar e defender a proteção ambiental. Emerge do dispositivo constitucional um princípio de convivência de todas as formas de vida.

O inciso VII do § 1º do artigo 225 apresenta um caráter defensivo e prestacional, de proteção aos animais e de vedação à crueldade. Trata-se de uma linha de conduta que, como norma constitucional, fundamenta o Estado Democrático de Direito e promove uma consciência social. A vedação constitucional à crueldade concebe uma identificação dos animais com interesses próprios e autônomos dos humanos. Esta prescrição é o ponto de partida principal para a defesa do direito dos animais no direito brasileiro atual, em face da qual não seria possível admitir qualquer tipo de exploração institucionalizada dos animais sem violação da norma constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁴, em recente trabalho que aborda a vinculação entre os direitos fundamentais e a dignidade, afirma que todas as concepções que sustentam a dignidade como

³² Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

[...]

³³ 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

[...]

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25-38.

atributo exclusivo da pessoa humana, encontram-se sujeitas à crítica de um “excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade [...] ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos”.

Sarlet considera um “desafio fascinante” sustentar a “dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana”. O autor afirma haver uma “tendência contemporânea” à proteção constitucional da fauna e da flora, inclusive contra atos de crueldade praticados pelo ser humano. Essa proteção demonstra que a comunidade humana vislumbra, em determinadas condutas praticadas em relação a outros seres vivos, “um conteúdo de indignidade”.

Ainda, Sarlet destaca que nem todas as medidas de proteção da natureza não humana têm como fim assegurar aos seres humanos sua vida com dignidade, mas dizem com a proteção da vida por si só, o que “resulta evidente que se está a reconhecer à natureza um valor em si, isto é, intrínseco”. O autor também afirma que o reconhecimento de uma dignidade da vida para além da humana não necessariamente conflita com a noção de dignidade (própria, diferenciada e não excludente) da pessoa humana. Para Sarlet, a perspectiva de dignidade da pessoa humana “há de ser compreendida como um conceito inclusivo”. Embora Sarlet não aprofunde a temática do direito dos animais, é relevante que em uma obra que objetive tratar de direitos da pessoa humana, a possibilidade de reconhecimento do direito dos animais tenha sido possibilitada, inclusive como tendência constitucional.

A vedação constitucional à crueldade, em razão da qual nenhuma exploração ou violência seriam admitidas, não é a realidade jurídica – nem constitucional – constatada. Coexistem com os citados dispositivos constitucionais, os artigos 23, inciso VIII³⁵ e 24, inciso VI³⁶ da Constituição Federal, que preveem ser de competência do poder público o fomento

³⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

[...]

³⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...]

à produção agropecuária e a autorização legislativa para a caça e pesca.

O cotejo dos artigos constitucionais até aqui citados, demonstra que, ao mesmo tempo em que existe um dever de proteção dos animais, não sendo permitida a prática de crueldade, o abate de animais para a alimentação humana e para a utilização de suas peles (couro, pêlos, penas) para fins humanos, é permitido e incentivado constitucionalmente. Dito de outro modo, não se pode maltratar, mas se pode matar (para a satisfação humana), cindindo-se, dessa forma (e como se isso fosse possível), o sentido da morte do sentido de crueldade.

Pertinente que se indague sobre a coerência (e sobre a utilidade para os animais) do reconhecimento de um mitigado direito (não serem submetidos à crueldade) sem o reconhecimento, conjuntamente, do direito à vida, à liberdade e à integridade física e psíquica. Não permitir a crueldade e, ao mesmo tempo, incentivar a reprodução e confinamento de animais destinados ao abate, no mínimo, desperta questionamento.

Outra indagação que surge, refere-se ao fato de que embora não exista oposição jurídica à pecuária (é, inclusive, incentivada constitucionalmente), a opinião pública e o aparato estatal, paradoxal e incoerentemente, estarrecem-se diante da descoberta de um abatedouro de cães e gatos³⁷. Algumas espécies, então, além da humana, teriam direito à vida, além do direito de não serem submetidas a práticas cruéis. Critérios arbitrários e desarrazoados como a beleza e a simpatia humana (que podem variar conforme a cultura observada) conduzem à realidade jurídica de que alguns animais têm direito à vida (animais belos e/ou simpáticos aos humanos) e outros não (“animais de panela”). Trata-se do especismo.

Infraconstitucionalmente, o que se verifica é legislação, em grande escala, tratando

³⁷ “De propriedade de um casal, que foi preso em flagrante nesta quinta, o abatedouro ficava nos fundos de uma casa. ‘Eles matavam com um machado e, depois, queimavam o couro com maçarico’, afirmou o delegado Anderson Giampaoli, da 2ª Delegacia de Saúde Pública. Semanalmente, eram vendidas dez carcaças, cada uma variando entre R\$ 180 e R\$ 220, diz a polícia. [...] No freezer da casa, a polícia encontrou 70 quilos de carne, que incluía, além dos cães, dois gatos inteiros. Segundo os investigadores, o dono da casa contou que pegava qualquer animal na rua. Alguns eram mantidos no quintal esperando pela encomenda.” Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1376300-5605,00.html>>. Acesso em: 16 Nov. 2009.

os animais como coisas (como seres a serviço da humanidade, sem valor intrínseco). O Código Civil enquadra os animais na categoria de “coisas”³⁸ fungíveis, suscetíveis à propriedade, à venda e ao penhor, conforme demonstram os seus artigos 445, §2º³⁹; 936⁴⁰; 1.313, inciso II⁴¹; e 1.446⁴².

O tratamento dos animais como coisas é verificado em toda a legislação que regulamenta a sua utilização para alimentação, vestuário, utensílios, entretenimento (pescarias, zoológicos, rodeios, circos, esporte, etc.), experimentação científica, trabalhos forçados (veículos de tração animal, por exemplo) e toda a forma de instrumentalização animal para fins humanos⁴³. Se tais utilizações são regulamentadas é porque são permitidas, e, portanto, a preocupação com a vida, com a liberdade e com a integridade física e psíquica dos animais é inexistente ou de pouca abrangência ou efetividade para a libertação dos animais do jugo humano.

Em sua grande maioria, os “avanços” legislativos verificados para a proteção animal se referem à preservação das espécies e à diminuição do sofrimento na instrumentalização – “bem-estarismo” animal. A propósito, o regulamentado e propagandeado “abate humanitário” carrega um inevitável paradoxo: a busca de melhor trato dos animais

³⁸ “Coisa é tudo o que existe além dos sujeitos de direito; se tem valor econômico, isto é, quantificável em dinheiro, é chamada de ‘bem’”. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

³⁹ Art. 445. O adquirente decaí do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

[...]

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

⁴⁰ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

⁴¹ Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

[...]

II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.

[...]

⁴² Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

[...]

⁴³ Nenhuma das referidas formas de instrumentalização animal é indispensável à vida ou à saúde humana, conforme se desenvolverá no capítulo 2.

referidos na Instrução Normativa nº 03/2000⁴⁴, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que apresenta os métodos de insensibilização⁴⁵, baseia-se na ideia de que é errado sujeitá-los a sofrimento desnecessário (o que não se desconsidera totalmente como “avanço”); porém, justamente o ato de matar animais que o ser humano não tem necessidade de comer, é o maior dos sofrimentos desnecessários.

Contudo, ainda que o Código Civil confira aos animais um *status* jurídico de coisas, e mesmo diante de tantas realidades de coisificação animal legalizadas, é possível afirmar que o automatismo animal desenvolvido por René Descartes⁴⁶ e que ainda hoje possui seguidores, já encontra alguns freios (ainda que, como dito, antropocêntricos, mitigados e com pouca abrangência na preservação da vida e da liberdade individualizada). Ao contrário do que afirmou Descartes, os animais não são como “um relógio, composto apenas de rodas e de molas” e não se pode dispor dos animais da mesma forma que se pode dispor das coisas. É possível jogar o (próprio) relógio na parede, martelá-lo, atear fogo; não se pode dispor dos animais da mesma forma, ainda que recebam constantemente tratamento jurídico de “coisas”.

Essa impossibilidade de dispor dos animais da mesma forma que se pode dispor das coisas, além da proibição constitucional à crueldade, está evidenciada na Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em seu artigo 32⁴⁷, a Lei criminaliza os

⁴⁴ Disponível em <http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/Desenvolvimento_Sustentavel/Producao-Integrada-Pecuaria/IN%2003%20de%202000.pdf>. Acesso em 17 Jun. 2016.

⁴⁵ “Os animais não entregam suas vidas voluntariamente. Tampouco morrem dormindo ou anestesiados. Para os animais, assim como para os humanos, a expectativa de morrer violentamente e num ambiente não-familiar provoca angústia. Alguns deles vão para o abate em pânico, agitando-se freneticamente, pois já antecipam aterrorizados o que lhes acontecerá, em vista de todo o cenário que os cerca. Os animais, ouvindo, vendo e cheirando a morte que os aguarda, tentam inutilmente fugir da área da matança. Em primeiro lugar, gado, porcos e aves são desacordados por meio de atordoamento por percussão/penetração ou corrente elétrica. Esses métodos de insensibilização não são inteiramente confiáveis. Em muitos casos, a velocidade acelerada do processo de abate não permite uma verificação da consciência do animal. Em face disso, os animais, apenas paralisados, podem recobrá-la, sendo degolados, esfolados e esquartejados com seus olhos ainda piscando. Nos matadouros clandestinos (que são quase a metade do total no Brasil) o abate é a marretadas, sendo necessárias várias delas muitas vezes, e, não raro, os animais chegam vivos ao estágio seguinte” (NACONECY, *Ética & animais*, p. 211).

⁴⁶ DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 55-79.

⁴⁷ Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

maus-tratos, prevendo pena de detenção e multa para quem “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais”.

Então, sob o entendimento do artigo 225, VII da Constituição Federal e da Lei nº 9.605/1998, as coisas e os animais são diferentes, inclusive juridicamente, coexistindo essa compreensão com o regramento civilista e com a diversa produção legislativa que regulamenta a instrumentalização animal, ora avançando, ora retrocedendo no sentido de proteção. É evidente a indefinição e a incoerência do sentido constitucional e legal atribuído aos animais, o que torna relevante o exercício da jurisdição constitucional sobre o tema.

4. O STF E O DIREITO CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS

A reificação animal, sem compromisso com a realidade física, biológica e psíquica dos seres sencientes, está presente na produção legislativa pátria, inclusive posterior à Constituição Federal que veda a crueldade contra os animais. Os animais estão num lugar de indefinição e incerteza no sistema jurídico; a legislação pátria ora lhes confere proteção, ora protege a instrumentalização. A atuação do Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, é de extrema importância, uma vez que possibilita o exame da constitucionalidade da legislação que regulamenta a prática de crueldades, constitucionalmente vedada.

Não obstante todas as incoerências, fragilidades e multiplicidade de sentidos que envolvem a questão animal, o próprio exercício da jurisdição constitucional também envolve um posicionamento teórico, a possibilitar ou não, a atuação do STF na declaração de inconstitucionalidade de leis formalmente válidas. A análise dos paradigmas de controle judicial da atividade legislativa deve compreender a discussão que se estabelece entre as correntes procedimentalista e substancialista.

A teoria procedimentalista propõe um modelo de democracia constitucional que não

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

tem como condição prévia fundamentar-se em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade. Entende que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito.

John Hart Ely, em sua construção procedimentalista, entende que ainda que seja necessário estabelecer limitações ao governo da maioria, é mais democrático estabelecer limitações impostas pelo próprio povo; o intérprete toma seus valores diretamente da Constituição, e como a Constituição foi ratificada pelo povo, esses valores vêm do povo⁴⁸. Ely sustenta que se for possível identificar que o objetivo que o legislador visava era inconstitucional, a lei é inconstitucional. Mas, se for impossível fazer uma demonstração confiável da motivação, o ponto de vista constitucional apresentará dificuldades. Além disso, não basta justificar a não representação de minorias por falta de organização política, mas é preciso buscar os indícios de bloqueio no acesso à representação, investigando as condições que cercam o grupo para ver se há bloqueios sistêmicos, ainda que não oficiais ou legais. Sua teoria restringe o controle de constitucionalidade “na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas”.

Avesso à justiça constitucional, Jürgen Habermas⁴⁹ entende que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. Para Habermas, “o Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução”⁵⁰.

⁴⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

As teses procedimentalistas, garantindo somente o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema (o que, não raro, exclui minorias isoladas e sem voz do processo de participação política), distanciam-se da realidade de países como o Brasil, já que em sua especificidade formal, não estabelecem condições de possibilidade para a construção de uma concepção substancial do que a Constituição estabelece em termos de direitos fundamentais e sociais.

O modelo substancialista, embora rechace decisionismos e ativismos, aproxima-se do constitucionalismo dirigente, que ingressou nos ordenamentos jurídicos após a segunda guerra. Inexorável que, a partir da positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário passe a ter um papel de relevância no que pertine à jurisdição constitucional. Para Streck⁵¹,

[...] a própria concepção processual não pode abri mão de juízos de substância: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa construtiva dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático. [...] A ideia de que se possa separar o “direito positivo” e seus processos dos valores substantivos é uma miragem [...].

Streck afirma que países como o Brasil, necessitam de uma jurisdição constitucional que não se limite à preservação dos procedimentos democráticos. As teses procedimentais enfraquecem o papel compromissário e vinculante do texto constitucional. Carente da concretização de direitos fundamentais e sociais, o país necessita de uma Constituição dirigente adequada (conteúdo compromissário mínimo) e de mecanismos de acesso à participação democrática e à jurisdição constitucional.

O acesso ao Poder Judiciário e a independência judicial frente à lei, são destacados por Ovídio Araújo Baptista da Silva⁵²:

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

⁵² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44

[...] é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder [...], pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

A defesa da jurisdição constitucional, com a adoção da tese substancialista, envolve também as reflexões apresentadas por Jaqueline Mielke Silva⁵³, quando afirma que mesmo no Estado Democrático, a pressão política sobre os direitos, com possibilidade de sua afetação, está presente; “os procedimentos democráticos não garantem uma identidade natural entre lei e justiça”. Essa reflexão tem especial relevância quando se trata do direito dos animais.

A pressão política sobre os direitos dos animais pode ser verificada no fato de que a JBS – maior produtora de proteína animal do mundo, presente em 20 (vinte) países, com vendas de US\$ 43,2 bilhões em 2013⁵⁴ - está entre as três principais financiadoras das campanhas presidenciais em 2014 (maior financiadora da campanha de Dilma Rouseff - PT), e no fato de ter financiado quase um terço dos parlamentares da Câmara dos Deputados nas eleições de 2014⁵⁵. A força e influência da bancada pecuarista no Congresso Nacional e no governo é notória⁵⁶.

Dessa forma, a implementação dos direitos positivados no texto da Constituição, não é alcançável apenas pela preservação dos procedimentos democráticos, mas exige uma jurisdição constitucional efetiva. Esse é caminho que, na área do direito dos animais, está obtendo

⁵³ SILVA, Jaqueline Mielke. A democracia como possibilidade de produção de sentido: o papel do poder judiciário na tutela de direitos fundamentais no estado social e democrático de direito. In: BOFF, Salete Oro; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; TRINDADE, Andre Karan (Orgs.). **Direito, democracia e sustentabilidade**: anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: Imed Editora, 2014, p. 317-340.

⁵⁴ Disponível em <<http://www.valor.com.br/agro/3831632/jbs-e-segunda-maior-empresa-de-alimentos-do-mundo-em-vendas-anuais>>. Acesso em 26 Jul. 2016.

⁵⁵ Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/baroes-da-carne-se-tornam-bilionarios-com-ajuda-do-bndes>>. Acesso em 26 Jul. 2016.

⁵⁶ A diretoria da JBS no Brasil, após a eleição de Dilma Rouseff, demonstrou insatisfação com a indicação de Kátia Abreu (PMDB-TO) para o ministério da agricultura e providenciou reuniões com Dilma e Michael Temer para discutir a questão. (Disponível em <<http://www1.folha.uol.br/poder/2014/08/1496943-tres-empresas-bancam-65-da-arrecadaao-de-presidenciais.shtml>>. Acesso em 26 Jul. 2016.

progressos nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em 1972, o STF, no julgamento do RHC nº 50.343, negou a impetração em favor “de todos os pássaros que se achem na iminência de encontrarem-se aprisionados em gaiolas em virtude de comercialização, de utilização, perseguição, caça ou apanha ilegal”. O relator, Ministro Djaci Falcão, afirmou que “situam-se eles como coisa ou bem, podendo apenas ser objeto de direito, jamais integrar uma relação jurídica na qualidade de sujeito de direito. Não vejo como se erigir o animal como titular de direito”⁵⁷.

A compreensão dos animais como objetos de direito, embora ainda arraigada no sistema jurídico, mostra indícios de novas possibilidades compreensivas. Lourenço⁵⁸ afirma que a “mudança pauta-se numa exegese construtiva que teria por finalidade a tutela específica do interesse do próprio animal, como possuidor de valoração moral e jurídica intrínseca”. Essa nova compreensão já foi verificada na atuação do tribunal constitucional:

O STF declarou a inconstitucionalidade de manifestações culturais com o uso de animais. É o caso do Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC⁵⁹, julgado em 1997, em que entidades de defesa dos direitos dos animais, em ação civil pública, julgada procedente pelo STF, pleitearam compelir o Estado de Santa Catarina a legislar ou agir administrativamente, coibindo a “farra do boi”.

Também é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856-RJ⁶⁰, julgada em 2011, proposta pelo Procurador Geral da República, julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 2.895/98, que autorizava e regulamentava a “rinha de galo”.

As razões de procedência de ambos os acórdãos deixam vincado o conteúdo do artigo 225 da Constituição Federal, com referência expressa à vedação da crueldade contra os animais. São julgamentos que instigaram o STF a definir o papel a ser exercido pela

⁵⁷ LOURENÇO, *Direito dos animais*, p. 524.

⁵⁸ LOURENÇO, *Direito dos animais*, p. 482-485.

⁵⁹ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em 18 Jun. 2016.

⁶⁰ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em 18 Jun. 2016.

jurisdição constitucional, na defesa e na implementação do direito dos animais constitucionalmente previstos.

Importantes decisões envolvendo o direito dos animais ainda estão pendentes no STF, envolvendo a utilização de animais em espetáculos para entretenimento humano e em rituais religiosos:

A Lei nº 10.519/2002, regulamenta as atividades de rodeio, assim compreendidas as “atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço”⁶¹. A abordagem da Lei é flagrantemente antropocêntrica; enfatiza a “habilidade do atleta em dominar o animal com perícia”. Trata-se de atividade tão brutal, que houve a necessidade de descrição legislativa dos “apetrechos técnicos” que podem ser utilizados e dos que são proibidos na montaria⁶². Já os animais utilizados em espetáculos circenses possuem “uma dose” de proteção desde o Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais). O artigo 64⁶³ do Decreto-Lei prevê pena de prisão e multa para o tratamento de animal com crueldade ou submetido a trabalho excessivo, e aumento de pena se o tratamento é conferido em exibição ou espetáculo público. O conteúdo do Decreto-Lei, embora penalize a crueldade e o trabalho excessivo, não demonstra a compreensão do trabalho forçado, da imposição de comportamento não natural e dos meios para alcançar os resultados pretendidos.

⁶¹ Art. 1º A realização de rodeios de animais obedecerá às normas gerais contidas nesta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se rodeios de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal.

⁶² Art. 4º Os apetrechos técnicos utilizados nas montarias, bem como as características do arreamento, não poderão causar injúrias ou ferimentos aos animais e devem obedecer às normas estabelecidas pela entidade representativa do rodeio, seguindo as regras internacionalmente aceitas.

§ 1º As cintas, cilhas e as barrigueiras deverão ser confeccionadas em lã natural com dimensões adequadas para garantir o conforto dos animais.

§ 2º Fica expressamente proibido o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou qualquer outro instrumento que cause ferimentos nos animais, incluindo aparelhos que provoquem choques elétricos.

§ 3º As cordas utilizadas nas provas de laço deverão dispor de redutor de impacto para o animal.

⁶³ Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.

Em atenção à essa realidade cruel, leis estaduais e municipais têm, progressivamente, proibido a utilização de animais em apresentações circenses. É o caso do Código de Proteção dos Animais do Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 11.977/2005⁶⁴, que proíbe a apresentação ou utilização de animais em espetáculos circenses, em provas de rodeio e em todo espetáculo que induza o animal à atividade ou comportamento não natural. No entanto, pende de julgamento no STF a ADI nº 3.595, ajuizada pelo então governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, contra o Código de Proteção dos Animais do Estado.

Outra pendência no STF, trata do flagrante exemplo de retrocesso do direito dos animais, materializado na Lei Estadual do Estado do Rio Grande do Sul nº 12.131/2004, que acresceu um parágrafo único ao artigo 2º da Lei Estadual nº 11.915/03 – Código Estadual de Proteção aos Animais. Tal parágrafo estabeleceu que não se enquadra na vedação de ofensa ou agressão física aos animais “o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana”. A inconstitucionalidade dessa lei estadual é objeto do Recurso Extraordinário nº 494.601.

A jurisdição constitucional, dessa forma, possui relevância na fixação de sentido do *status* jurídico dos animais e na defesa da proteção aos animais prevista constitucionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O questionamento sobre a possibilidade da titularização de direitos pelos animais reclama a busca de um critério isento para a definição de um sujeito de direito. Essa busca conduz ao critério da senciência, que, ao mesmo tempo em que possui o condão de abarcar todos os seres humanos, implica no reconhecimento de todos os animais sencientes como titulares de direitos, devendo-se, nessa condição, conferir-lhes direitos (ainda) não

⁶⁴ Artigo 21 - É vedada a apresentação ou utilização de animais em espetáculos circenses.

Artigo 22 - São vedadas provas de rodeio e espetáculos similares que envolvam o uso de instrumentos que visem induzir o animal à realização de atividade ou comportamento que não se produziria naturalmente sem o emprego de artifícios.

previstos pela legislação ou que a legislação lhes negue – vida, liberdade e integridade física e psíquica.

A Constituição Federal estabelece um dever de proteção aos animais e a vedação à crueldade – o principal ponto de partida para a defesa do direito dos animais no direito brasileiro atual. Contudo, coexiste com a positivação constitucional, o regramento civilista e vasta produção legislativa regulamentando a instrumentalização dos animais, objetificando-os.

A jurisdição constitucional, nesse contexto, ganha relevância na proteção e efetivação do direito dos animais constitucionalmente previstos, possibilitando a declaração de inconstitucionalidade (incluída a não recepção) da legislação ordinária retrocessiva. O caminho abolicionista em prol dos animais, portanto, pode acontecer em conformidade com o sistema jurídico vigente. Merece reflexão e busca de alternativa jurídica para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição Federal – artigos 23, inciso VIII e 24, inciso VI – para que a mudança libertária em curso receba o suporte jurídico que necessita.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 1.v. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: Edições 70, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. 7.ed. V.1: Introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 35.ed. V.1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1997. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NACONECY, Carlos. **Ética & animais: um guia de argumentação filosófica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Bases de sustentação da ecologia profunda e a ética animal aplicada (o caso Instituto Royal). In: BOFF, Salete Oro; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; TRINDADE, Andre Karan (Orgs.). **Direito, democracia e sustentabilidade: anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional**. Passo Fundo: Imed Editora, 2013. P. 34-64.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais**. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SILVA, Jaqueline Mielke. A democracia como possibilidade de produção de sentido: o papel do poder judiciário na tutela de direitos fundamentais no estado social e democrático de

direito. In: BOFF, Salete Oro; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; TRINDADE, Andre Karan (Orgs.). **Direito, democracia e sustentabilidade**: anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: Imed Editora, 2014, p. 317-340.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Quem são esses cães e gatos que nos olham nus?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>>. Acesso em 03 Nov. 2015.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS IMPACTOS DA TERCEIRIZAÇÃO

Franchesco Maraschin de Freitas¹

INTRODUÇÃO

A Previdência Social é um direito não apenas consolidado na Constituição Federal de 1988, mas também é prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. É por esse Direito Social que é assegurado aos cidadãos às medidas necessárias contra os riscos sociais. Nesse diapasão, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) só poderá gerir esse direito se houver verbas suficientes para tanto, eis que se trata de um sistema contributivo nucleado pelo princípio da solidariedade entre os participantes.

No ano de 2004 foi protocolado o Projeto de Lei nº 4330 que regulamenta o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Esse Projeto de Lei, de forma sucinta, possibilita a terceirização das atividades-fim das empresas, indo de encontro à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, qual possibilita, apenas, a terceirização das atividades-meio das empresas.

A terceirização possui consequências tanto na esfera dos Direitos Sociais dos trabalhadores quanto aos cofres do INSS. Essas consequências, no decorrer do tempo, poderão ser irreversíveis, aniquilando os direitos adquiridos pelas revoltas populares.

Tem-se como problema de pesquisa: Quais os impactos que terceirização trará à saúde financeira e econômica da Previdência Social? Parte-se da hipótese que a terceirização traz prejuízos aos cofres da Previdência Social e a contemplação dos Direitos Sociais dos trabalhadores.

¹ Mestre em Direito pelo PPGD – IMED. Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: freitas.franchesco@gmail.com.

Esse estudo tem como objetivo identificar algumas fragilidades que a terceirização, juntamente com algumas medidas governamentais, pode acarretar aos Direitos Sociais e à estrutura da autarquia responsável na gerência da Seguridade Social, tais como o déficit financeiro na autarquia dado a alta rotatividade nos empregos e a diminuição dos salários de contribuição. O trabalho desenvolvido, tendo como técnica de pesquisa a Categoria e o Conceito Operacional², concentrando-se na pesquisa bibliográfica e estatística.

O tema é de suma importância para atual conjectura em que vivemos, dada à iminência da aprovação do Projeto de Lei nº 4330 que refletirá diretamente e indiretamente nos Direitos Sociais dos seguradores do INSS.

2. A RELEVÂNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O Sistema de Seguridade Social, em seu conjunto, como dito alhures, visa garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua vivência, tendo por fundamento a solidariedade humana. Ele é um dos instrumentos através do qual se pretende alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil arrolados no artigo 3º da Constituição. A expressão Seguridade Social, pode ser considerado um termo geral utilizado por nosso legislador constituinte para designar o sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência, a saúde e a assistência social³.

José Antonio Savaris diferencia a Previdência Social de Seguridade Social: “o sistema pelo qual o Estado e a sociedade protegem o indivíduo contra riscos que podem prejudicar sua saúde, impedir seu desenvolvimento ou diminuir sua capacidade para o trabalho é o

² A Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. Na realidade o próprio rol de Categorias é estabelecido para facilitar o entendimento da pesquisa e de seu relato e, portanto, requer segurança, a qual lhe será conferida pela busca de um consenso, qual seja a ideia de que o pluralismo jurídico, consubstanciado com o cumprimento dos Deveres Fundamentais, são essenciais para concretização do Estado Democrático de Direito. Contudo, para efetivação da técnica da Categoria é necessária a sucessão do Conceito Operacional em sua vertente Legal, ou seja, partindo-se de comandos jurídicos (art. 5º, CF/88 – deveres fundamentais; e o pluralismo concretizado no preâmbulo da Carta Magna) é buscado na pesquisa a elaboração de um Conceito mais adequado à realidade jurídico-social.

³ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da Previdência Social. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2012, p. 27.

que a Constituição Federal de 1988 chama de ‘Seguridade Social’. Ela se destina a assegurar os direitos individuais à saúde, assistência social e Previdência Social”⁴. Cada uma destas áreas, atualmente, tem a sua política elaborada por um Ministério específico.

Para o desenvolvimento do trabalho, vale frisar o que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 25º, preconiza, qual seja:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade⁵.

A Previdência Social – espécie notoriamente contributiva do gênero seguridade social, não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem o qual o sistema não seria viável –, como defendida no artigo 6º da Constituição Federal, é um direito social, ou seja, é um direito constitucional. Um direito social fundamental do indivíduo. Ademais, além de um Direito Fundamental Social escudado em nossa Carta Magna, ele também preconiza a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em seu artigo XVI:

Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à Previdência Social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência⁶.

Um cidadão que está inserido no seio da sociedade, em regra, está em razão de sua capacidade de produção e sua força de trabalho. Desta maneira, ocorrendo alguma circunstância que o deixe num momento de vulnerabilidade, ou seja, incapaz de manter seu sustento e de sua família, a Previdência Social revela sua verdadeira importância. É, nas palavras de Cesar Augusto Kato e Rose Kampa, “o caráter contributivo e obrigatório da

⁴ SAVARIS, José Antonio. Noções jurídicas fundamentais sobre os benefícios previdenciários por incapacidade. _____(org.). Curso de Perícia Judicial Previdenciária. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25.

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 03/05/2015.

⁶ Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em 03/05/2015.

Previdência Social que traduz na expectativa legítima do trabalhador de ser amparado no momento de uma necessidade, interessando especialmente as hipóteses de incapacidade laborativa”⁷. Ou seja, traduz a tranquilidade, sobretudo no futuro, como forma de garantia do ser humano contra o perigo de passar privações, propiciando a efetivação da justiça social.

Corroborando Fabio Lopes Vilela Berbel quando afirma que se trata de um “conjunto de regras e princípios estruturalmente alocados, com escopo de realizar a Seguridade Social que, a partir de uma visão meramente política, seria a proteção plena do indivíduo frente aos infortúnios da vida capazes de leva-lo à indigência, ou seja, a proteção social da infelicidade individual”⁸.

Apesar das normas de direitos sociais exercerem funções jurídico-objetivas no ordenamento constitucional e possuírem eficácia que se origina diretamente da Constituição o seu significado seria restrito caso não houvesse outras normas constitucionais ou infraconstitucionais voltadas à sua concreção⁹. Via de regra, os direitos fundamentais sociais, enquanto gerais (frisa-se os genéricos elencados no artigo 6º da Constituição), não conferem direito subjetivo, ou seja, por não serem direitos de defesa cuja força eficaz se extrai diretamente da Constituição, fora as exceções alhures, não originam pretensão exercitável em juízo.

No caso da Previdência Social, a legislação extravagante (Lei 8.212/91 – Lei que regula a Seguridade Social e seu custeio -, e Lei 8.213/91 – Lei que regula os benefícios da Previdência Social) e a própria carta constitucional (artigo 201 e 202) direcionam a generalidade do artigo 6º para um caminho de proteção e concretização da esfera da Seguridade Social fazendo com que sejam implementadas políticas governamentais específicas para o seu firmamento.

⁷ KATO, Cesar Augusto; KAMPA, Rose. Direito constitucional à prova e a perícia médica previdenciária no Juizado Especial Federal. SAVARIS, José Antonio. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 71.

⁸ BERBEL, Fabio Lopes Vilela. Teoria geral da Previdência Social. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 122.

⁹ LEDUR, José Felipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 83.

Sendo assim, é justamente quando a força laboral do cidadão está deficitária, que a Previdência Social ratifica seu papel nuclear, na busca da manutenção do ser humano dentro de um padrão de vida minimamente adequado.

Desta maneira, não há dúvidas quanto o reconhecimento à Previdência Social como um Direito Fundamental Social possibilitando a exigência de aplicabilidade imediata nas situações de direito substancial carecedoras de tutela jurisdicional. Contudo, há situações em que a jusfundamentabilidade do Direito Fundamental Social a Previdência Social é ceifada por políticas de contenção financeira e orçamentária, tendo como consequência a usurpação da Dignidade da Pessoa Humana.

3. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

As empresas, diante de uma breve análise histórica constitucional, sempre participaram do financiamento da seguridade social, ao lado dos trabalhadores e do Estado. A Constituição de 1934 foi a primeira a dispor, de modo expresso, sobre as contribuições sociais, fazendo constar em seu artigo 121, §1º, “h”, que caberia “assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do seu salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte”¹⁰.

3.1 Contribuições previdenciárias patronais

A doutrina majoritária caracteriza as contribuições previdenciárias como pertencentes do bojo do sistema tributário brasileiro. Tais contribuições são, pois, tributos e, por esse motivo, estão sujeitas a todas as limitações constitucionais gerais ao poder de tributar, tais como os princípios da irretroatividade, da legalidade, da capacidade contributiva, entre outros.

¹⁰ TORRES, Heleno. Comentários ao art. 195, I, b. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1911.

Em corrente diversa, quase isolado, Marcus Orione Gonçalves entende que as contribuições previdenciárias devem ser enquadradas como “salário social diferido”, haja vista o princípio fundante de ambas as categorias: enquanto o princípio que rege as figuras tributárias é o da legalidade, para as contribuições sociais, a viga que sustenta é o princípio da solidariedade¹¹.

Tais como qualquer tributo, elas só serão consideradas legais se possuírem seu fundamento constitucional. O fundamento constitucional das contribuições está escudado no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, qual convencionou os responsáveis pelo seu financiamento:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de Previdência Social de que trata o art. 201.

É possível analisar, de uma forma sucinta, um dos fatores que foi prejudicial para os trabalhadores e que refletiu na contribuição das empresas nas contribuições: a automação. A automação reduziu em muito a base da contribuição fundada em folha de salário, o que determinou que a Constituição Federal se cria duas novas materialidades para contribuição previdenciária das empresas: o faturamento e o lucro, além da liberalidade da criação de uma nova fonte de custeio, conforme o artigo 195, §4º¹².

¹¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Comentários ao art. 195. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1910.

¹² TORRES, Heleno. Comentários ao art. 195, I, b. p. 1913.

As empresas e as entidades equiparadas a elas possuem como obrigação o pagamento das contribuições tanto à seguridade social quanto à previdência. Referente à seguridade, são devidas contribuições sobre a receita bruta e lucro, conforme a Constituição Federal, artigo 195, I, “b” e “c”, bem como sobre eventual importação de bens e serviços. No que tange a previdência, as empresas têm de pagar a denominada “contribuição patronal”¹³, que incide sobre as hipóteses da alínea “a”, inciso I, do artigo supracitado.

O fato gerador da contribuição das empresas é, em regra, a atividade remunerada dos segurados a seu serviço, com ou sem vínculo empregatício. Destarte, a base-de-cálculo da cota patronal previdenciária será a remuneração dos segurados.

Os empregadores, na contribuição patronal, funcionam como uma espécie de patrocinadores dos benefícios pagos a seus empregados e dependentes. Essa contribuição é motivo de intensas críticas, em virtude dos empregadores não possuírem nenhuma vantagem direta em razão desse pagamento. Ao teor da reclamação, afirma-se que o pagamento “desvantajoso” dessa contribuição aumenta o custo da mão de obra, estimulando a informalidade do mercado de trabalho.

3.2 Contribuições dos Segurados e o Salário de Contribuição

O indivíduo constitui a sociedade; é parte integrante e necessária. É impossível conceber um Ser humano senão como indivíduo social. Assim, a pessoa, por si, e a sociedade são as responsáveis pela viabilidade e manutenção da Dignidade da Pessoa Humana. Ambas, de forma conjunta e coordenada, reúnem esforços para o indivíduo recuperar sua “integral valia quando afetado por um risco social”¹⁴.

A cobrança de contribuição social do próprio beneficiado pelo regime previdenciário

¹³ VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições Previdenciárias. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio (Coord.). **Curso de especialização em direito previdenciário** – vol. 3. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77.

¹⁴ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. Teoria geral da previdência privada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 51.

é consequência da natureza contributiva do sistema, conforme exposto ordenamento constitucional¹⁵. Da mesma forma como para as empresas – na maioria das vezes –, o fato gerador da contribuição do empregado é a atividade remunerada, ou seja, quanto menos ele ganha, menos ele contribui. A base de cálculo, embora não preveja a Constituição, é prevista em lei com o nome de salário de contribuição. Pode-se dizer que o critério é adequado, pois, nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim, “a remuneração é a melhor tradução numérica para o labor remunerado, sendo a base impositiva mais adequada”¹⁶.

Conquanto todos os seguradores devam entornar suas contribuições de forma mensal, a forma de cálculo varia de acordo com cada categoria de segurado. Há, no contexto brasileiro, basicamente três formas de cálculo de contribuição dos trabalhadores. Contudo, deixaremos de analisar a forma de cálculo do segurado especial por não influenciar no resultado da pesquisa.

3.2.1 Empregado, Trabalhador Avulso e Empregado Doméstico

A incidência da contribuição desses segurados, não é meramente proporcional, mas sim progressiva, quanto mais o segurado ganha, mais ele contribui e mais a previdência arrecada, ou seja, à medida que é aumentado o salário é aumentada a alíquota. Esta é definida em lei, atualmente, como 8,0; 9,0 ou 11,0% dependendo da faixa de remuneração, conforme artigo 20 da Lei nº 8.212/91. Cumpre esclarecer, a título informativo, que não há aplicação progressiva de várias alíquotas na mesma competência, ou seja, a alíquota incide na totalidade do salário de contribuição. Atualmente, o valor de descontos é a seguinte¹⁷:

¹⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 224.

¹⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário, p. 225.

¹⁷ Ministério da Previdência Social. Disponível em: <http://www.mtpps.gov.br/servicos-do-ministerio/servicos-da-previdencia/mais-procurados/calculo-de-guia-da-previdencia-social-carne/tabela-de-contribuicao-mensal>. Acesso em 22 mai 2016.

Tabela para Empregado, Empregado Doméstico e Trabalhador Avulso	
Salário de Contribuição (R\$)	Alíquota (%)
Até R\$ 1.556,94	8
De R\$ 1.556,95 a R\$ 2.594,92	9
De R\$ 2.594,93 até R\$ 5.189,82	11

A forma de recolhimento desse percentual devido pelos segurados é de total responsabilidade dos empregadores, é uma obrigação instrumental, caso não seja feito, o ônus de eventuais diferenças devidas será da empresa ou do empregador, haja vista essa presunção absoluta de recolhimento.

3.2.2 Contribuinte Individual e Segurado Facultativo

No que condiz estes segurados, a contribuição deixa de ser progressiva e passa a ser proporcional. Apesar da base de cálculo também utilizar o salário-de-contribuição, a alíquota passa ser constante, equivalente a 20%. Os seguradores facultativos, como o próprio nome diz, são voluntários, sendo eles próprios obrigados a efetuar seus recolhimentos. Sua contribuição é mais significativa, pois eles não possuem o amparo da contribuição patronal, dada a impossibilidade da prática.

Diferente é o caso do contribuinte individual (trabalhador autônomo), visto que já existe a contribuição patronal sobre a remuneração paga ou creditada (artigo 22, III, da Lei nº 8.2112/91), gerando uma situação de desigualdade quando presta serviços a empresa, visto que teria que arcar com o valor de 20% do salário de contribuição. Em virtude desse caso, a Lei nº 9.876/99 criou uma sistemática que possibilita a redução da contribuição do contribuinte individual, por meio de um abatimento da contribuição no percentual de 45% feita pela empresa sobre a remuneração paga, limitando, de sua parte, a dedução de 9% do respectivo salário-de-contribuição. Contudo, paira-se numa problemática: o contribuinte individualmente poderia utilizar-se desta dedução, após certificar-se que a contribuição já foi quitada pela empresa ou, ao menos, declarada em documento fiscal. Nessa situação,

“caberá ao segurado ‘presumir’ que, sobre seu salário-de-contribuição, houve a contribuição, e daí proceder ao cálculo”¹⁸ pela regra exposta.

Para sanar essa mazela factual é aplicado o teor do artigo 33, §5º, da Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91), em que o desconto de contribuição legalmente autorizado será de exclusiva responsabilidade do empregador. Ou seja, por essa regra caberá à empresa efetuar a retenção da cotização devida pelo individual, na alíquota de 11%, sendo devido pelo segurado, apenas o limite máximo do salário-de-contribuição.

Ademais, cumpre ressaltar que o contribuinte individual também será obrigado a complementar, diretamente, a contribuição até o valor mínimo mensal do salário-de-contribuição, quando as remunerações recebidas forem inferiores a este. De igual forma, caso o contribuinte preste serviço à pessoa física, este deverá efetuar os recolhimentos por conta própria e pela alíquota de 20%, eis que não há a contribuição patronal.

4. OS (PREVISÍVEIS) IMPACTOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ESFERA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Voltou à discussão pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4330/2004, qual permite a terceirização em qualquer atividade das empresas, contrariando a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que permite, apenas, a terceirização da “atividade-meio” do tomador.

O autor do Projeto de Lei, Deputado Sandro Mabel, apresentou como justificção a desatualização do cenário legislativo brasileiro frente à realidade que acometa o plano da terceirização. Para o autor do Projeto, “no Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação”¹⁹.

¹⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário, p. 228.

¹⁹ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4330/2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A283CAEB51B4A8D3E835D5C59595E573.proposicoesWeb2?codteor=246979&filename=PL+4330/2004. Acesso em 30/05/2015.

Contudo, sabe-se que a principal motivação do processo de terceirização é, em geral, a busca da redução do custo de trabalho alheio ao mecanismo de maior competitividade. Todavia, para isso efetivamente se concretizar é necessário diminuir a remuneração dos trabalhadores e proporcionar condições de trabalho inferiores aos postos de trabalho formalizados.

Na concepção de Sérgio Pinto Martins, a terceirização é vista como desvantagem para o trabalhador, pois se pode indicar a perda do emprego, cujo possuía uma remuneração certa, passando a tê-la incerta, além da perda dos benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas da categoria. O trabalhador deixa de ter uma tutela trabalhista de modo a protegê-lo²⁰. Ao invés de equiparar a minoria terceirizada desvantajosa com a maioria dos trabalhadores direitos e assegurada, está se regredindo para a equiparação da maioria assegurada para minoria desvantajosa.

Além disso, a rotatividade na empregabilidade é um dos matizes que deverão ser mitigados quando da implementação do PL 4330/2004. Conforme dados do estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE, enquanto um trabalhador direto trabalha em torno de 5,8 anos na mesma empresa, um trabalhador terceirizado trabalha em média 2,6 anos. Ou seja, enquanto a rotatividade entre os trabalhadores diretos é de 22%, a rotatividade entre os terceirizados é de 44,9%²¹. O elevado índice de rotatividade entre os trabalhadores terceirizados é altamente impactante na esfera social e para os cofres do INSS.

O trabalhador que, não por sua culpa, alterna constantemente emprego/desemprego ceifa seu planejamento e desenvolvimento de vida. É identificado que o tempo médio de permanência do trabalhador terceirizado na mesma empresa é de dezoito meses, ou seja, um ano e meio de contratação²². Em situação que poderia se

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2001, p. 34.

²¹ Subseção DIEESE - CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha. Disponível em: <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em 31/05/2015.

²² POCHMANN, Marcio. Sindeepres, Trajetórias da Terceirização. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em 31/05/2015.

aposentar por tempo de contribuição com idade entre 50 e 60 anos de vida – começando sua vida laborativa com 16 anos e contribuindo 35 anos com o INSS – alternando curtos períodos de tempo de trabalho, terá direito a aposentadoria por tempo de contribuição entre 70 e 80 anos, optando, com razão, pela aposentadoria por idade, contribuindo 20 anos a menos e usufruindo dos benefícios. Ou seja, contribui menos e ganha mais.

Outra questão impactante aos cofres do INSS é a brusca redução de salários e, conseqüentemente, das contribuições previdenciárias que a terceirização proporciona, visto que a contribuição previdenciária do contribuinte, e em algumas situações da empresa, diz respeito ao salário de contribuição. Essa constante, em termos estatísticos, condiz que os empregados terceirizados recebem 11,5% a menos que os trabalhadores direitos²³. Essa redução se dá, por muitas vezes, pela intermediação que ocorre pelas empresas prestadoras de serviços, pois elas também irão receber pela prestação.

Além disso, de forma indireta, outros direitos serão ricocheteados, não na esfera dos cofres INSS, mas sim dos direitos sociais dos trabalhadores. A presidente Dilma Rouseff sancionou a Lei nº 13.134/15, qual retrata os novos requisitos para aquisição do benefício do seguro-desemprego. É visível os impactos indiretos que a terceirização irá causar no núcleo do seguro-desemprego. O seguro-desemprego, antes da vigência da do sancionamento da Lei nº 13.134/15 era devido da seguinte forma: o trabalhador demitido de forma involuntária poderia solicitar o benefício após ter, no mínimo, seis meses de trabalho ininterruptos na primeira solicitação. Com o novo texto foi alterado a regra, elevando o tempo de trabalho para concessão:

Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:

I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a:

a) pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação;

²³ FIESP; CIESP. Nota Técnica Terceirização. Abril de 2015. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/guias_cartilhas/terceirizacao_guia_fiesp.pdf>. Acesso em 31/05/2015.

b) pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e

c) cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações.

Ou seja, como vimos alhures, um dos impulsos da terceirização é a rotatividade dos empregados, que possuem uma média de dezoito meses trabalhados na mesma empresa. Destarte, caso o trabalhador esteja um pouco abaixo da média de tempo de serviço em um mesmo lugar, ele não receberá o seguro-desemprego devendo, pois, estar com outro emprego em vista caso queira sustentar sua família.

É possível analisar, que a terceirização, além dos impactos financeiros negativos diretos aos cofres do Instituto Nacional de Seguridade Social, a diminuição dos salários dos trabalhadores, a insegurança na manutenção do emprego, também, de forma indireta e em conjunto com o sancionamento da Lei nº 13.134/15, traz prejuízos aos direitos sociais dos segurados, pois, o trabalhador terceirizado dificilmente atingirá os (altos) requisitos de concessão do seguro, qual seja o tempo mínimo de doze meses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É latente o entendimento de que a Previdência Social é um Direito Social assegurado constitucionalmente e que qualquer manobra que venha impossibilitar sua efetividade é inconstitucional. A terceirização não é apenas maléfica na esfera financeira da Previdência Social, haja vista a diminuição do valor contributivo do empregador e do contribuinte dada à elevada rotatividade dos trabalhadores e a considerável baixa salarial que possa ocorrer. Além disso, há o impacto no status jurídico do trabalhador: terceirizado ou empregado. O status jurídico que dirá a forma de recolhimento das suas contribuições previdenciárias. O que antes era regulado pela Consolidação das Leis Trabalhistas, tendo o empregador responsabilidade no recolhimento das contribuições, hoje ele terá (provavelmente) o status de contribuinte individual passando, pois, a ser responsável, em partes, pelo recolhimento de sua própria contribuição.

Juntamente com a Lei nº 13.134/95 que retifica os requisitos para concessão do seguro-desemprego, a rotatividade dos empregados nas empresas agirá como fator importante no desrespeito desse Direito Social. Aliás, não só o seguro-desemprego será atingido pela implementação o Projeto de Lei nº 4330, mas a rotatividade também será responsável por “extinguir” a modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição, visto que a aposentadoria por idade será muito mais atrativa aos segurados terceirizados.

Com a liberação da terceirização na atividade-fim e em todos os setores econômicos, a Constituição de 1988 sofrerá um extensivo abalo em termos de Direitos Humanos. A temeridade é de o texto constitucional não se valer para os trabalhadores terceirizados, porquanto os direitos sociais ali previstos terão nenhuma efetividade.

O cunho social e o lado cidadão nas relações com a classe trabalhadora do Estado Democrático de Direito serão perdidos. Surgirá, em contraponto, o Estado Democrático de Direito do Lucro, cujo sua essência consagrará a terceirização em todas as áreas da cadeia econômica sem se importando com a dignidade da pessoa humano e os direitos até então adquiridos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria geral da previdência privada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

BERBEL, Fabio Lopes Vilela. **Teoria geral da Previdência Social**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4330/2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A283CAEB51B4A8D3E835D5C59595E573.proposicoesWeb2?codteor=246979&filename=PL+4330/2004. Acesso em 30/05/2015.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Comentários ao art. 195**. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1907-1910.

DECLARAÇÃO AMERICANA DE DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em 03/05/2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 03/05/2015.

FIESP; CIESP. **Nota Técnica Terceirização**. Abril de 2015. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/guias_cartilhas/terceirizacao_guia_fiesp.pdf>. Acesso em 31/05/2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

KATO, Cesar Augusto; KAMPA, Rose. **Direito constitucional à prova e a perícia médica previdenciária no Juizado Especial Federal**. SAVARIS, José Antonio. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

POCHMANN, Marcio. Sindeepres, **Trajetórias da Terceirização**. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em 31/05/2015.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da Previdência Social**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2012.

SAVARIS, José Antonio. **Noções jurídicas fundamentais sobre os benefícios previdenciários por incapacidade**. In: SAVARIS, José Antonio. (org.). Curso de Perícia Judicial Previdenciária. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TORRES, Heleno. Comentários ao art. 195, I, b. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 1911-1916p.

VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições Previdenciárias. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio (Coord.). **Curso de especialização em direito previdenciário** – vol. 3. Curitiba: Juruá, 2009.

PODER JUDICIÁRIO E ATOS INSTITUCIONAIS NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA¹

Gabriela Natacha Bechara²

Horácio Wanderlei Rodrigues³

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente parece unanimidade o entendimento de que a ditadura militar no Brasil é um período tenebroso na história brasileira, vez que responsável pela interrupção do breve restabelecimento democrático ocorrido após o fim do Estado Novo e por ser um período em que se promoveu uma sistemática violação aos direitos humanos.

Faz-se necessário esclarecer que o estabelecimento do regime militar no Brasil seguiu a lógica norte-americana de contenção do comunismo, sendo posto em prática, em seu viés teórico, pela doutrina da segurança nacional através da Escola Superior de Guerra

¹ Este artigo configura uma versão revisada e atualizada da seguinte publicação: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; BECHARA, Gabriela Natacha. Ditadura militar, atos institucionais e Poder Judiciário. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, UPF, v. 29, n. 3, set./dez. 2015, p. 587-605. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/5611>>

² Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo PPGD/UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

³ Doutor em Direito (Filosofia do Direito e da Política) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito (Instituições Jurídico-Políticas) pela UFSC. Realizou Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG Direito) da Faculdade Meridional (IMED/RS). Professor Colaborador dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e de Pós-Graduação Profissional em Direito (Mestrado Profissional) da UFSC. Professor Titular de Teoria do Processo do Departamento de Direito da UFSC, de 1994 a 2016. Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Meridional. Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Publicou diversos livros e uma centena de artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *Ensino e Pesquisa em Direito e Teoria do Processo*.

- ESG⁴. Outrossim, o regime ditatorial brasileiro possui algumas peculiaridades, que o distanciam das demais ditaduras latino-americanas, onde pode-se citar a utilização do direito como forma de legitimação do regime ditatorial. Essa utilização do direito se deu através da criação dos chamados Atos Institucionais, que passaram a ser utilizados pelos militares como forma de regulamentar os direitos do cidadão brasileiro durante o regime de exceção.

Nesse sentido, passados 30 anos do fim da ditadura, parece relevante o resgate histórico do período, principalmente no que tange especificamente aos Atos Institucionais outorgados durante o período pelos militares, e refletir acerca da relação que foi estabelecida com o Poder Judiciário a partir da edição desses Atos. O objetivo é o de contribuir com os estudos e aprofundamentos acerca do que ocorreu no Brasil durante a ditadura e possibilitar futuras reflexões acerca do regime e suas consequências, ainda que de forma bem pontual e sem ter a pretensão de esgotar o assunto. Para isso o presente trabalho, utilizando-se de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, faz algumas breves considerações acerca do período da história brasileira que antecede ao golpe de 1964, bem como alguns aspectos que se considerou importantes sobre o regime. Em seguida aborda-se a supracitada especificidade, qual seja, a utilização do que se denomina de regime dos Atos Institucionais. Por último, faz-se alguns apontamentos acerca do ocorrido com o Poder Judiciário na época. Finalmente, parte-se para as Considerações Finais.

2. O PERÍODO PRÉ-GOLPE E O ESTABELECIMENTO DA DITADURA MILITAR

A ditadura militar brasileira (1964-1985) foi um regime de exceção estabelecido pelas forças armadas do país em nome de uma alegada proteção frente à ameaça comunista

⁴ A esse respeito, cabe esclarecer que a doutrina da segurança nacional “[...] identificava, como seus inimigos internos, determinados setores da sociedade, tidos como agentes do comunismo internacional. Disseminada pelos EUA logo após a Segunda Guerra e desenvolvida no Brasil pela Escola Superior de Guerra (ESG), a partir de 1949, a Ideologia de Segurança Nacional tornara-se peça chave da propaganda e das ações militares ocidentais contra o ‘expansionismo vermelho’. A formação de lideranças civis e militares tinha como pressupostos a incapacidade governamental das elites civis e, conseqüentemente, atribuía aos militares a missão de salvar o país da infiltração comunista.” (DOLHNIKOFF; CAMPOS. **Manual do candidato**. 2001. p. 277.)

que se espalhava pelo continente latino-americano e restante do mundo. Denominada de *Revolução* pelos militares, o intuito era o de resguardar a sociedade brasileira, sua família, liberdade e religiosidade (em sua forma cristã), bem como sua democracia, salvando o país da corrupção e subversão que supostamente acompanhariam os comunistas.

O cenário interno que enseja o golpe militar ocorrido em 1964 começa a se delinear, resumidamente, a partir das décadas de 50 e 60, com o um aumento das pressões sociais e o surgimento de novas formas de organização populares. Peculiaridades regionais, a situação política e a disputa de poder acabaram por resultar em inquietações sociais generalizadas. Com o passar do tempo, o aumento da população urbana em conjunto com o êxodo rural, o endividamento externo, o déficit orçamentário da União, os elevados índices de inflação e o aumento da concentração de renda resultam em uma onda de reivindicações sociais.

Com a renúncia de Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961, João Goulart assume a presidência do país⁵, com poderes limitados em razão do parlamentarismo imposto pelos militares e num contexto de mobilizações e pressões sociais até então desconhecidas no país. Como plano de governo, Goulart estabelece como ideologia básica o nacionalismo e as chamadas reformas de base, que incluem reforma agrária, urbana, bancária, fiscal e educacional, além do direito de voto aos analfabetos. Tais reformas incluíam também medidas de cunho nacionalistas como uma maior intervenção por parte do Estado e a nacionalização de algumas empresas.⁶

Em plebiscito nacional ocorrido em janeiro de 1963 os brasileiros votam pela revogação da emenda que impusera o parlamentarismo. Deflagrada a crise econômica

⁵ João Goulart encontrava-se fora do país, em visita a China, quando da renúncia de Jânio Quadros. Foi necessária uma mobilização popular, denominada de Campanha pela Legalidade, para assegurar sua posse. Conforme exposto no livro *Brasil Nunca Mais*: “Apontado como radical pela alta hierarquia das Forças Armadas, o vice-presidente João Goulart, principal herdeiro do nacionalismo getulista da década de 50, teve seu nome impugnado pelos três ministros militares. Contra esse veto, levantou-se uma ampla mobilização popular em todo o país. A reação mais enérgica partiu do Rio Grande do Sul, onde o governador Leonel Brizola comandou uma forte pressão, nas ruas, para que fosse assegurada a posse de Goulart. Receosos da guerra civil que se esboçava, os militares novamente recuaram, impondo, no entanto, o estabelecimento do sistema parlamentarista de governo, que retirava poderes do presidente”. (ARQUIDIOCESE. **Brasil: Nunca Mais**. 1986. p. 57)

⁶ Cfe. FAUSTO. *História do Brasil*. 2003. p. 447-448.

oriunda de governos anteriores, movimentos sociais passam a se organizar e a reivindicar seus direitos. Ocorrem manifestações do Movimento Nacional dos Sargentos, das Ligas Camponesas e algumas greves, inspiradas pelo próprio governo para aumentar a pressão por reformas.

O presidente João Goulart passa a organizar uma série de comícios populares em diferentes cidades do país onde anuncia o lançamento de decretos que dariam início às reformas de base. Seu primeiro comício acontece em 13 de março de 1964, no Rio de Janeiro, sendo considerado o início do fim de seu governo. Isso porque as medidas presidenciais colocavam em risco o controle da elite, que vê seus privilégios ameaçados pelas manifestações populares com a incorporação das massas à política do país e começam a se organizar para oferecer oposição.

No dia 19 de março, em protesto ao comício presidencial, setores mais conservadores, contando com o apoio de empresários⁷ e da Igreja Católica⁸, organizam em São Paulo a primeira *Marcha da Família com Deus pela Liberdade*⁹, pregando o perigo da postura anticristã, contra a família e comunista do governo federal¹⁰. Em seguida, contando com apoio norte-americano, em 31 de março de 1964 tropas militares são deslocadas para o Rio de Janeiro, deflagrando-se o golpe militar brasileiro.

Indicado pela junta militar que deflagrara o golpe, assume a presidência da república o marechal Humberto Alencar Castelo Branco (1964-1967), na época chefe do Estado Maior do Exército. Castelo Branco foi sucedido pelo general Artur da Costa e Silva (1967-1969), militar de tendências mais duras e radicais¹¹. Em virtude do afastamento deste último por

⁷ Interesses do capital nacional e estrangeiro ameaçado leva o empresariado a apoiar econômica e politicamente.

⁸ Setores da ala mais conservadora da Igreja Católica tiveram papel fundamental na mobilização que antecedeu o golpe de 1964.

⁹ Segundo estimativas existentes na época, a Marcha do Rio de Janeiro contou com a participação de 500 mil pessoas, tendo sido organizada em diferentes cidades do Brasil. Seu fundo estratégico consistia na manipulação dos sentimentos religiosos da população, majoritariamente católica.

¹⁰ As tentativas de reforma passam a ser encaradas como tentativas de implantar o comunismo no país, quando na verdade tratava-se apenas da modernização necessária para reduzir as desigualdades sociais, tão exacerbadas no país.

¹¹ Conforme esclarecem Miriam Dolhnikoff e Flávio de Campos, “Os militares distinguem-se ainda em dois outros agrupamentos: a chamada “Sorbonne”, como eram conhecidos os ideólogos da Escola Superior de Guerra (ESG), que forneceriam as bases doutrinárias para a intervenção político-social, e os representantes da “linha dura” que comandavam as principais unidades militares. Durante os vinte anos de ditadura, esses dois grupos disputaram o controle político do país e compuseram o núcleo do

motivos de saúde, foi formada uma Junta Governativa Provisória em 1969. Essa Junta foi responsável pela edição da Emenda Constitucional n.º 1/1969¹², introduzindo modificações no texto constitucional.¹³

Os anos seguintes foram de sistemáticas violações aos direitos humanos. Inúmeros brasileiros foram presos, torturados, mortos e desaparecidos. Assim, em contrapartida as violações, desrespeitos e retrocessos do período, surgem algumas iniciativas de resistência a abusividade perpetrada pelas forças militares e seus apoiadores. Tais grupos são frutos da repressão e da impossibilidade de oposição legal e de resistência civil, e são influenciados pelas guerrilhas que haviam começado a se formar nos países latino-americanos vizinhos. Dessa forma:

Em resposta à falta de alternativa para a oposição legal, grupos de esquerda começaram a agir na clandestinidade e adotar táticas militares de guerrilha urbana e rural. Em setembro de 1969, houve o primeiro ato espetacular da guerrilha urbana, o seqüestro do embaixador norte-americano. Daí até o final do governo Médici, em 1974, forças da repressão e da guerrilha se enfrentaram em batalha inglória e desigual. Aos seqüestros e assaltos a bancos dos guerrilheiros, respondia a repressão com prisões arbitrárias, tortura sistemática de presos, assassinatos. Opositores assassinados eram dados como desaparecidos ou mortos em acidentes de carro. A imprensa era proibida de divulgar qualquer notícia que contrariasse a versão das forças de segurança.¹⁴

O fato de as guerrilhas serem isoladas politicamente e divididas, além das sucessivas mortes e desaparecimentos dos militantes que as compunham, fizeram com que os grupos de luta armada comesçassem a desaparecer. Em 1972 a maioria dos grupos armados já não existia. Seus líderes morreram em confronto com as forças militares ou sob tortura. Dessa forma, todos os grupos que optaram pela luta armada, cedo ou tarde acabaram esfacelados pelos militares, resultando na prisão, tortura, morte, “desaparecimento” e banimento de centenas de militantes envolvidos. Na verdade, dada a falta de preparo da maioria dos

poder.” (DOLHNIKOFF; CAMPOS. *Op. cit.* p. 271)

¹² BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>

¹³ Essas alterações trazidas pela edição da EC n.º 1/1969 fazem com que alguns juristas defendam tratar-se, a bem da verdade, de nova Constituição, debate este que não se entende como pertinente ao presente trabalho.

¹⁴ CARVALHO. **Cidadania no Brasil**. 2012. p. 162-163.

jovens envolvidos, bem como a diferença de recursos disponíveis, tem-se que a esquerda armada jamais constituiu ameaça política significativa ao regime, mas seus ataques deram argumentos aos militares linha-dura, fortalecendo a opinião dos que defendiam uma maior repressão.¹⁵

Em 1973 o general Ernesto Geisel toma posse, prometendo o início de uma distensão política¹⁶, verdadeira liberalização do regime com uma abertura “lenta, gradual e restrita”. Assim, apesar da repressão, uma nova conjuntura nacional começa a se caracterizar com o crescimento das lutas populares e o isolamento político do regime, ao mesmo tempo em que se agrava a situação econômica. Esse cenário tem como propulsores a promessa de distensão por parte do general Geisel e as vitórias do MDB nas eleições de 1974, que apesar de configurarem uma oposição consentida, mostram a existência de um movimento para rearticulação política da sociedade.

Pessoas dos mais diversos segmentos da sociedade civil começam a se manifestar e a se organizar por uma mudança de regime e pela redemocratização do estado brasileiro, podendo-se citar entre eles professores, intelectuais, estudantes, artistas, religiosas, sindicatos, associações de moradores e associações trabalhistas, grupos representando parcelas mais vulneráveis da sociedade como negros, mulheres, pessoas com incapacidades físicas, idosos, a imprensa estrangeira e a imprensa nacional.

São exemplos de mudança no cenário político brasileiro os Pacotes de abril de 1977 e de junho de 1978, a Lei de Anistia de 1979, a Lei da Reforma Partidária também de 1979, a EC n.º 15 de 1980 estabelecendo eleições diretas para Governadores, resultando já em eleições diretas para Governadores no ano de 1982 e o movimento *Diretas Já* que tem início em 1983, com a rejeição da PEC n.º 5/1983, apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira.

¹⁵ Cfe. SKIDMORE. **Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985**. 1989. p. 249.

¹⁶ A estratégia da distensão foi formulada pelo general Golbery. Quanto as razões de Geisel e Golbery para promoverem a abertura provavelmente dizem respeito ao desgaste enfrentado pelo governo e os reflexos negativos da Ditadura Militar nas forças armadas.

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político social.¹⁷

Ainda que rejeitada, a EC n.º 5/1983 ensejou a eleição indireta de Tancredo Neves em 1985, encerrando duas décadas de ditadura militar no Brasil. Com o seu falecimento, assumiu o seu vice, José Sarney, que apesar de seus laços com o governo autoritário, deu continuidade a abertura democrática, instituindo, através do Decreto n.º 91.450/1985¹⁸ a Comissão provisória de Estudos Constitucionais, conhecida por Comissão Afonso Arinos, seu presidente, e buscando cumprir o disposto na EC n.º 26/1985¹⁹, determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.²⁰

3. O REGIME DOS ATOS INSTITUCIONAIS

O período de exceção no Brasil, diferentemente dos outros regimes militares latino-americanos²¹, se caracterizou pelo uso do aparato legal como forma de sustentação e legitimação perante à população civil, mantendo, com pequenas exceções, o Congresso Nacional em funcionamento.

Durante o regime, o sistema partidário organizava-se em dois partidos, a Aliança Renovadora Nacional – ARENA –, partido apoiado pela situação (militares), e o Movimento

¹⁷ SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. 2010. p. 88.

¹⁸ BRASIL. **Decreto n.º 91.450**, de 18 de julho de 1985. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=91450&tipo_norma=DEC&data=19850718&link=s>

¹⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 26**, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>.

²⁰ LENZA. **Direito constitucional esquematizado**. 2013. p. 128-129.

²¹ A Revolução Cubana ocorreu em 1959. Por sua vez, pode-se citar como exemplo das demais ditaduras latino-americanas as estabelecidas em 1954 na Guatemala e no Paraguai, em 1966 na Argentina, em 1968 no Peru, em 1973 no Uruguai e no Chile, em 1978 na República Dominicana, entre outras.

Democrático Brasileiro – MDB –, considerada oposição consentida. Dessa forma, manteve-se a aparência de legalidade, pois os membros do Congresso Nacional, frente às constantes ameaças e tentativas de coerção por parte dos militares, não conseguiam exercer seus mandatos de forma livre e imparcial.

De tal sorte, ainda que com a manutenção do Congresso Nacional e a existência do bipartidarismo, os militares é quem legislavam concretamente através dos Atos Institucionais e Ato complementares, estabelecendo-se o que passou a ser denominado de Regime dos Atos Institucionais²².

Segundo relatório da Comissão Nacional da Verdade – CNV, entregue a Presidência do Brasil em 10 de dezembro de 2014

A ordem jurídica do regime militar era híbrida: ainda vigorava a Constituição de 1946, porém, nos limites estabelecidos pelos atos institucionais que passaram a ser editados. Em outras palavras, ao lado de uma ordem de base constitucional, de caráter permanente, havia uma ordem de base institucional, de caráter transitório, que vigoraria o tempo que fosse necessário para consolidar o projeto político dos militares. As Constituições de 1946 e de 1967 – alterada pela Emenda Constitucional no 1/1969 – e os atos institucionais editados durante o regime eram tidos pelos militares como normas fundacionais, a partir das quais se construiu o ordenamento jurídico da ditadura.²³

Ao todo, durante o regime ditatorial, foram editados 17 Atos institucionais²⁴. Os cinco primeiros atos são os mais conhecidos da população, em virtude das mudanças estabelecidas. O ato inaugural, Ato Institucional n.º 1²⁵, de 09 de abril de 1964, redigido por Francisco Campos²⁶, estabelece, principalmente, a eleição indireta para Presidente. É nele que o governo militar deixa clara sua visão de que o regime, a bem da verdade, se trata

²² Nesse sentido, vale ressaltar que os Atos Institucionais foram normas arbitrariamente editadas entre os anos de 1964 e 1969 pelos comandantes das forças armadas ou pelo presidente, sem qualquer consulta popular ou participação dos membros do poder legislativo, eleitos como representantes do povo.

²³ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 935.

²⁴ BRASIL. **Atos Institucionais 1 a 17**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>

²⁵ BRASIL. **Ato Institucional n.º 1**, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-01-64.htm>

²⁶ Francisco Campos foi o responsável pela elaboração e redação da Constituição de 1937, considerada por muitos doutrinadores como fascista.

de uma Revolução. Acerca desse entendimento, relevante a transcrição, *in verbis*, do seu preâmbulo:

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica **revolução**.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela **revolução**. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a **revolução vitoriosa**, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destituiu o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da **revolução vitoriosa**, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, **em nome da revolução que se tornou vitoriosa** com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. **A revolução vitoriosa** necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela **revolução vitoriosa**, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o **processo revolucionário**, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a **revolução vitoriosa**, resolvemos, igualmente, **manter o Congresso Nacional**, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a **revolução** não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as **revoluções**, a sua legitimação.

Em nome da **revolução vitoriosa**, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte.²⁷ (grifo nosso)

O AI-1 mantém a Constituição anterior de 1946, alterando-a, vez que modifica aspectos que dizem respeito às eleições, projetos de emendas constitucionais para alteração da Constituição, conferindo, no geral, grandes poderes ao Presidente, que passa a poder decretar estado de sítio, contar com poderes para alterar a Constituição, suspender direitos políticos e cassar mandatos. Assim, o AI-1 além de suspender as garantias de vitaliciedade e estabilidade, vai mais além ao retirar do judiciário o poder de apreciar a suspensão e ou cassação dos direitos políticos, como se observa da leitura do próprio texto legal:

Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

[...]

§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.²⁸

O AI-1 defere ainda ao Presidente a possibilidade de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos sem a necessidade de apreciação do ato por parte do Poder Judiciário, conforme segue:

Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.²⁹

²⁷ BRASIL. **Ato Institucional n.º 1**, de 9 de abril de 1964.

²⁸ Idem. Ibidem.

²⁹ Idem. Ibidem.

Esse ato deu ensejo ao início de algumas cassações, como a do ex-presidente e na época senador Juscelino Kubitschek de Oliveira³⁰, que ensaiava possível candidatura presidencial para o ano de 1965 e era considerado, pelas forças armadas, extremamente popular junto aos cidadãos brasileiros.

Sobre o AI-1, assim se manifesta a Comissão Nacional da Verdade:

Ocorreram dispensas, reformas, aposentadorias ou demissões sumárias de quem, a juízo da ditadura militar, tivesse atentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública. Ao presidente da República, o AI-1 conferia poderes larguíssimos, incluindo o de cassar mandatos, suspender direitos políticos, intervir nos estados, decretar estado de sítio e emendar a própria Constituição. O controle judicial manteve-se restrito a formalidades, ficando excluídos de qualquer apreciação judicial os atos praticados com fundamento no ato institucional.³¹

Já no ano seguinte, em 27 de outubro de 1965, tem-se a expedição do Ato Institucional n.º 2³². Entende-se como necessário realizar a integral transcrição do preâmbulo do AI-2 para uma maior compreensão do contexto da época:

À NAÇÃO

A Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e um Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão.

No preâmbulo do Ato que iniciou a institucionalização, do movimento de 31 de março de 1964 foi dito que o que houve e continuará a haver, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, mas também na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. E frisou-se que:

- a) ela se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação;
- b) a revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma;

³⁰ ÍNTEGRA do último discurso de Juscelino Kubitschek como senador, na véspera da cassação. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2012/12/21/integra-do-ultimo-discurso-de-juscelino-kubitschek-como-senador-na-vespera-da-cassacao-1>>

³¹ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 936.

³² BRASIL. **Ato Institucional n.º 2**, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-02-65.htm>

c) edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória, pois graças à ação das forças armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representa o povo e em seu nome exerce o Poder Constituinte de que o povo é o único titular.

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País".

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.³³

Em seu artigo 6º e parágrafos seguintes, o AI-2 eleva para dezesseis o número de ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal – STF³⁴, introduz novamente a figura do Juiz Federal, extinta pela Constituição de 1937, que passa a ser indicado politicamente, ao passo que anteriormente sua nomeação se dava pelo Presidente da República.

Dando continuidade ao estabelecimento de mudanças que os militares entendiam cabíveis, o AI-2 transfere a competência para processar e julgar os crimes contra a

³³ BRASIL. **Ato Institucional n.º 2**, de 27 de outubro de 1965.

³⁴ O STF contava anteriormente com 11 ministros, quantidade determinada pelo Decreto n.º 19.656/1931.

segurança nacional para a Justiça Militar, alterando o parágrafo 1º do artigo 108 da Constituição de 1947, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 108 - A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas.

§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.³⁵

O AI-2 ainda em seu artigo 14, mantém a suspensão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e o exercício de funções por tempo certo, extinguindo os 13 Partidos Políticos existentes à época no artigo 18, mantendo também as hipóteses de exclusão da apreciação de certos atos por parte do Poder Judiciário em seu artigo 19. Segundo a Comissão Nacional da Verdade, essas alterações:

[...] demonstram o intento deliberado do regime ditatorial de alinhar a magistratura federal de primeira instância com a ideologia e a burocracia do regime. Não por acaso, a magistratura federal tinha por atribuição julgar, mesmo que não exaustivamente, as seguintes matérias: os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; os crimes contra a organização do trabalho e o exercício do direito de greve e os HC em matéria criminal de sua competência ou quando a coação proviesse de autoridade federal não subordinada a órgão superior da Justiça da União. O AI-2 deveria vigorar até a posse do presidente da República a ser eleito em 3 de outubro de 1966.³⁶

Doravante, tem-se o AI n.º 3, de 5 de fevereiro de 1966³⁷, que cuida das eleições ocorridas no mesmo ano, importantes considerando-se a manutenção do poder pelos militares. No final do ano de 1966, tem-se o Ato institucional n.º 4 de 12 de dezembro de 1966³⁸, que convoca o Congresso Nacional para apreciar projeto de Constituição proposto pelo Presidente.

Tem-se, dessa forma, a promulgação de uma Constituição pelo governo militar,

³⁵ BRASIL. **Ato Institucional n.º 2**, de 27 de outubro de 1965.

³⁶ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 936-937.

³⁷ BRASIL. **Ato Institucional n.º 3**, de 5 de fevereiro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm>

³⁸ BRASIL. **Ato Institucional n.º 4**, de 12 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>

entrando em vigor quando da posse como presidente do Marechal Arthur da Costa e Silva.

Sobre essa Constituição, afirma José Afonso da Silva:

Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização. Atualizou o sistema orçamentário, propiciando a técnica do orçamento-programa e os programas plurianuais de investimento. Instituiu normas de política fiscal, tendo em vista o desenvolvimento e o combate à inflação. Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente o direito dos trabalhadores.³⁹

Por fim, entre as menções aqui cabíveis, tem-se o mais conhecido e draconiano dos Atos Institucionais, o AI n.º 5, de 13 de dezembro de 1968⁴⁰, que marca o início do período mais duro da ditadura militar brasileira. O AI-5 é assim considerado pois suspende a garantia do *habeas corpus*, dispõe dos poderes do Presidente para decretar estado de sítio, intervenção federal, suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos, voltando a excluir seus atos da apreciação por parte do Poder Judiciário e podendo decretar recesso no Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais. Ainda, em conjunto com o AI n.º 5, foi editado o Ato Complementar n.º 38⁴¹, determinando o fechamento do Congresso Nacional, que assim permaneceu por quase um ano.

Após a edição do AI-5, em dezembro de 1968 é anunciada a primeira lista de cassações, contendo o nome de 11 deputados federais. Em 19 de janeiro de 1969, é editada

³⁹ SILVA. **Op. cit.** p. 87.

⁴⁰ BRASIL. **Ato Institucional n.º 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>

⁴¹ BRASIL. **Ato Complementar n.º 38**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-38-68.htm>

mais uma lista, contendo o nome de 2 senadores e 35 deputados federais. Foram aposentados ainda três ministros do STF: Hermes Lima, Vítor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, seguidos por uma saída voluntária do presidente do tribunal na época, Antônio Gonçalves de Oliveira e do ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada, bem como um ministro do Superior Tribunal Militar, Peri Constant Bevilacqua. Pode-se considerar que as cassações dos ministros geraram grande temor nos demais juízes, eis que viram concretizados, por meio de cassações de juízes e ministros, o controle do Poder Judiciário por parte dos militares.

Outrossim, artistas e intelectuais passaram a ser censurados e perseguidos. Professores como Fernando Henrique Cardoso, Caio Prado Júnior e Florestan Fernandes foram expulsos de suas Universidades. Ao todo, 333 representantes do Poder Legislativo tiveram seus direitos políticos suspensos apenas no ano de 1969 (78 deputados federais, cinco senadores, 151 deputados estaduais, 22 prefeitos e 23 vereadores).

4. SUPREMACIA DO EXECUTIVO E O PODER JUDICIÁRIO

Parece que a partir das edições dos Atos Institucionais, passou-se a ter, no Brasil, uma preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes, que ficavam sob o comando direto do Presidente. Verifica-se, portanto, uma utilização do Poder Executivo para instrumentalizar o regime militar, desrespeitando a ideia clássica de separação de poderes, que deveriam operar de forma harmônica e independente entre si, oferecendo freios e contrapesos quando de suas atuações em uma sociedade democrática.

Esse entendimento é compartilhado pela Comissão Nacional da Verdade, que argumenta que os 17 Atos editados revelam um processo de fortalecimento de um dos poderes, o do Executivo, que foi se sobrepondo aos demais gradualmente.⁴²

Com efeito, não se estabeleceu limite ao exercício do Poder Executivo, nem se respeitou a autonomia dos poderes, pois o Poder Legislativo e Judiciário viram-se

⁴² Cfe. BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. 2014. p. 936.

submetidos ao Poder Executivo, controlado pelos militares, além de terem de obedecer ao disposto nos Atos Institucionais e seus complementos, assim como o estabelecido na Lei de Segurança Nacional.

A supremacia do Executivo pode ser entendida como um reflexo da perda de força política do Legislativo, cujo voto foi silenciado. Por sua vez, por meio de contenções legais, ficou afastada do Poder Judiciário sua competência e possibilidades de atuação quando do cerceamento de direitos e garantias fundamentais. Assim, as violações ocorridas em decorrência de omissões/ações do Poder Executivo eram apreciadas de forma errática, pois algumas vezes inclusive sem qualquer apreciação, dado o esvaziamento das prerrogativas e competências do Poder Judiciário, que não pode fazer valer suas atribuições constitucionais em todo o seu potencial.

Conforme relatório da Comissão Nacional da Verdade:

[...] durante o regime militar, num processo iniciado em 1964 e concluído em 1969, restringiu-se, de um lado, o acesso ao Poder Judiciário, ao impedir-se o controle judicial sobre determinadas matérias; de outro, possibilitou-se a interferência, pelo presidente da República, na estrutura e na composição das instituições judiciárias, mediante criação e extinção de cargos e aposentadoria de magistrados.⁴³

O processo de esvaziamento do Poder Judiciário e fortalecimento do Executivo pode ainda ser observado através do Decreto Lei n.º 898, de 21 de setembro de 1969⁴⁴, que institui a Lei de Segurança Nacional. Essa lei *Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências*. A Lei de Segurança Nacional prevê para os crimes nela listados diversos tipos de penas, como a de detenção, reclusão, prisão perpétua e até pena de morte nos casos dos crimes que resultassem em falecimento. Estabelece ainda a competência da Justiça Militar para julgar esses crimes, ficando sujeitos ao foro militar tanto os militares quanto os civis.

Nesse bojo, entende-se que a atuação dos ministros do STF à época deu-se de acordo

⁴³ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 939.

⁴⁴ BRASIL. **Decreto Lei n.º 898**, de 21 de setembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10898.htm>

com o contexto político e suas possibilidades de atuação, vez que sua competência foi gradualmente diminuída e pelo fato de encontrarem-se sob a égide de um Executivo pautado por preocupações com a segurança nacional, sua proteção e defesa, e a contenção do comunismo. Dessa forma, submetido ao Poder Executivo, o STF revela atuação errática, com uma acentuada inconstância nos seus posicionamentos, proferindo decisões antagônicas, hora a favor, hora contra.

Sobre a atuação do STF durante a ditadura militar, o relatório da Comissão Nacional da Verdade assim disciplina:

No âmbito do STF, verificaram-se três tipos de atitudes: num primeiro momento, o STF omitiu-se, não conhecendo pedidos de habeas corpus em que a autoridade coatora fosse militar; em etapa posterior, porém, passou não somente a conhecê-los como também, no mérito, a conceder a ordem, deferindo, entre o golpe de 1964 e as vésperas da entrada em vigor do AI-5, a maioria dos pedidos. Com a vigência do AI-5, porém, o STF, impossibilitado agora de conhecer pedidos de habeas corpus impetrados por acusados dos crimes previstos no ato institucional, foi reduzido, nessa matéria, à condição de ator secundário, a quem, quando provocado, na maioria das vezes se declarava incompetente. No sistema de justiça do regime inaugurado em 1964, o protagonismo em tudo que dissesse respeito aos crimes contra a segurança nacional passou a ser, depois do AI-5, da Justiça Militar. Isso significou submeter as pessoas acusadas de crimes previstos no artigo 10 do AI-5 ao julgamento por juízes que tendiam a orientar-se por aquilo que julgavam ser interessante, conveniente e oportuno para a dita “revolução”.⁴⁵

Com efeito, com as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais, o protagonismo passou a pertencer à Justiça Militar, principalmente a partir da edição do AI-2, processando e julgando civis e militares que tivessem incorrido nos crimes tipificados pela Lei de Segurança Nacional. A Justiça Militar foi a responsável pela execução de perseguições e punições políticas durante a ditadura militar, tendo, entre outros, aplicado a Lei de Anistia⁴⁶ aos militares e se omitido nos casos de violações aos direitos humanos de que tomava conhecimento. Sobre a Justiça Militar, tem-se que esta

Com a incorporação das alterações promovidas pelo Decreto-Lei no 1.003/1969, que institucionalizou as punições políticas, a Justiça Militar ampliou formalmente suas

⁴⁵ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 956.

⁴⁶ BRASIL. **Lei 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>

atribuições, passando a competir-lhe o processamento e o julgamento de civis incurso em crimes contra a segurança nacional e as instituições militares. Com isso, tornou-se uma genuína retaguarda judicial para a burocracia e para a repressão ditatoriais, mostrando-se, muitas vezes, conivente ou omissa em relação às denúncias de graves violações de direitos humanos.⁴⁷

Por sua vez, a Justiça Comum foi chamada a pronunciar-se em ações propostas por vítimas ou seus familiares, como na ação ajuizada pelos familiares de Vladimir Herzog e os de Julia Gomes Lund e outros familiares de combatentes que desapareceram quando do episódio da Guerrilha do Araguaia⁴⁸.

Acerca da atuação da Justiça comum estadual e federal, a Comissão Nacional da Verdade vislumbrou

[...] um significativo abuso do direito de defesa por parte da União e dos agentes da repressão processados. Observou-se, também, um comportamento dos órgãos judicantes – notadamente, das instâncias superiores –, no mais das vezes, pautado na interpretação do STF, que persiste, ainda na atualidade, por entender a Lei da Anistia como um óbice ao processamento e à apuração de graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes da repressão durante a ditadura.⁴⁹

O relatório da Comissão Nacional da Verdade encerra suas considerações sobre o tema entendendo que durante a ditadura militar, as decisões do Poder Judiciário refletiam seu tempo e seus senhores, em uma sociedade repressiva e violenta. Os magistrados que permaneceram como tais no Poder Judiciário frequentemente eram parte da estrutura militar e tinham clareza das circunstâncias em que haviam sido ungidos, interpretando e aplicando o ordenamento em consonância com o regime militar.⁵⁰

Sobre a atuação dos magistrados em geral, vale apenas frisar que no Brasil, país de dimensões continentais, os efeitos do período de exceção foram sentidos de forma diferente, pois a atuação militar não se deu em todos as regiões do país da mesma maneira e com a mesma intensidade, não se podendo falar, portanto, em uma única visão acerca da

⁴⁷ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 948.

⁴⁸ A Guerrilha do Araguaia foi um movimento de resistência armada à ditadura militar brasileira. A Guerrilha foi organizada por membros do Partido Comunista do Brasil – PCdoB, que se estabeleceu nas margens do rio Araguaia, nos estados do Pará, Maranhão e Goiás, entre o final da década de 60 e início da década de 70.

⁴⁹ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 957.

⁵⁰ Cfe. BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014. p. 957.

atuação do poder judiciário durante o período de exceção.

Acerca da atuação dos advogados, o mesmo pode ser dito, uma vez que alguns profissionais se viram intrinsecamente envolvidos pela defesa dos direitos violados e outros em nada participaram. Todavia, não há como se negar que a profissão de advogado, umbilicalmente ligada à administração da justiça, viu-se alvo do interesse militar em diversos momentos.

Em documento que trata de sua autonomia⁵¹, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB –, considera que durante a ditadura militar ocorreram duas investidas contra a autonomia da Ordem, vez que as forças armadas tentaram submetê-la ao controle direto do Poder Executivo. A primeira tentativa teria sido quando do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967⁵². O Decreto tratava de reforma administrativa das Autarquias, sendo que o Decreto n.º 60.900, de 26 de junho de 1967⁵³, vinculou a OAB ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social, em flagrante tentativa de lhe retirar a autonomia. Em decisão publicada no ano seguinte no Diário Oficial da União – DOU – de 21 de outubro de 1968, considerou-se não aplicar à Ordem a legislação referente às Autarquias, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º do artigo 139 da Lei n.º 4.215/63⁵⁴, o Estatuto da OAB vigente na época, que disciplinava não se aplicar à OAB disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais.

A segunda tentativa teria se dado quando do Decreto n.º 74.000/1974⁵⁵, que mais uma vez vinculava o Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil ao Ministério do Trabalho. Dessa vez, entretanto, a vinculação perdurou por alguns

⁵¹ A QUESTÃO da autonomia. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/prmanos_questaoauto.htm>

⁵² BRASIL. **Decreto-lei n.º 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>

⁵³ BRASIL. **Decreto n.º 60.900**, de 26 de junho de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1950-1969/D60900.htm>

⁵⁴ BRASIL. **Lei n.º 4.215**, de 27 de abril de 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>

⁵⁵ BRASIL. **Decreto 74.000**, de 1º de maio de 1975. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=187999&norma=203431>>

anos, sendo retirada apenas em 14 de fevereiro de 1978, com publicação no DOU de parecer que desligava a Ordem de sua vinculação governamental.

Essas situações podem ser vistas como tentativas de submissão dos advogados ao Poder Executivo, que poderia reprimi-los em sua atuação, retirando-lhes a autonomia quando do exercício da profissão. Assim, nessas ocasiões de vinculação ao Executivo, os advogados tiveram que passar a ponderar acerca da prática da advocacia, além de, em alguns casos, sofrerem ameaças em razão de seu exercício, mesmo em situações em que a independência do exercício da profissão não havia sido subtraída.

À época, os advogados encontravam-se num contexto em que sua atuação profissional mostrava-se extremamente necessário, vez que o período era pautado pelo controle estatal, pela censura, por punições e cerceamento de direitos, por torturas, prisões, assassinatos e desaparecimentos, assim como diversas outras arbitrariedades, sem obediência aos princípios máximos do contraditório e da ampla defesa.

É esse, portanto, um contexto em que o papel do operador do direito se vê diminuído, ainda que não tenha desaparecido completamente, uma vez que muitos profissionais, apesar das dificuldades, persistiram na tentativa de oferecer algum respaldo legal para minorar o sofrimento daqueles que se viram impactados pelo regime, na forma das prisões ilegais, torturas, desaparecimento, entre outros.

A redemocratização trouxe consigo à promulgação de uma nova Constituição, apelidada de cidadã. Essa Constituição engloba em seu texto a proteção de uma gama imensa de direitos e garantias, restabelecendo o Estado de Direito e auferindo um panorama de ascensão ao Poder Judiciário, pois, ciente dos problemas enfrentados por este Poder durante a ditadura, o Constituinte positivou no texto máximo uma maior autonomia e independência ao Judiciário nos artigos 92 a 100⁵⁶. Também deu nova feição ao Ministério Público, atribuindo-lhe a guarda da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

⁵⁶ Sobre o Poder Judiciário na Constituição de 1988 ver: RODRIGUES; LAMY. **Teoria Geral do Processo**. 2016. p. 259-298.

sociais e individuais indisponíveis⁵⁷. Finalizando, o texto constitucional, em seu artigo 133, positivou no texto constitucional a importância do exercício da advocacia, pois considerou que a figura do advogado como indispensável à administração da justiça⁵⁸, situação reforçada pelo Estatuto da Advocacia e da OAB editado em 1994⁵⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime ditatorial brasileiro, que perdurou por duas décadas, foi um período de cerceamento de liberdades políticas e individuais, com graves violações aos direitos humanos. Diferentemente da sucessão de regimes militares que dominaram o restante da América Latina, no Brasil manteve-se a aparência de legalidade e de funcionamento das instituições democráticas.

Como se pode observar da leitura do presente artigo, a validade dos Atos Institucionais não adivinha de obedecerem a um processo legislativo democrático, no qual os representantes regularmente eleitos por sufrágio universal fariam ouvir, ainda que apenas teoricamente, as demandas de seus eleitores. A validade dos Atos era uma decorrência do poderio militar, das forças armadas que se encontravam por trás da formulação e edição desses Atos, utilizados como um mecanismo de sustentação do regime, auferindo-lhe fundamentação jurídica, suportando a ditadura legalmente e assim, combatendo manifestações populares.

Os Atos editados pelos militares, portanto, apesar de respaldados legalmente, careciam de legitimidade popular, podendo, inclusive, serem considerados moralmente injustos, pois não contavam com o aval do povo, detentor do poder soberano em uma democracia. Esses Atos retiraram do Legislativo a competência para legislar, outorgando-a ao Presidente da República, ocorrendo o fenômeno do fortalecimento do Executivo e consequente esvaziamento dos demais poderes.

⁵⁷ Sobre o Ministério Público na Constituição de 1988 ver: RODRIGUES; LAMY. **Op. cit.** p. 300-308.

⁵⁸ Sobre a advocacia na Constituição de 1988 e na Lei n.º 8.906/1994 ver: RODRIGUES; LAMY. **Op. cit.** p. 311-322.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n.º 8.906**, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>

Nesse bojo, modifica-se a relação existente entre os poderes, que perdem sua autonomia. Especificamente no tocante ao Poder Judiciário, observou-se toda uma modificação em sua competência e atuação, que se deslocou em grande parte para a Justiça Militar, ferindo as competências constitucionalmente outorgadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

A QUESTÃO da autonomia. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/primanos_questaoauto.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. Um relato para a história. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto n.º 91.450**, de 18 de julho de 1985. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=91450&tipo_norma=DEC&data=19850718&link=s>. Acesso em 30 de junho de 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 26**, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-

85.htm>. Acesso em 30 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto 74.000**, de 1º de maio de 1975. Dispõe sobre a vinculação de entidades e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=187999&norma=203431>>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 898**, de 21 de setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Ato Complementar n.º 38**, de 13 de dezembro de 1968. Decreta o recesso do Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-38-68.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Atos Institucionais 1 a 17**. Disponíveis em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em 30 de junho de 2016.

BRASIL. **Decreto n.º 60.900**, de 26 de junho de 1967. Dispõe sobre a vinculação das

entidades da Administração Indireta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1950-1969/D60900.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 4.215**, de 27 de abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em 30 jun. 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: um longo caminho. 15. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

DOLHNIKOFF, Miriam; CAMPOS, Flávio de. **Manual do candidato**: história do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2001.

FAUSTO, Bóris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

ÍNTEGRA do último discurso de Juscelino Kubitschek como senador, na véspera da cassação. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2012/12/21/integra-do-ultimo-discurso-de-juscelino-kubitschek-como-senador-na-vespera-da-cassacao-1>>.

Acesso em: 30 jun. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen, Atlas; 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil**: de Castelo a Tancredo 1964-1985. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

Joacir Sevegnani¹

INTRODUÇÃO

A solidariedade social, como um valor que envolve e permeia as relações humanas, se afigura como um atributo inerente à vida em comunhão com o outro desde tempos pretéritos. Contudo, somente a partir de meados do século XX é que muitos Estados nacionais a introduziram em suas constituições, o que permitiu conferir-lhe um caráter de juridicidade.

No Brasil, a inclusão da solidariedade social no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, como norma programática, vem ensejando discussões acerca da possibilidade de atribuir-lhe eficácia normativa. Com essa caracterização, ganha uma dimensão ampliada que permite repensar as bases da tributação.

A sujeição da tributação ao princípio da solidariedade social não tem o condão de desconsiderar os seus princípios mais caros, como o da legalidade. Não se trata de atribuir-lhe um predomínio sobre as demais normas, mas de propiciar uma composição equilibrada, de modo a contribuir para uma tributação segundo bases imponíveis adequadas à capacidade contributiva dos contribuintes.

Nessa linha, o estudo tem por objetivo demonstrar que se campo potencial de incidência dos tributos está delimitado pela capacidade contributiva, hodiernamente é a solidariedade social que lhe dá sustentação, possibilitando a sua instrumentalização por meio de uma progressividade ampla. A concretização desse modelo tributário no Brasil

¹ Auditor Fiscal da Receita Estadual do Estado de Santa Catarina; Professor de Direito Tributário e Direito Constitucional do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI; Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Doutor em Giurisprudenza, sob a modalidade dupla titulação pela Universidade de Perúgia, Itália.

pode fortalecer o ideário de uma tributação voltada não apenas à arrecadação, mas, sobretudo, a cumprir a sua função redistributiva e, por consequência, reduzir as desigualdades sociais.

2. O CONCEITO DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

A palavra solidariedade não tem uma larga história. Conquanto sua raiz seja latina, provém do francês “*solidarité*”, pois o termo não existia no latim clássico nem no medieval. No latim, a expressão *in solidum* significava compacto e equivalia à totalidade ou ao todo. Partindo-se da sua raiz etimológica podem-se distinguir dois universos significativos: o de algo que está construído solidamente e de obrigações contraídas conjuntamente. Do primeiro, infere-se a lógica orgânica ou a consideração da unidade de um todo em que as partes estão solidamente ligadas e, do segundo, a exigência de compartilhar o destino entre pessoas.²

No Direito Romano a solidariedade significava a natureza coletiva de uma responsabilidade financeira ou penal, segundo a qual cada membro de um coletivo podia ser responsável por todo o grupo ou, ao contrário, um grupo podia carregar a responsabilidade de um dos seus membros. Hoje, no âmbito jurídico, o termo solidariedade não está ligado unicamente ao direito das obrigações e vincula-se, principalmente, com a teoria dos direitos humanos e do Direito Constitucional.³

Como destaca González Sánchez, um passo importante na conceituação da solidariedade acontece quando se deixa de vê-la como uma conduta baseada em uma moralidade individual, que se canaliza por ações de ajuda mútua, nos moldes que se concretizam nas relações familiares. Quando ocorre a passagem para a solidariedade baseada num modelo em que o indivíduo está integrado na convivência social e impregnado

² VILLAR EZCURRA, Alicia; GARCIA-BARÓ LÓPEZ, Miguel. **Pensar la solidaridad**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 120-121.

³ VILLAR EZCURRA, Alicia; GARCIA-BARÓ LÓPEZ, Miguel. **Pensar la solidaridad**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 121.

de uma cultura política, deixa de adotar uma atitude passiva e assume responsabilidades e deveres para com a organização política.⁴

O designativo “social”⁵ é que confere à solidariedade o sentido de um instituto que trata das relações entre pessoas de grupos sociais, da sociedade ou de comunidades internacionais, numa acepção ampla. Daí que a solidariedade acrescida do adjetivo “social” se refere ao sentimento de pertencer à união de indivíduos para a realização de fins voltados à consecução do bem comum. Disto resulta que ela pode ser entendida como uma relação de corresponsabilidade e partilha que vincula os membros uns aos outros, objetivando a mútua ajuda nas dificuldades e nas necessidades.

Evidencia-se ainda que o vocábulo possui uma estreita ligação com a fraternidade. Contudo, aparenta que, nos dias de hoje, essa correlação envolve uma dimensão valorativa e derivativa que permite estabelecer entre ambas uma distinção sob a ótica da abrangência que comportam. A fraternidade pode ser entendida como o conjunto no qual se encontra inserida a solidariedade, como um subconjunto daquela.

Como explica Borgetto, não existe contradição ou inconsistência entre ambas. Na realidade, a solidariedade é tanto um princípio como parte de um conceito maior que é abrangido pela fraternidade. A fraternidade é significativamente mais rica e mais ampla, na medida em que contempla não só a ajuda ao próximo, mas se exprime também através do amor, da tolerância e do respeito pelos outros. Sendo a fraternidade um conceito geral, a ideia de solidariedade deve ser considerada muito menos como sua substituta ou como um de seus componentes. Fraternidade e solidariedade são institutos que se complementam.⁶

A fraternidade abarca, assim, não apenas um conteúdo de auxílio a alguém ou a uma

⁴ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad en la Constitución Española**: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano. Salamanca: Ratio Legis, 2012, p. 28.

⁵ A adjetivação da solidariedade, com o acréscimo do termo “social” também é adotada por Stefano Giubboni e Ernani Contipelli, respectivamente, nas obras: GIUBBONI, Stefano. **Diritti e solidarietà in Europa**: i modelli sociali nello spazio giuridico europeo. Bologna: Mulino, 2012; CONTIPELLI, Ernani. **Solidariedade social Tributária**. Coimbra: Almedina, 2010.

⁶ BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité. Paris: Editeur LGDJ, 1993, p. 613.

causa, como se qualifica, em regra, a solidariedade. Contempla, sobretudo, uma relação de alteridade em que todos se colocam como iguais. Não iguais em condições materiais, culturais ou sociais, mas como pessoas humanas que se reconhecem e respeitam-se reciprocamente. Dessa forma, é possível definir “a fraternidade como uma forma intensa de solidariedade que une pessoas que, por se identificarem por algo profundo, sentem-se ‘irmãs’”⁷. Disto decorre que a fraternidade é um fato da vida, pois ao nascer adquire-se a condição de coirmã e pertencimento à humanidade.

A fraternidade pode ser concebida como a razão primeira e mais profunda a motivar as relações sociais. Nesta percepção, afigura-se como um valor que guia toda a convivência humana. Os documentos constitucionais têm-lhe atribuído, com frequência, uma configuração valorativa, como forma de servir de base antropológica a todo o ordenamento jurídico, mas sem um caráter normativo. Por outro lado, como uma derivação da fraternidade, a solidariedade social consolidou-se como norma jurídica diretiva, fundamentadora de princípios e regras ou de eficácia normativa imediata. Essa é a conformação que os dois institutos receberam na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸. Enquanto a fraternidade encontra-se inserida no seu preâmbulo, como um valor supremo a guiar a convivência social, as disposições constitucionais que expressam a solidariedade social, conferem-lhe um caráter de princípio fundamental⁹ ou mesmo de norma de aplicabilidade concreta¹⁰.

⁷ PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio esquecido /1**: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008, p. 113.

⁸ Neste trabalho, em substituição à expressão “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, será utilizado por vezes expressões como, Constituição brasileira, Constituição brasileira de 1988 ou Constituição Federal ou Constituição Federal de 1988, visando uma melhor adequação e clareza ao contexto em que estará inserida.

⁹ Dentre os princípios fundamentais prescritos na Constituição da República Federativa do Brasil, a solidariedade social está expressa no inciso I, do artigo 3º, nos seguintes termos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁰ O artigo 40, “*caput*”, da Constituição da República do Brasil, ao dispor sobre o regime de previdência dos servidores, adotou um modelo de solidariedade, ao atribuir a todos a condição de contribuintes, norma que produziu efeitos concretos sobre a contribuição, por exemplo, dos inativos. “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.

Cabe ainda destacar que diversos autores¹¹ tem-lhe atribuído a aceção de direitos de terceira geração. No entendimento de Pérez Luño, a solidariedade social é protagonista e valor-guia dos direitos e liberdades do presente. Os denominados 'direitos de solidariedade', em muitos casos, fazem referência também a garantias jurídicas reivindicadas desde o plano dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, desde os direitos de segunda geração.¹²

Com essas premissas, pode-se estipular que a solidariedade social se relaciona com outros valores e tipos de direitos que incidem na organização jurídica da coletividade. Ademais, por meio de um efeito reflexivo, comporta também deveres. Isto porque, em regra, os direitos têm como correlativos, determinados deveres atribuídos a pessoas físicas e jurídicas. Sem o cumprimento dos deveres, a exemplo do dever fundamental de pagar tributos¹³, não é possível a concretização de muitos direitos.

Ao se lhe atribuir características de direitos e de deveres, resulta também que para a sua concretização, a atuação do Estado é fundamental, seja para estruturar uma organização jurídica que estimule a sua realização ou como instrumento para a compreensão da aplicação e interpretação das normas jurídicas estabelecidas.

No entanto, é preciso ter claro que a solidariedade social não se realiza somente por intermédio da atuação do Estado. Ao seu lado, e sem a necessidade de interferência estatal, se realiza normalmente no espaço da sociedade civil.

Disto emana que a solidariedade social pode materializar-se também pelas ações das pessoas que, por se considerarem membros de uma comunidade, contribuem espontaneamente para reduzir as desigualdades que atingem aquelas que se encontram em situação mais débil, mais desfavorecida ou mais desvantajosa. Não obstante, a distinção

¹¹ A título exemplificativo, vide as obras: TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 421-422 e ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 45.

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 16.

¹³ O dever fundamental de pagar tributos é tratado com profundidade na obra: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

que se procede entre a atuação espontânea dos indivíduos e aquela decorrente da indução estatal, é inegável que ambas atuam conjuntamente numa relação de complementaridade.

Portanto, apesar de a solidariedade social apresentar-se com um sentido aberto e de múltiplas significações, sujeita a mutações no tempo e no espaço, para adequar-se à complexidade da sociedade, é possível aferir que se configura, não apenas como alicerce das relações sociais, mas também como orientação para o legislador, no momento da elaboração das normas jurídicas, e como fundamento para as decisões judiciais e ações desenvolvidas pelos agentes executores das demandas públicas. Nesse contexto, a solidariedade social é um agir conjunto da sociedade e do Estado, mediante o exercício de direitos e o cumprimento de deveres, com o objetivo de proporcionar bem-estar aos cidadãos.

3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

Hodiernamente as funções do Estado são amplas, destacando-se o ofertamento de sistemas de previdência e assistência, zelando pela velhice, pela doença, pela educação, pela segurança, enfim, adotando políticas públicas de atendimento às necessidades dos cidadãos para que possam ter uma existência digna. Os recursos necessários ao financiamento das despesas públicas são obtidos quase que exclusivamente através da arrecadação de tributos.

O poder de instituir e exigir tributos encontra a sua legitimação na soberania que o Estado é detentor, permitindo-lhe apropriar-se de parte do patrimônio dos particulares com capacidade para contribuir, que em regra tem como base impositiva o rendimento, o consumo e a riqueza. Denota-se que se o poder de exigir tributos encontra-se inserido no conceito de soberania e esta provém do povo¹⁴, é inegável que não representam mais uma imposição exigida arbitrariamente do contribuinte, à semelhança da submissão do vencido ao vencedor, como ocorria em tempos antigos.

¹⁴ A Constituição Federal prevê em seu artigo 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No Brasil, os tributos decorrem da lei que é aprovada por representantes escolhidos pelo povo, prerrogativa que é exercida com fulcro no dever fundamental de pagar tributos, que tem na Constituição seu fundamento.

Do ponto de vista jurídico, “tributo é toda prestação pecuniária em favor do Estado ou de pessoa por ele indicada, tendo por causa um fato lícito, previsto em lei, instituidor de relação jurídica”¹⁵. Segundo a concepção de Torres, diante da ampliação dos poderes estatais que a Constituição Federal de 1988 concebeu para o Estado brasileiro, o conceito de tributo também deve ser alargado. Assim, o autor conceitua tributo como o:

[...] dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.¹⁶

Uma conclusão que se extrai dessa nova configuração é que a tributação é, em grande medida, reflexo dos valores impregnados na sociedade, que são captados pelos seus representantes nas casas legislativas e transformados em normas jurídicas.

Nesse prisma, a Constituição brasileira de 1988 delimitou a competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, circunscrevendo a esfera de atuação de cada uma dessas entidades jurídico-políticas, no que concerne à instituição e consequente cobrança dos tributos.

É no texto constitucional ainda que estão expressas as cinco espécies de tributos que podem ser instituídas, bem como as suas características tipificadoras: os impostos¹⁷, as

¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 381.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 320-321.

¹⁷ Imposto é, segundo a definição do artigo 16, do Código Tributário Nacional, “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

taxas¹⁸, a contribuição de melhoria¹⁹, os empréstimos compulsórios²⁰ e as contribuições especiais²¹.

Se o Estado detém a competência para instituir e exigir tributos, resulta que aos contribuintes recai o dever fundamental de pagá-los. Enquanto que do ponto de vista jurídico, o dever fundamental de pagar tributos configura-se como um pressuposto inerente à própria ordem constitucional, do ponto de vista político, decorre da natureza social das pessoas humanas, unidas em sociedade para a realização de fins comuns.

É um dever que indiretamente está relacionado aos direitos fundamentais, como a liberdade. Sem tributos o cidadão somente desfrutaria fugazmente de maior liberdade. Os cidadãos ver-se-iam submetidos em breve prazo à violência, à arbitrariedade e à justiça privada dos demais membros do grupo social. Afirmar que os tributos são o preço da liberdade não constitui mera falácia. Continua sendo correta a afirmação de Robert Wagner, antigo alcaide de Nova York, de que os impostos são o preço da civilização.²²

Como dever fundamental figura como um contributo indispensável a uma vida em comum e de bem-estar para todos os membros da sociedade. É que para cumprir as suas funções e proporcionar a fruição de grande parte dos direitos fundamentais, o Estado tem de socorrer-se das receitas tributárias. A opção que se amolda a esse modelo é o que Nabais denomina de Estado Fiscal²³, mas estruturado de forma que uns paguem mais e outros

¹⁸ As taxas vêm conceituadas na própria na Constituição Federal em seu artigo 145, inciso II, podendo ser exigidas “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

¹⁹ A contribuição de melhoria, de acordo com o artigo 81, do Código Tributário Nacional, pode ser instituída “para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

²⁰ Os empréstimos compulsórios estão previstos no artigo 148, da Constituição Federal, para atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, e para a realização de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

²¹ As contribuições especiais encontram-se inseridas no texto constitucional nos artigos 149 e 149-A, como instrumentos de atuação em determinadas áreas, destinando-se a atender finalidades específicas, como saúde, assistência e previdência, ou interesses de categorias profissionais ou econômicas específicas, ou ainda, como mecanismo de intervenção no domínio econômico.

²² TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 56-57.

²³ A expressão Estado fiscal é utilizada para caracterizar os países contemporâneos, cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por recursos oriundos dos impostos arrecadados. (NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina,

menos. Disto resulta que todos os cidadãos são portadores de direitos, mas somente as pessoas com capacidade para contribuir têm o dever de pagar tributos. Como assevera o mesmo autor, esse é, seguramente, um dos preços mais baratos a pagar pela manutenção da liberdade e de uma sociedade civilizada.²⁴

Nesta linha, os tributos passam a ser concebidos não mais sob um enfoque individual de quem contribui, mas por meio de uma relação indissociável do coletivo. Pagar tributos ou zelar pelo cumprimento desta obrigação é um dever que está vinculado à noção de cidadania plena.

Nessa nova conformação social e política, o dever de pagar tributos caracteriza-se como uma categoria constitucional com caráter de fundamentalidade, que expressa uma dimensão de solidariedade social, pois traz subjacente a manutenção e existência do próprio Estado e, em especial, a realização de direitos fundamentais sociais como saúde, educação, saneamento básico e segurança, dentre outros.

Segundo Sacchetto, foi um salto “genético” relativamente ao passado, quando o dever tributário era dominado pela lógica do princípio da contraprestação, do benefício ou da teoria comutativa. Ao analisar o modelo tributário italiano, assinala que a Constituição de 1948 estabeleceu uma ruptura com a tradição precedente. Como disposição fundante do dever de solidariedade, o artigo 2º²⁵ espreia a amplitude do seu enunciado por todo o texto constitucional, enquanto a previsão do artigo 53²⁶ expressa o dever fundamental de todos concorrerem com tributos para o financiamento das despesas públicas, de acordo

2004, p. 191-192)

²⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185-186.

²⁵ Redação original em italiano: “Art. 2 - La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.” Redação de acordo com a tradução do autor: “Art. 2º - A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

²⁶ Redação original em italiano: “Art. 53 - Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad.” Redação de acordo com a tradução do autor: “Art. 53 - Todos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas na medida de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é inspirado nos critérios de progressividade.”

com a capacidade contributiva.²⁷

A transformação inferida pelo autor no sistema tributário italiano foi reflexo da mudança de paradigma a que foi submetido, deixando de guiar-se pela denominada “teoria do imposto-troca” para fundar-se na “teoria do imposto-solidariedade”. De certo modo, as duas teorias marcaram as disputas ideológicas, principalmente nos dois últimos séculos, e na atualidade estão fortemente estruturadas em duas coalizões que se distinguem pelo modelo de Estado e pelos valores de vivência social que defendem.

A primeira caracteriza-se, especialmente, pela defesa dos ideais liberais, considerando o tributo como um fato econômico; a segunda é essencialmente solidarista e vê o tributo como uma condição da cidadania política. Em razão dos projetos distintos de sociedade e Estado que apregoam, resulta na conseqüente justificação distinta dos tributos e da função que devem desempenhar.

Em ambas as teorias a necessidade dos tributos não está em causa, mas apenas as formas que devem adquirir para harmonizarem-se com os valores e a lógica subjacente do projeto de vida coletiva que cada uma pretende concretizar.

A teoria do imposto-troca, fundada na ideia de uma equivalência tributária que concretiza um modelo de justiça comutativa²⁸, prevaleceu a partir da segunda metade do século XVIII e se impôs nos dois séculos seguintes. Nesse modelo, o tributo²⁹ funciona como uma troca, ou melhor, como um preço pago pela segurança e os serviços prestados pelo Estado. Essa forma de concebê-lo tem suas origens na visão contratualista de Hobbes, Locke

²⁷ SACCHETTO, Cláudio. *Il dovere di solidarietà nel Diritto Tributario: l'Ordinamento Italiano*. In: PEZZINI, Barbara; SACCHETTO, Claudio (Org.) **Il dovere di solidarietà**. Milano: Giuffrè Editore, 2005, p. 182.

²⁸ De acordo com Bobbio, a justiça comutativa visa estabelecer uma correspondência entre o dispêndio realizado e a coisa recebida, de tal modo que o valor será considerado justo se houver uma equivalência aproximada entre ambos. (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 19). Embora o autor a conceba com uma visão relacionada essencialmente às relações privadas, no contexto da tributação é utilizada para estabelecer uma equivalência entre o valor pago e o serviço recebido. É mais perceptível nas taxas, em que há o pagamento equivalente ao custo por uma prestação de serviço público ou pelo exercício do poder de polícia, mas pode corresponder também a uma média proporcional de tributação, exigida igualmente de todos, sem variação percentual.

²⁹ Embora o autor utilize a expressão imposto, o faz claramente com o sentido de tributo, como se o conhece no Brasil, ou seja, como o gênero, do qual o imposto é espécie. Em razão disso, por uma questão didática, optou-se por utilizar o termo “tributo”.

e Rousseau, segundo a premissa de que os homens concordam em alienar uma parcela de sua liberdade em troca de bens e segurança. Nos últimos anos vem experimentando um renascimento sob o nome de princípio da equivalência³⁰. De acordo com esse princípio, a distribuição do tributo é baseada aproximadamente na utilidade que a cada um aproveita do seu pagamento.³¹

Rejeitando a concepção de uma equivalência entre os tributos pagos e os serviços prestados aos contribuintes³², a teoria do imposto-solidariedade surge no final do século XIX, originada, principalmente, pelo pensamento da doutrina solidarista. A tributação passa a ser considerada como um dever necessário, fundado na ideia de solidariedade, que tem por objetivo proporcionar uma justiça distributiva³³. Para isso guia-se pela observância da capacidade econômica dos contribuintes, com ênfase para a progressividade dos tributos e, do ponto de vista da aplicação dos recursos arrecadados, pela ideia de redistribuição e equalização.³⁴

Nesta ótica, o sistema político volta-se para a criação de regras que configurem um sistema tributário com justiça fiscal e, conjuntamente, transforme os tributos em meios eficazes de redistribuição de renda. Com isto, é possível estabelecer, inclusive, o que se denomina de imposto negativo, ou seja, a garantia de uma renda mínima para quem se encontra abaixo da linha da pobreza.

A teoria do imposto-solidariedade está fortemente impregnada na Constituição brasileira. Como se asseverou, a solidariedade social expressa no artigo 3º, inciso I, da

³⁰ Sobre o princípio da equivalência sugere-se o interessante estudo publicado na obra: VASQUES, Sérgio. **O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária**. Coimbra: Almedina, 2008.

³¹ BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt**. 9. ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 226-228.

³² As taxas são o exemplo clássico de tributo que ainda hoje estão fundadas na teoria do imposto-troca, embora a aplicação dos recursos arrecadados possa ocorrer de acordo com o princípio da solidariedade social, ao distribuí-los segundo as prioridades sociais.

³³ Para Bobbio, “a justiça distributiva é aquela na qual se inspira a autoridade pública na distribuição de honras ou de obrigações: sua pretensão é que a cada um seja dado o que lhe cabe com base em critérios que podem mudar segundo a diversidade das situações objetivas, ou segundo os pontos de vista”. (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 19-20). No âmbito da tributação os principais critérios utilizados são a progressividade e a seletividade.

³⁴ BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt**. 9. ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 231-233.

Constituição Federal, atua como um princípio fundante das relações sociais e políticas, e espraia a sua abrangência sobre outros princípios e regras. Em matéria tributária, além de estar diretamente vinculada ao artigo 40, merece destaque a vinculação indireta com o princípio da capacidade contributiva, que será abordada adiante.

A ênfase que se confere ao princípio da solidariedade social não tem o condão de relegar a um plano secundário o princípio da legalidade, cuja conquista proporcionou grandes avanços nas relações entre contribuintes e Estado. Ao contrário, o objetivo é demonstrar a possibilidade de sua concretização, observando os estritos limites da lei.

Na atualidade, considerando especialmente os regimes representativos de governo, é conferido aos representantes do povo a faculdade de criar ou aumentar tributos para suprir as despesas públicas. Como a instituição ou aumento de qualquer espécie tributária depende exclusivamente de aprovação pelo Poder Legislativo, salvo situações excetuadas pelo texto constitucional³⁵, a norma tributária somente existe se criada mediante lei e na medida por ela criada.

Em síntese, o sistema tributário brasileiro apresenta-se rigorosamente desenhado na Constituição Federal, dispondo ainda que a instituição e aumento de tributos somente poderá ser realizada mediante lei. Portanto, o princípio da solidariedade social não pode afastar a exigência de lei para o regramento das matérias tributárias que o texto constitucional vincula ao princípio da legalidade, pois a relação entre ambos é de complementaridade e de harmonização.

Há que se buscar, portanto, um equilíbrio que permita o desenvolvimento sustentável do Estado brasileiro, em que o dever fundamental de pagar tributos esteja estruturado de acordo com uma justa tributação sobre aqueles que são instados a

³⁵ Cabe ressaltar que a Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da legalidade tributária, o fez com ressalvas, afirmando em seu artigo 153, §1º, que "é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V". Trata-se, tão somente, de exceção descrita expressamente na Constituição Federal, não implicando, pois, em ofensas ao princípio da legalidade tributária. À lei, neste caso, caberá estipular os limites dentro dos quais o Poder Executivo poderá agir para alterar as alíquotas dos tributos. O legislador, no caso, apenas fixa ao Poder Executivo uma margem de ação, que o impede de agir arbitrariamente e até discriminadamente. O tributo, no entanto, será instituído por lei, com todos os seus elementos constitutivos.

contribuir e, ao mesmo tempo, proporcione recursos suficientes para financiar as despesas de manutenção das demandas públicas. Nesse contexto, uma justa tributação deve estar pautada pela observância do princípio da capacidade contributiva.

4. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio³⁶ da capacidade contributiva nasce inspirado na máxima do Direito Romano, *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido). Ressurge embrionariamente no século XVIII, na obra *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, sob a denominação de equidade. A equidade diz respeito à necessidade de o Estado exigir que cada um contribua na proporção dos ganhos que desfruta sob a proteção do poder público. Conclui o autor ser essa a razão para que os ricos paguem mais, pois necessitam de uma maior segurança para proteger os seus bens.³⁷

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 enunciou em seu artigo 13º que “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”. Por estar matizada pelos ideais liberais, a equidade configura-se como uma garantia de que as pessoas contribuam proporcionalmente aos seus ganhos e de acordo com o retorno que recebem dos poderes públicos. Vê-se que é, em certa medida, uma especificação do princípio da igualdade.

Como acentua Amaro, como um princípio inspirado na ordem natural das coisas, parte da premissa de que “onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água”. Porém, não visa apenas preservar a eficácia da lei de incidência, para que esta não se torne inócua diante da

³⁶ De acordo com Ávila, “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda-se uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

³⁷ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. II, p. 282-284.

ausência de riqueza³⁸ a tributar, mas se dirige ainda ao contribuinte, como uma garantia contra uma tributação excessiva, quando comparada com a sua capacidade econômica.³⁹

No Brasil, o princípio da capacidade contributiva está previsto no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, cujo texto dispõe que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. A primeira dúvida que emerge da redação é se a sua aplicabilidade se reduziria aos impostos pessoais e, ainda assim, permitindo ao legislador avaliar a possibilidade da sua implementação.

Na opinião de Nobre Júnior a exceção “sempre que possível” não configura autorização ao legislador para que, se assim entender, possa graduar os impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. A cláusula jamais poderá servir de alibi ao legislativo para dispensar um tributo da observância da capacidade contributiva do obrigado pelo seu pagamento. Acrescenta que, apesar de a capacidade contributiva estar mais afinada com os impostos, é indubitável que o mesmo indicativo da capacidade econômica deve ser aplicado às demais espécies tributárias, somente devendo ser afastada quando impossível a sua aplicação.⁴⁰

A possibilidade de aplicação da capacidade contributiva a todos os tributos decorre, em algumas situações, do próprio texto constitucional, a exemplo da dispensa de taxas para obtenção do registro civil de nascimento e de certidão de óbito⁴¹, e de leis infraconstitucionais que concedem isenção a determinadas pessoas ou situações, considerando a reduzida capacidade econômica. Nessas situações, embora possa aparentar que a capacidade contributiva seja uma garantia apenas em favor da dispensa de tributo, em face da incapacidade econômica do contribuinte, não se pode olvidar que o excesso de exação também estará por ela albergado.

³⁸ O termo “riqueza” será utilizado na sua acepção genérica, para se referir aos diversos signos identificados no texto constitucional como passíveis de incidência tributária após a instituição do tributo.

³⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

⁴⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 65-66, 83.

⁴¹ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXVI.

Mesmo em se tratando de taxas e contribuições de melhoria, que possuem limitadores próprios, a capacidade contributiva pode ser utilizada como fundamento jurídico quando estes limites forem ultrapassados. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem adotado em diversos julgamentos⁴² o entendimento da subordinação das taxas ao princípio da capacidade contributiva. Em razão disso, concorda-se com Oliveira que nenhuma situação (inclusive o consumo) que não reflita capacidade contributiva poderá ser eleita pelo legislador como fato gerador de tributo.⁴³

Feitas essas observações iniciais, cabe delimitar o campo material de abrangência da capacidade contributiva, ou seja, qual a riqueza que está contemplada no seu campo de incidência que permite aos entes estatais submetê-la à tributação.

Inicialmente, cabe destacar que a capacidade contributiva deve estar demarcada por limitadores que impeçam, de um lado, a imposição onde não há manifestação de riqueza e, de outro, a tributação excessiva que venha a expropriar o patrimônio dos contribuintes. No primeiro caso, a intributabilidade é uma salvaguarda do mínimo existencial, no segundo, a elevação da tributação não pode configurar-se em mutilação da propriedade. Ultrapassados esses limites, em ambas as situações o exercício do poder tributário converte-se em confisco, atentando contra a dignidade da pessoa humana.

A vedação de confisco configura-se, segundo Torres, como uma imunidade tributária⁴⁴ que preserva a parcela necessária à sobrevivência da propriedade privada. Isto porque a relação entre o direito de propriedade e o Direito Tributário é dialética. Se por um lado a propriedade privada é por excelência a base impositiva da tributação, por outro, está protegida qualitativa e quantitativamente contra a incidência desmedida que implique na

⁴² “O critério adotado pelo legislador para a cobrança dessa taxa de polícia busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável a essa modalidade de tributo, notadamente quando a taxa tem, como fato gerador, o exercício do poder de polícia”. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 176.382-5/CE, DJ de 02.06.2000. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello). Na mesma linha, vide o Recurso Extraordinário nº 177.835-1/PE, DJ de 25.05.2001. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso.

⁴³ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário**: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 113.

⁴⁴ Imunidades tributárias são prescrições constitucionais limitadoras do poder de tributar e garantidoras dos direitos do cidadão. Assim, estabelecem uma área de incompetência, impedindo a atuação do legislador ordinário de instituir norma que vise exigir tributo, quando vedado pela Constituição.

sua extinção. Contudo, assevera o autor que a vedação de confisco é uma cláusula aberta que impossibilita fixar previamente os limites quantitativos que não podem ser ultrapassados. Qualquer que seja o critério de aferição deve pautar-se pela razoabilidade.⁴⁵

Deste modo, a exação confiscatória situa-se fora da capacidade contributiva, porque transcende os limites possíveis e está radicada na injustiça que imuniza a cobrança de tributos sobre o mínimo existencial ou quando é exigido em quantitativo superior ao suportável pelos contribuintes.

Embora se apresente com um conteúdo variável, o mínimo existencial pode ser delimitado em cada tempo e lugar para efeitos de afastamento da imposição tributária.

O seu conteúdo não abrange apenas a assistência, mas também os meios necessários à sobrevivência em condições dignas, que permitam a cada pessoa exercer com autonomia e responsabilidade os direitos fundamentais. Trata-se de um limite que, de um lado, o Estado não pode subtrair do indivíduo, de outro, deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material. Relevante neste contexto é ainda o papel do legislador que, ao instituir normas, deve respeitar esse limite e ao mesmo tempo fomentar ações que contribuam para a minoração das condições de pobreza.⁴⁶

Na opinião de Torres, apesar de carecer de um conteúdo específico que permita mensurá-lo, o mínimo existencial abrange qualquer direito, em especial os direitos fundamentais, como direito à saúde, à alimentação, dentre outros. Não é possível determiná-lo objetivamente porque envolve mais aspectos de qualidade do que propriamente de quantidade, tornando difícil extremá-lo em sua região periférica. No plano tributário está fundamentado na ideia de proporcionar condições iniciais para o exercício da liberdade, da felicidade, dos direitos humanos e do princípio da igualdade, como uma autêntica imunidade tributária, ainda que implícita.⁴⁷

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21-23.

⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação**:

No Brasil, entende-se que o parâmetro definidor do mínimo existencial pode ser correlacionado com o valor do salário mínimo, que está previsto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, como sendo aquele fixado em lei, “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Convergem aproximadamente para essa ideia Tipke e Yamashita, conquanto defendam que o valor definido como mínimo existencial fiscal não deva ser inferior àquele fixado para efeitos da concessão do direito da seguridade social.⁴⁸

Ademais, nada obsta que em determinadas situações o legislador ordinário possa corrigir distorções, mediante a edição de normas legais que confirmem isenções ou reduções da tributação para determinadas pessoas, em situações especiais, ou para bens, produtos ou serviços considerados essenciais para uma vida com dignidade.

Em relação às exigências tributárias excessivamente elevadas, a despeito da quase ausência de normatização⁴⁹, o Supremo Tribunal Federal tem atuado com rigor, para evitar os excessos dos governos, pautando-se por critérios de proporcionalidade⁵⁰ e razoabilidade⁵¹. Denota-se que as decisões não se circunscrevem apenas aos tributos

imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 144-146.

⁴⁸ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 34.

⁴⁹ Cita-se como exceção, a fixação na Lei nº 10.257/2001, que estabeleceu as diretrizes nacionais da política urbana, do limite máximo de incidência do IPTU em 15%, para os imóveis não edificadas, subutilizados ou não utilizados, de acordo com a redação do artigo 7º, §1º. “§1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.”

⁵⁰ “Tributação e ofensa ao princípio da proporcionalidade. [...] O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551-MG, DJ de 20.04.2006. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello)

⁵¹ “Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Constitucionalidade nº 8 MC/DF, DJ de 13.10.1999. Relator: Min. Celso de Mello)

propriamente, mas também para evitar o confisco por meio de multas desproporcionais⁵² e juros abusivos.

Entendeu ainda aquela Corte que a caracterização do efeito confiscatório pressupõe a análise de dados concretos e das peculiaridades de cada situação, levando-se em conta os custos, a carga tributária global, margens de lucro e outras condições pontuais do mercado e da conjuntura social e econômica.⁵³

Estabelecido o campo de abrangência da capacidade contributiva, cabe ainda avaliar a forma de submeter a riqueza tributável à incidência dos tributos. Para esse fim, do texto constitucional extrai-se que o legislador ordinário pode adotar como instrumentos para aplicar a incidência tributária, a proporcionalidade, a seletividade e a progressividade.

A proporcionalidade surge como uma derivação do princípio da igualdade, inspirada nos ideais liberais da Revolução Francesa. Foi fortemente defendida por Stuart Mill, argumentando que “taxar as rendas mais altas em uma percentagem maior do que as rendas menores significa impor um tributo à iniciativa e à parcimônia, impor uma penalidade a pessoas por terem trabalhado mais duro e economizado mais do que seus vizinhos”⁵⁴.

Para o autor, a igualdade deve ser a norma que norteia tudo aquilo que diz respeito ao governo, porque não lhe é permitido fazer nenhuma discriminação de pessoas e classes que se encontram em situação de equivalência, no momento de exigir um sacrifício tributário. Nessa perspectiva, a proporcionalidade na tributação indica igualdade de sacrifício, o que pressupõe uma exigência proporcional à riqueza de cada um. Em sua opinião, ainda que esse padrão não possa ser atingido na plenitude, deve ser o ideal

⁵² “Conforme orientação fixada pelo STF, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 523.471-MG, DJ de 23.04.2010. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa.

⁵³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 448.432-CE, DJ de 28.05.2010. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa.

⁵⁴ MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Barúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 293.

almejado pelos modelos tributários.⁵⁵

Os entes tributantes podem ainda ajustar a incidência tributária por meio da seletividade, visando adequá-la indiretamente à capacidade econômica dos destinatários consumidores. Para atingir esse objetivo é necessária a instituição de um percentual de tributação mais elevado para os bens considerados de “luxo”, consumidos principalmente pelos indivíduos das classes mais altas, e um percentual inferior ou nulo para os bens que compõem a cesta básica, subsidiando desta forma, os bens de primeira necessidade, imprescindíveis às classes baixas. É o que ocorre com os impostos indiretos⁵⁶, a exemplo do ICMS⁵⁷ e do IPI⁵⁸. A esse respeito, como esclarece Torres, a desobediência do legislador ao princípio da seletividade no IPI e no ICMS macula com o vício de inconstitucionalidade a exigência tributária.⁵⁹

Por fim, a progressividade é decorrência de uma evolução do sistema de tributação. Especialmente a partir do período pós Segunda Grande Guerra, diversos países trataram de inseri-la em seus textos constitucionais, a exemplo da Itália, Espanha e Portugal. Como se enfatizou, a Constituição italiana de 1948 estabeleceu em seu artigo 53⁶⁰ que “o sistema tributário é inspirado nos critérios da progressividade”. A Constituição portuguesa de 1976, previu em seu artigo 104, item 1, que “o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”. Seguindo a mesma tendência, a Constituição espanhola de 1978, definiu em seu artigo 31, item 1, que “todos contribuirão para o

⁵⁵ MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Barúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 290.

⁵⁶ Impostos indiretos são aqueles que incidem sobre o preço das mercadorias, em que normalmente o empresário embute o valor do imposto no seu custo, repassando-o ao consumidor, a exemplo do IPI e o ICMS.

⁵⁷ Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

⁵⁸ Imposto sobre Produtos Industrializados.

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 438.

⁶⁰ Redação original em italiano: “Art. 53 - Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad”. Redação de acordo com a tradução do autor: “Art. 53 - Todos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas na medida de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é inspirado nos critérios de progressividade”.

financiamento das despesas públicas de acordo com a sua capacidade econômica mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios de igualdade e progressividade que, em nenhum caso, terá alcance confiscatório”⁶¹.

A progressividade implica em atribuir um aumento mais que proporcional à imposição tributária, visando essencialmente alcançar uma melhor e mais justa distribuição da renda e da riqueza, de acordo com os objetivos fundamentais expressos na Constituição de 1988, em seu artigo 3º, especialmente nos incisos I e III. A utilização deste princípio está em consonância com a ideia de que os tributos não representam apenas mero sacrifício para os cidadãos, mas sobretudo, o contributo indispensável a uma vida digna para todos os membros da sociedade organizada, de modo que as desigualdades possam ser minimizadas por meio de uma tributação que onere com maior intensidade aquelas pessoas com maior capacidade para contribuir.

Para alguns doutrinadores, a progressividade só é cabível nos casos em que a Constituição expressamente autoriza. Como adverte Torres, o regime de progressividade só é aplicável ao Imposto de Renda - IR, ao Imposto Predial e Territorial urbano – IPTU e ao Imposto Territorial Rural – ITR, enquanto não houver consentimento constitucional para que outros tributos possam ser progressivos.⁶²

A progressividade é por excelência o princípio instrumentalizador da capacidade contributiva. Do ponto de vista da tributação, é por meio deste que a solidariedade social se concretiza em níveis mais elevados, uma vez que proporciona uma redistribuição da renda, o que contribui para a redução das desigualdades sociais.

Em razão disso, entende-se que a ausência de permissão constitucional não obsta a adoção da progressividade pelo legislador ordinário. Essa mudança de entendimento se fez sentir, inclusive, no Supremo Tribunal Federal. Rompendo com a posição anteriormente

⁶¹ *Texto original: “Artículo 31 - 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”*

⁶² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 314.

firmada de que o legislador comum não pode valer-se da progressividade, fora das hipóteses taxativamente indicadas na carta política, esta Corte decidiu⁶³ que se o alvo do preceito constitucional da progressividade é estabelecer uma graduação que leve à justiça tributária, ou seja, onere aqueles com maior capacidade para arcar com o ônus tributário, o princípio tem aplicabilidade, ainda que não enunciado expressamente.⁶⁴

Evidencia-se, portanto, que a concepção hodierna da capacidade contributiva não repousa mais no princípio da igualdade, como ocorria até meados do século XX, mas na solidariedade social. Essa mudança de referencial teórico transformou a capacidade contributiva num instrumento alargado que não se reduz apenas a regular a incidência tributária, mas também em produzir externalidades positivas pela abstenção do poder de tributar.

Não obstante a instituição de alguns tributos progressivos, no seu conjunto o sistema tributário brasileiro é regressivo, fazendo com que a tributação recaia de forma mais intensa sobre as pessoas com menor capacidade econômica, o que implica num fracasso parcial da função distributiva que a ele se atribui, como medida transformadora da realidade social. Isto é decorrência da representatividade elevada dos impostos indiretos (impostos sobre o consumo) sobre o total da carga tributária e de uma pouca efetividade dos impostos sobre o patrimônio e a renda.

Enquanto em países como EUA e Japão a tributação sobre o consumo representa em média 15% do total da arrecadação e nos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é de aproximadamente 30%, no Brasil este percentual atinge 52%. Como consequência, a carga tributária suportada para os 10% das famílias mais pobres em comparação com a sua renda é três vezes superior àquela paga pela população que se encontra na faixa dos 10% das famílias mais ricas.⁶⁵

⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 562.045-0/RS, DJ de 01.02.2008. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

⁶⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2/DF, DJ de 12.04.2002. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello.

⁶⁵ TOLENTINO FILHO, Pedro Delarue. Progressividade da tributação e justiça fiscal: algumas propostas para reduzir as inequidades do Sistema Tributário brasileiro. *In*: RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI JR., Álvaro; MENDONÇA,

Apesar da resistência à adoção de uma progressividade tributária ampla no Brasil, percebe-se que está em marcha um processo de revisão do seu conteúdo, para adequá-la à realidade de um Estado que, por um lado, deve tributar com moderação e, por outro, encontra-se envolto em dificuldades financeiras que prejudicam a concretização eficiente das políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões que se pretendeu estabelecer nesta abordagem visaram demonstrar que as bases da tributação no Brasil devem ser repensadas, especialmente quando se trata de avaliar quem são as pessoas com capacidade econômica para contribuir e em que níveis devem ser submetidas à incidência dos tributos.

Se até meados do século XX a capacidade contributiva estava fundada na ideia de igualdade, de modo que todos deveriam contribuir proporcionalmente para ao custeio das demandas públicas, hodiernamente está alicerçada no princípio da solidariedade social, o que se traduz numa ampliação da sua abrangência para contemplar finalidades que transcendem a fins meramente arrecadatários.

Disso decorre que enquanto o princípio da capacidade contributiva delimita o espaço tributável, evitando a incidência sobre o mínimo existencial ou para além de níveis aceitáveis, é o princípio da solidariedade social que propicia os fundamentos para a adoção de uma progressividade ampla, a contemplar todos os tributos nacionais.

Entretanto, reafirma-se que a ênfase conferida ao princípio da solidariedade social não significa que a lei seja relegada a um plano secundário. A solidariedade social não pode realizar-se fora do campo da legalidade, mas deve atuar como instrumentalizadora no momento da elaboração da lei, para conferir-lhe um caráter redistributivo, e na interpretação – segundo a lei – no momento da aplicação e controle jurisdicional.

Sérgio Eduardo Arbulu. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para reflexão. Brasília: Ipea – SINDIFISCO - DIESE, 2011, p. 13-15.

Ademais, essa nova configuração não demanda alteração do texto constitucional, mas apenas uma reinterpretação pelos órgãos do Poder Judiciário nos seus julgamentos e pelo Poder Legislativo na elaboração das normas tributárias. Portanto, sustenta-se que a solidariedade social deve ser concebida como a pedra angular do sistema tributário nacional, de modo a permitir que a progressividade seja utilizada na maior medida do possível e para todos os tributos, como forma de dar efetividade à função redistributiva que lhe é atribuída.

Nesse viés, cabe principalmente aos entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) promoverem uma revisão das leis tributárias para, de um lado, excluir renúncias fiscais que contrariam o interesse público e, de outro, incluir potenciais contribuintes que ainda não estão compelidos a contribuir, para figurarem como sujeitos passivos das obrigações tributárias. Medidas dessa natureza podem proporcionar a manutenção da arrecadação, em face da repartição justa do ônus tributário entre todos que figuram com capacidade para contribuir, sem uma elevação efetiva da carga tributária global.

Encerra-se com a percepção de que a concretização de um modelo tributário fundado na solidariedade social depende em grande medida de uma introyeção social do seu conteúdo, para que produza um ambiente propício à revisão das legislações tributárias nas casas legislativas, à aplicação pelos agentes do Poder Executivo e no controle exercido pelos órgãos do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité. Paris: Editeur LGDJ, 1993.

BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt**. 9. ed. Paris: LGDJ, 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Constitucionalidade nº 8 MC/DF, DJ de 13.10.1999. Relator: Min. Celso de Mello.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551-MG, DJ de 20.04.2006. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2/DF, DJ de 12.04.2002. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 450.855-9/RS, DJ de 09.12.2005. Relator: Ministro Eros Grau.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 176.382-5/CE, DJ de 02.06.2000. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello). Na mesma linha, vide o Recurso Extraordinário nº 177.835-1/PE, DJ de 25.05.2001. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 448.432-CE, DJ de 28.05.2010. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 523.471-MG, DJ de 23.04.2010. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 562.045-0/RS, DJ de 01.02.2008. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad en la Constitución Española: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano**. Salamanca: Ratio Legis, 2012.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social**. Tradução de Luiz João Barúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. *In*: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio esquecido /1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

SACCHETTO, Cláudio. Il dovere di solidarietà nel Diritto Tributario: l'Ordinamento Italiano. *In*: PEZZINI, Barbara; SACCHETTO, Claudio (Org.) **Il dovere di solidarietà**. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. II.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TOLENTINO FILHO, Pedro Delarue. Progressividade da tributação e justiça fiscal: algumas propostas para reduzir as inequidades do Sistema Tributário brasileiro. *In*: RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI JR., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para reflexão. Brasília: Ipea – SINDIFISCO - DIESE, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VILLAR EZCURRA, Alicia; GARCIA-BARÓ LÓPEZ, Miguel. **Pensar la solidaridad**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004.

A FUNÇÃO CENTRAL DA SANÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Leandro Caletti¹

INTRODUÇÃO

Tida como uma das matrizes epistemológicas mais importantes na teoria jurídica, a obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, malgrado escrita no longínquo ano de 1934², ainda desperta paixões e repulsas de toda a ordem, ambas viscerais. Seja pela reprodução fiel de seu princípio purificador, seja por releituras críticas, oposicionistas ou atualizadoras, sua relevância ainda é manifesta para a conformação das teorias jurídicas.

É assente de dúvidas que o objetivo da obra kelseniana sob exame foi analisar e propor os fundamentos e os métodos da teoria jurídica; mais precisamente, atribuir à ciência jurídica método e objetos próprios, suficientes para vencer confusões metodológicas, possibilitando ao jurista uma autonomia científica que movimentos como a “escola livre do direito” ou a “jurisprudência dos interesses”, por exemplo, jamais supunham possíveis (a atividade pretoriana vinha, de modo inteiramente acrítico, confundindo suas razões de decidir com a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política).

Com esse intuito – e por influência clara do assento que ocupou no Círculo de Viena³, ao lado de filósofos como Rudolf Carnap, Moritz Schlick e Ludwig Wittgenstein –, Hans

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado) da Faculdade Meridional (IMED). Membro do Grupo de Pesquisa "Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos". Bolsista PROSUP/CAPES vinculado ao PPGD-IMED. Advogado (OAB/RS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3650515438834580>. E-mail: cttlers@gmail.com

² A edição da *Teoria Pura do Direito* objeto das reflexões deste estudo é a segunda edição, de 1960, não a primeira, de 1934.

³ Segundo Lacoste, o Círculo de Viena defendia uma filosofia antimetafísica, intimamente ligada às ciências da natureza, à lógica e à matemática. O propósito do Círculo de Viena era romper com a metafísica, buscando na ciência a fundamentação de conhecimentos verdadeiros, assim como ocorre nas ciências exatas, nas quais se têm resultados precisos. Havia, segundo ele, clara relação entre a filosofia defendida pelo Círculo de Viena e a do positivismo, pois ambas eram caracterizadas pelo cientificismo, pela concepção que reconhece a superioridade da ciência sobre as demais formas de conhecimento. LACOSTE, Jean. **A filosofia no século XX: ensaios e textos**. Tradução: Marina Appenzeller. Campinas, (SP): Papyrus, 1992, p. 39/40.

Kelsen embasou sua teoria sobre o “princípio da pureza”, de acordo com o qual o enfoque normativo deveria ser o fundamento do método e o objeto da ciência jurídica. Noutras palavras, o direito devia ser reconhecido como norma, não como valor transcendente.

Partindo dessa matriz analítica⁴ da teoria jurídica, o modo de estratificação da Teoria Pura do Direito atende a uma judiciosa divisão desse último em estática e dinâmica jurídica, onde a primeira cuida das normas a partir dos conceitos fundamentais a qualquer sistema jurídico (sistema de normas em vigor), ao passo que à segunda incumbe observar a produção e a aplicação das normas a partir de atos de vontade e autorizações em escala hierárquica (sistema de normas em movimento).

Insero na primeira categoria – a estática jurídica – se encontra o conceito de Sanção⁵, prevalecente não apenas porque Hans Kelsen conceitua o direito como uma ordem coativa da conduta humana, mas também – e principalmente – porque se constitui no elemento fundante da própria norma jurídica.

A Sanção, com efeito, articula todos os demais conceitos da Teoria Pura do Direito. Pode-se dizer, noutra mirada, que os demais conceitos da estática jurídica confluem para a Sanção, elemento fundante.

A partir dessas premissas, este ensaio utiliza o método dedutivo⁶, cuja premissa maior é o exame da função da Sanção na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, objetivando delinear-lo como conceito fundante da norma jurídica e da unidade temática dada pelo autor austro-húngaro ao sistema jurídico (premissa menor). As técnicas utilizadas são a Pesquisa

⁴ A tradição analítica do direito inaugurou-se com os trabalhos de Jeremy Bentham, no final do séc. XVIII, não obstante a escola só ter recebido tal título a partir da contribuição de John Austin e seus escritos, apresentados na primeira metade do séc. XIX.

⁵ O Conceito Operacional da Categoria Sanção fica entendido como “[...] a consequência de determinado pressuposto estatuído na norma jurídica. Efetuado o ato ou omissão disposto na norma jurídica como antecedente, a consequência será uma sanção também disposta na norma”. ROCHA, Leonel Severo. Introdução. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí, (RS): Ed. Unijuí, 2013, p. 26.

⁶ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

Bibliográfica⁷, a Categoria⁸ e o Conceito Operacional^{9 10}.

O problema de pesquisa consiste na seguinte indagação: o conceito de Sanção posto na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen carece de uma roupagem crítica? A hipótese para esse questionamento exsurge, em princípio positiva, porquanto urge uma epistemologia dialógica que contemple saberes políticos, sociais e históricos que não resumam o conhecimento e o seu objeto numa relação de exterioridade estéril.

O objetivo geral, assim, é o de examinar a função da sanção na Teoria Pura do Direito. Os objetivos específicos se estratificam em: 1) realizar um resgate histórico da assunção do Positivismo e da incursão de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito; e, 2) elucidar a função da sanção na Teoria Pura do Direito.

Os constructos teóricos deste estudo podem ser expressados pelos pensamentos de autores como Luis Alberto Warat e Lenio Luiz Streck, além, por óbvio, da intelecção do próprio Hans Kelsen, entre outras leituras inerentes à delimitação temática.

2. RESGATE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO POSITIVISMO

Positivismo filosófico e o positivismo jurídico nasceram no mesmo século (XIX) e, não obstante congregassem, de forma invariável, os mesmos integrantes, não se confundem enquanto doutrina filosófica¹¹. Este ensaio se fixa, por óbvio, no positivismo

⁷ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 207.

⁸ “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia**”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 25. Grifo do autor.

⁹ “[...] **uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]**”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 37. Grifo do autor.

¹⁰ Para efeitos deste artigo, as Categorias cujos Conceitos Operacionais estejam nessa qualidade identificados em notas de rodapé, aparecerão, no corpo do texto, grifadas com a letra inicial maiúscula.

¹¹ Importa não confundir positivismo filosófico, surgido na Alemanha, com positivismo jurídico, de matriz francesa, ainda que a maioria dos positivistas jurídicos tenham sido, antes, positivistas filosóficos. Ambos possuem origem no Século XIX, todavia, o positivismo filosófico possui o seguinte conceito: “Este termo foi empregado pela primeira vez por Saint-Simon, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia (*De la religion Saint-Simonienne*, 1830, p. 3). Foi adotado por Augusto Comte para a sua filosofia e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do séc. XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do P. é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível. Como Romantismo em ciência, o P.

jurídico, cuja grafia, doravante, aparece apenas como Positivismo.

No dizer de Bobbio¹², trata-se de uma concepção do direito que nasce a partir da superação da ideia de que direito natural e direito positivo eram considerados no mesmo sentido, passando o último a ostentar a qualidade de direito em sentido próprio (o direito positivo é direito, o natural, não). Em suma, o Positivismo é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito que não o positivo.

Noutra leitura, Streck¹³ afirma o positivismo como uma postura científica em que o “positivo” é referência aos fatos, entendidos como uma determinada interpretação da realidade, composta tão somente daquilo que se pode contar, medir, pesar ou, em último caso, definir por meio de um experimento.

Até se chegar, todavia, ao estado de coisas positivista e, mesmo, ao fim do século XVIII e início do século XIX, em que eclodiam as correntes de pensamento das escolas “histórica” e “da exegese”, por exemplo, houve um primeiro rompimento¹⁴, responsável pelo cenário histórico retratado, a saber, a superação do jusnaturalismo¹⁵.

Com efeito, originariamente, os direitos nasceram naturais e de origem divina, constituindo-se em Razão Instrumental¹⁶ da manutenção do *status quo* desejado, principalmente, pela Igreja Católica. Entretanto, ainda os juristas e filósofos da Antiguidade

acompanha e estimula o nascimento e a afirmação da organização técnico-industrial da sociedade moderna e expressa a exaltação otimista que acompanhou a origem do industrialismo”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 776, grifo do autor.

¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32/33.

¹⁴ O segundo rompimento, ou segunda virada, é a do próprio positivismo, levada a cabo por Kelsen e Hart, em seus respectivos sistemas jurídicos.

¹⁵ O direito natural foi evocado pela primeira vez na tragédia “Antígona”, ao apresentar a existência de um ordenamento superior à legislação positiva estabelecida pela vontade do Soberano. O pano de fundo é o cumprimento de uma decisão do Soberano no sentido de não ser enterrado o corpo de Polínice, irmão de Antígona e reputado traidor pelo rei Creonte. Porém, Antígona invoca as leis não escritas dos deuses, imutáveis e que se protraem no tempo, para enterrar o irmão com fundamento no direito das famílias de sepultar seus mortos.

¹⁶ “[...] tipo de racionalidade a que recorreremos quando ponderamos a aplicação dos meios mais simples para chegar a um dado fim. A máxima eficiência, a melhor *ratio* custo-produção, é a medida do sucesso”. TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 20, grifo do autor.

grega e romana possuíam noções do direito natural. Os Romanos, por exemplo, distinguiam o direito dos cidadãos romanos – o direito civil – do direito afeto aos não cidadãos, regidos pelas regras da natureza das coisas – o direito natural.

O fundamento do direito natural na Antiguidade clássica remonta à Natureza e suas leis, válidas a todos os seres da Terra, não apenas aos humanos. Aliás, Gilissen¹⁷ afirma que o direito natural nasceu na Grécia antiga e teve como primeiros defensores os filósofos Heráclito de Éfeso e Sófocles. Para o jusnaturalismo, o direito positivo precisaria observar um regramento superior àquele ditado pelo Soberano, numa concepção atrelada à ideia de que a Justiça¹⁸ é o valor fundante do direito e da sociedade.

A utilização da religião como instrumento de controle e manipulação desencadeou um processo de ruptura da mentalidade jurídica da época, que culminou com a separação do direito da moral e a extirpação do cunho religioso do então direito natural. Foram, portanto, a negação da Hegemonia da Santa Sé e a liberdade religiosa que constituíram o rompimento com o direito natural divino, num período denominado “trânsito à modernidade¹⁹”.

É, portanto, nesse espaço de tempo que a sociedade sofre transformações, mormente sociais, políticas e econômicas, que determinam o início da saturação da tríade direito-religião-natureza. Essas modificações se verificam a partir de três signos distintivos,

¹⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 364.

¹⁸ “[...] é a disposição da alma graças à qual elas se dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo. [...] A justiça nesse sentido é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. [...] Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo”. ARISTÓTELES. **Ética a nicômacos**. 3. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, c1985, 1999, par. 1129a – 1130b.

¹⁹ Designa o período que se inicia no século XIV e se estende até o século XVIII, no qual, de forma paulatina, a sociedade produz e sofre transformações que se constituem na sementeira do surgimento do ideal de Direitos Humanos, do primeiro direito humano fundamental e do próprio modernismo.

a saber, a Secularização²⁰ (sustentada sobre o pilar da Reforma²¹), o Humanismo²² e os processos revolucionários, que acabariam por positivar os primeiros direitos.

Noutro prisma, a outrora incipiente economia capitalista já dava origem a ambientes de urbanização, em cujo bojo ocorriam discussões e se alargava a cultura. Nesse cenário, os debates teológicos, filosóficos e científicos começavam a ultrapassar os limites das instituições e transpor o elitismo clérico. A essa altura, o direito natural já não era mais divino, mas secular, racional, evolução que só ocorreu graças ao iusracionalismo²³. Essa passagem para um direito natural concreto será a responsável, no século XVIII, pelas declarações de direitos americana e francesa e, via de consequência, pelas primeiras positivações de direitos.

Em paralelo, na esfera política, o pluralismo ainda inerente ao feudalismo poliárquico já fora substituído pelo Estado, assim entendido um órgão de poder racional centralizado, burocrático e soberano, que não reconhecia ente hierarquicamente superior e enfeixava em suas mãos o monopólio no uso da força legítima e da produção legislativa.

²⁰ Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: a secularização pressupõe mundanizar, extrair o cunho religioso da cultura, ao efeito de uma progressiva soberania da razão e de um protagonismo do homem orientado na direção de um tipo de vida puramente terrenal, em oposição à ordem da revelação e da fé, baseado na autoridade da Igreja. É consequência da ruptura da unidade religiosa, e abarcará a todas os seguimentos da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a nova ciência e a política a partir da obra de Maquiavel. Os temas religiosos são substituídos pelos problemas humanos.

²¹ “Renovação religiosa ocorrida na Europa durante o séc. XVI, com o retorno às origens do cristianismo. Preparada pelo humanista Erasmo de Roterdã [...], a R. foi iniciada pelo monge agostiniano Martinho Lutero [...], que [...] afixou nas portas da catedral de Wíllenberg noventa e cinco teses contra a venda das indulgências. Em sua orientação global, a R. protestante apresenta-se como uma das vias de realização do retomo aos princípios, lema do Renascimento (v.). No domínio religioso, o retorno aos princípios levava a negar o valor da tradição, portanto da Igreja, que se julgava sua depositária e intérprete. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 839.

²² Este Conceito Operacional suscita definições as mais diversas, conforme se escolha a Categoria filosófica, antropológica ou jurídica. Para o presente estudo, o norte filosófico é colhido de Nogare: “[...] Em sentido lato, este humanismo filosófico pode significar qualquer conjunto de princípios doutrinários referentes à origem, natureza, destino do homem. [...] Em sentido estrito, o humanismo filosófico é qualquer doutrina que em seu conjunto dignifica o homem”. NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e anti-humanismos**: introdução à antropologia filosófica. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 15.

²³ Movimento responsável pela transformação do direito natural divino em secular. Constitui-se na base teórica dos direitos do homem que finalmente seriam positivados nos documentos resultantes das revoluções burguesas do final século XVIII. Como principais representantes destacam-se podemos identificar Johann Oldendorp, os autores da escolástica tardia espanhola, Johannes Althusius e o fundador por excelência do iusracionalismo Hugo Grotius. Também são dignos de menção os iusnaturalistas racionalistas (ou iusracionalistas) Thomas Hobbes, Baruch de Espinosa, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius e Christian Wolf, que servirá de elo entre o iusracionalismo e o Iluminismo. GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, 2005, p. 417-450, p. 423.

É de se notar que a exacerbação do absolutismo do Estado e a comum utilização do direito como instrumento de governo também engrossaram o caldo social que, em seguida, se pôs a reclamar a garantia à pessoa de um espaço pessoal e alguns direitos.

Sobrevém, então, o Renascimento²⁴ e, com ele, o Humanismo, seu aspecto fundamental, numa pressuposição de que o homem é o centro da vida, considerado na sua grandeza, mas também consciente de suas limitações e fragilidades. Esse conjunto de modificações sociais, políticas, econômicas e jurídicas retratadas nas linhas anteriores, que afetaram todos os segmentos da vida naquele período histórico, realizou, de forma progressiva, uma tarefa de substituição na ordem medieval: impôs uma garantia mínima de segurança que a ordem divina até então vigente não podia proporcionar.

Entretanto, o amadurecimento do capitalismo, já não agradava a todos. As necessidades da burguesia capitalista emergente, com seu espírito ativo e agressivo, marcado pelo desprezo por sentimentos e orientado para o bom êxito dos negócios não se coadunava com o Estado Monárquico, cada vez mais absoluto e soberano, conduzido ao extremo na teorização de Jean Bodin²⁵.

Nasce, então, um novo consenso político crítico, que se antagoniza à origem do poder, sua justificação, seu exercício e seus fins. Esse cenário, que culmina numa imbricação entre iusracionalismo e Iluminismo (iusracionalismo iluminista), é o húmus para as revoluções americana e francesa, de onde também defluem as primeiras declarações de direitos e as incipientes positavações. Sublinhe-se que, até ali, o ato de declarar direitos estava atrelado à soberania, de modo que, quando a autoridade se deslocou dos senhores feudais para os reis, o poder de dizer o direito também mudou de mãos.

Por essa razão, quando os súditos desejaram a afirmação de seus direitos, redigiram

²⁴ “Designa-se com este termo o movimento literário, artístico e filosófico que começa no fim do séc. XIV e vai até o fim do séc. XVI. difundindo-se da Itália para os outros países da Europa. [...] A partir do séc. XV, porém, essa palavra passa a ser empregada para designar a renovação moral, intelectual e política decorrente do retorno aos valores da civilização em que, supostamente, o homem teria obtido suas melhores realizações: a greco-romana. Assim, o R. foi forçado a ressaltar as diferenças que o distinguiam do período medieval, em sua tentativa de vincular-se ao período clássico e de haurir diretamente dele a inspiração para suas atividades. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 852.

²⁵ Confira-se: BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Tradução: Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973.

suas próprias declarações, à chancela posterior do soberano. Assim ocorreu com a Magna Carta de 1215, com a Petição de Direitos de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689. Outra realidade se passou com as Declarações de 1776 (americana) e 1789 (francesa). Nelas, não se tratava de pedir ou apelar; utilizou-se o termo “declaração” para induzir um reapoderar-se da soberania. Ambos os processos revolucionários, portanto, tiveram a clara influência da construção filosófica contratualista²⁶, para quem a liberdade era conceito fundamental, visto que a sua ausência se constituía em verdadeira condição, na estrutura do direito natural, para o contrato, para obter a paz e garantir o direito fundamental à vida.

É por esse motivo que, na sociedade política emergente, os direitos naturais são transferidos ao poder absoluto do Estado, deixando a liberdade de ser individual para atrelar-se ao corpo político. Ela só se mantém, assim, no espaço privado insubordinado ao poder da lei (espaço de satisfação das necessidades). As declarações de direitos decorrentes desses processos revolucionários, especialmente a de 1789, inaugura, além da incipiente positivação dos direitos enumerados, a concepção individualista da sociedade, embrião da futura democracia moderna, nos dizeres de Bobbio²⁷.

Para além disso, se pode especular que deflagrou a sementeira do moderno constitucionalismo (vinculação dos direitos a uma Constituição), da igualdade formal, da soberania e da separação dos poderes. Releva compreender que, passado o processo revolucionário francês, se registrou a concentração do poder pleno na figura do legislador,

²⁶ “Doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. [...] Eclipsado na Idade Média pela doutrina da origem divina do Estado e, em geral, pela comunidade civil, o C. ressurgiu na Idade Moderna e, com o jusnaturalismo, transforma-se em poderoso instrumento de luta pela reivindicação dos direitos humanos”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 205/206, grifo do autor. A influência do contratualismo de Hobbes, que anunciava a compreensão dos direitos do homem a partir do conceito de liberdade no estado de natureza (competição e confronto sem limites e corrosão das relações sociais), sobre os eventos revolucionários americano e francês é mínimo, todavia, sua influência no pensamento de Locke e para a formação da ideologia burguesa é manifesta. Confira-se: HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: Richard Tuck. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 108; LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 836/837. Em paralelo, é reconhecida a influência desse último (a lei natural coloca nas mãos de cada homem o poder para a sua execução e, portanto, o poder de preservação de seus direitos e dos direitos dos outros homens) e de Rousseau (“cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”) sobre a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 22.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

o que se constituía em salvaguarda contra possíveis arbitrariedades decorrentes da discricionariedade do juiz na solução das controvérsias. Essa cassação à liberdade do magistrado seria agravada, mais tarde, com a teoria da separação dos poderes, de Montesquieu.

Os tempos são os do final do século XVIII e início do século XIX, donde remontam a Constituição francesa (1791) e o Código napoleônico (1804), este último um signo da superação do regime jurídico anterior. Nessa época, começam a florescer movimentos jurídicos incipientes do Positivismo (para quem o jusnaturalismo confluía, ao longo do *iter* histórico retratado), como a “escola histórica do direito”, na Alemanha, com Gustavo Hugo e Savigny. Esse movimento preparou o terreno ao Positivismo, disparando críticas radicais ao jusnaturalismo, reputado, para a escola, mera filosofia do direito positivo.

É também da mesma quadra o criticismo inaugurado por Immanuel Kant, que se encarregou de refutar cientificamente o jusnaturalismo racionalista.

No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno em determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado “formalismo conceitual” que está na raiz da chamada “Jurisprudência dos Conceitos”).²⁸

Instalado o Positivismo e proclamados os primeiros Códigos, tem relevância o surgimento da “escola da exegese”, na França, na primeira metade do século XIX. Caracterizada por resumir o direito ao conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos (mormente no napoleônico) e pela estrita hermenêutica exegetica que culminava numa determinação dogmática de índole lógico-analítica e dedutiva²⁹, foi a responsável pelo primeiro quadro positivista, dito legalista, ou, na nomenclatura de Streck³⁰, “primevo ou

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 33.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. Temas de teoria do Direito e do pensamento jurídico. In: **Digesta**. 1. ed. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 181.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 34.

exegético”. Adiante no curso histórico precedente à incursão de Hans Kelsen e de sua Teoria Pura do Direito, advieram o “movimento do direito livre” e a “jurisprudência dos interesses”.

O primeiro, de origem germânica, nas primeiras décadas do século XX, advogava a libertação do direito daquilo que era legislado, da lei (precisamente, queria designar “direito *livre da lei*”). Combatia a metodologia clássica daquele positivismo legalista alhures retratado, agora aperfeiçoado como “científico” pelo historicismo, para propor uma esfera de liberdade do operador jurídico na procura do direito que fosse responsável e não exaurível pela codificação.

Antes de se adentrar na análise da segunda (jurisprudência dos interesses), é mister fazer menção à sua predecessora, a “jurisprudência dos conceitos”, teoria argumentativa que pretendia resolver a celeuma entre proibição de criação do direito pelos juízes *versus* existência de lacunas na positivação (constatação de ruína da ideia do fechamento do sistema positivista, preconizada pelo exegetismo).

Apoiada na lógica, a “jurisprudência dos conceitos” deduzia princípios jurídicos a partir de conceitos indeterminados, apegando-se às visões ontológica e essencialista, tudo a procurar a comprovação de que a lei era fértil e inventiva *de per si*, sendo desnecessário descer às situações mundanas, concretas da vida.

A “jurisprudência dos interesses”, enfim, também nasceu na primeira década do século XX e reinou até a década de 1930, pelo menos, propugnando uma oposição direta à escola francesa exegética e à lógica essencialista da “jurisprudência dos conceitos”. Sua proposta era clara e determinada: substituir, na celeuma antes descrita da insuficiência da codificação, a subsunção legal rígida pela valoração das situações fáticas. Noutras palavras, sai a lógica estanque e entra vida fecunda e factível.

Presenciava-se, por conta disso, a superação do positivismo exegético pela assunção da discricionariedade do julgador; o elemento volitivo discricionário, antes encerrado na tarefa do legislador, troca novamente de cadeira (porque outrora já havia saído do banco

do Soberano ao do legislador) e vai sentar na atividade jurisdicional, caracterizando a decisão concreta.³¹

Castanheira Neves³² anota o “êxito prático total” dessa corrente metodológica, não circunscrito ao cenário jurídico alemão, mas extensiva a toda a Europa continental. Segundo o autor, o contributo mais importante da corrente foi compreender o direito não apenas como uma apreensão externa da sociedade, vendo-o realmente como a solução resultado de problemas prático-normativos.

Nessa esteira, o direito afastava-se cada vez mais do eixo exegético e do formalismo da “escola histórica” e da “jurisprudência dos conceitos”, num claro influxo sociológico permanente e dominante. Sucede, todavia, que essa virada axiológica se alargou em níveis tais que produziu um verdadeiro colapso na ciência jurídica da segunda metade do século XX. Cada eixo social, por conta da mixórdia estabelecida, procurava influenciar a atividade jurisdicional, misturando ao direito toda a ordem de conceitos. O resultado eram decisões casuísticas e juridicamente não aquilatáveis.

É precisamente esse o cenário histórico, social e jurídico em que Hans Kelsen resolve se imiscuir.

Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século [XX], desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.³³

Trindade³⁴, observando que Kelsen, ombreado por Bobbio, se constituem nos

³¹ Até hoje se discute a perniciosidade dessa abertura, hodiernamente praticada por outras vias, como a “ponderação” indiscriminada e incorretamente aplicada. Embora tal problemática não caiba na delimitação teórica deste ensaio, remete-se o leitor à solução que se entende mais correta, a saber a “hermenêutica crítica do direito”. Confira-se, para tanto: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016; MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, dez. 2012, p. 147/166.

³² CASTANHEIRA NEVES, António. Temas de teoria do Direito e do pensamento jurídico. p. 236.

³³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 455.

³⁴ TRINDADE, André Karam. Considerações sobre o problema do fundamento do Direito: breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, (SC), v. 9, n. 2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10 set. 2015.

principais expoentes do Positivismo, registra que o autor austro-húngaro, ao desenvolver sua Teoria, possuía duas preocupações centrais: o fundamento de validade das normas e da unidade do sistema (para o que o conceito de Sanção vai corresponder grandemente).

Escreveu-se, alhures, que nas escolas examinadas havia a sementeira do Positivismo. Kelsen, com sua Teoria purificadora, não investiu contra elas; seu principal foco foi reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que tanto a “jurisprudência dos interesses”, quanto a “escola do direito livre” impunham através do aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito.³⁵

Pois bem, com a obra em comento, Kelsen pretendeu defini-lo a partir da descrição de uma ciência social de forma a libertá-lo de laços ideológicos. Daí o qualificativo "pura", que se refere à Teoria, não ao direito. Não existe um "direito puro" e Kelsen, por óbvio, tinha conhecimento disso. É a teoria, isto é, a descrição, o conhecimento, que deve sofrer a purificação metódica proposta.

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.³⁶

A Teoria Pura do Direito, explica Warat³⁷, foi concebida como um sistema conceitual, destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 34.

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 3, n. 4, 1982, p. 107/115, p. 108/109.

dogmático do direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento. Ou seja, como epistemologia e como dogmática geral. Nesse sentido, a proposta kelseniana apresentou um grau de adaptabilidade tal, que, depois dela, resulta difícil tentar compreender e explicar a lógica da dogmática jurídica à margem de suas referências analíticas.

A *Reine Rechtslehre*, em síntese apertada, veio para superar o Positivismo exegético, inaugurando um Positivismo normativista que não separa o direito da moral, separa a ciência do direito da moral. Em Kelsen, o cientista do direito faz um ato prescritivo, não descritivo, relegando o ato volitivo ao aplicador da lei. É por essa razão que, quando (falaciosamente) se atribui a Kelsen a abertura discricionária à inteligência do juiz – no momento presente, um flagelo constante –, deve-se objetar, afirmando: “juiz não faz ciência, faz política jurídica”³⁸.

Aliás, poucos são os juristas que conseguem observar essa divisão na Teoria Pura do Direito, que também se consubstancia na sua principal chave de leitura – e de compreensão –: Kelsen a biparte em ciência do direito, uma metalinguagem (específica, própria, técnica), e o direito, a linguagem objeto ou comum.³⁹

Poder-se-ia arguir, no aspecto, que Kelsen tenha insuflado um certo egocentrismo textual, o que é verdade. Ao erguer sua Teoria na norma fundamental gnoseológica e na pureza metódica, por certo exteriorizou explicitamente essa sistemática.

Entretanto, as problemáticas insertas por Kelsen na sua *Reine Rechtslehre*, ao longo do tempo, foram sofrendo um processo de obliteração, produto principalmente das interpretações críticas que propugnam a ênfase no caráter político do direito e na dimensão jurídica da política. E o conceito de Sanção cunhado pela Teoria Pura do Direito não escapa a essa tendência.

³⁸ A expressão, já consagrada no movimento da Crítica Hermenêutica do Direito, é de Streck. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 35, nota de rodapé n. 7.

³⁹ A delimitação temática imposta a este ensaio não permite o aprofundamento das demais problemáticas da Teoria Pura do Direito, excepcionado conceito de Sanção, a ser examinado na seção vindoura.

3. A FUNÇÃO CENTRAL DA SANÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Como já escrito, Kelsen partiu de uma matriz analítica da teoria jurídica para estratificar a Teoria Pura do Direito numa engenhosa bipartição em estática e dinâmica jurídicas, onde a primeira se relaciona com as normas a partir dos conceitos fundamentais a qualquer sistema jurídico (sistema de normas em vigor), ao passo que à segunda incumbe observar a produção e a aplicação das normas a partir de atos de vontade e autorizações em escala hierárquica (sistema de normas em movimento).

Por outro lado, se Kelsen conceitua o Direito como uma ordem coercitiva da conduta humana, é porque o conjunto de normas que foram esta ordem estatui atos de coerção, ou seja, sanções. Sob essa ótica, a sanção surge como elemento fundante da própria norma jurídica e portanto integra o momento estático do ordenamento jurídico, articulando em torno de si os demais conceitos expostos na *Teoria Pura*.⁴⁰

Definindo o direito como uma ordem de coação⁴¹, Kelsen indica que sua função essencial é a de regulamentar o emprego da força nas relações entre os homens, aparecendo, assim, como uma organização da força.

A centralidade do conceito de Sanção, nessa conformidade, faz com que todos os demais elementos da estrutura normativa ganhem definição a partir desse paradigma, que se constitui, inclusive, no critério adotado para individualizar e identificar o ordenamento jurídico – afinal, uma norma só é considerada jurídica se prevê uma sanção para seu descumprimento, ou, pelo menos, esteja em relação com uma outra norma que o faça. Em suma, a Sanção ostenta o caráter de consequência de determinado pressuposto declarado na norma jurídica; praticado o ato ou a omissão prescritos na norma como antecedente, deflagra-se a Sanção como consequente.

Podem-se elencar pelo menos quatro caracteres indelévels do conceito sancionatório da Teoria Pura do Direito, a saber: 1) diferencia sancionar da coação pura e

⁴⁰ KEGEL, Patrícia Luiza. Uma Análise do Conceito de Sanção no Sistema Jurídico de Hans Kelsen. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí, (RS): Ed. Unijuí, 2013, p. 63.

⁴¹ Coação, em Kelsen, deve ser entendida como a reação Estatal às condutas consideradas indesejáveis, reação esta externada através da inflicção de uma sanção, que se faz acompanhar de um ato impositivo ou de força. É esse, aliás, o signo distintivo entre o direito e os outros sistemas de controle social.

simples (a coação pode ou não constar do ato sancionador); 2) fixa a Sanção como produto de uma conduta humana; 3) reconhece a diferença entre a sanção penal e a civil; e, 4) determina que o sancionamento seja aplicado por autoridade competente (determinada em norma superior).

Dentro do que propugna este ensaio, importa demonstrar quais e de que modo os outros conceitos da estática jurídica se relacionam com o de Sanção, concretizando a função central dessa última na Teoria Pura do Direito.

A uma, liga-se à Sanção o conceito de ato ilícito, todavia, invertido. Um ato ser ilícito não o liga, necessariamente, a uma sanção; *contrario sensu*, um ato ativo ou omissivo só recebe o qualificativo de ilícito se tem uma sanção como conseqüente. Assim, quando um proceder é antecedente da sanção conseqüente, o ilícito é requisito, não uma negação da norma.

A duas, também aproximado do conceito de Sanção tem-se o de dever jurídico, entendido como proceder oposto ao ato ilícito. Mantendo-se a lógica invertida, a pessoa que comete o ilícito não cumpre o dever jurídico, aplica a norma, ao passo que aquela que adimple o dever jurídico (não comete o ilícito), observa a norma.

A três, tem-se a relação com o conceito de responsabilidade, no sentido de possibilidade de uma pessoa sofrer uma Sanção, podendo-se agregar, ainda, nexos com os conceitos de direito subjetivo (proteção jurídica de um interesse), de pessoa física e de pessoa jurídica. As três últimas hipóteses só existem porque incide sobre elas um complexo de normas, cujo componente essencial, como visto, é a Sanção.

Ao fim e ao cabo, a Teoria Pura do Direito se alinha muito mais como teoria do sistema jurídico do que como teoria da norma, do que se infere que a Sanção é fundamental também para o fechamento do seu sistema⁴². Esse paradigma – da função central da Sanção no sistema jurídico – sofreu (e sofre) diversas críticas, sendo as formuladas por Norberto Bobbio (inicialmente, inspirado em Kelsen) e Herbert Hart as mais célebres.

⁴² KEGEL, Patrícia Luiza. Uma Análise do Conceito de Sanção no Sistema Jurídico de Hans Kelsen. p. 66.

O primeiro⁴³, admoesta com o entendimento de que o direito possui novas funções no estado promocional, acenando com as “sanções positivas”, que atuam como estímulo às condutas socialmente desejadas (objeta que a Sanção não possui apenas o aspecto repressivo, mas também o positivo).

O segundo⁴⁴, se insurge não contra o conceito de Sanção propriamente, mas em desfavor de seu papel e função dentro do sistema jurídico (a concepção kelseniana do direito como ordenamento coercitivo da conduta humana reduziria a realidade jurídica). Ambos, entretanto, também apresentaram soluções deficientes.

Bobbio, porque reduz o direito à matriz funcionalista; Hart, porque seu sistema aberto à aceitação do político pressupõe o cenário inglês, o que retira do debate ideologias significativas.

Verificou-se que o normativismo kelseniano caracteriza a sanção como a privação devida de certos bens: vida, saúde, liberdade, etc., feita por um órgão da comunidade; assim, a sanção é vista como um ato de coerção devido. Mas, a definição de coerção que Kelsen oferece é extranormativa. É fruto de um estudo comparativo de todos os ordenamentos jurídicos existentes ou que tenham existido. Assim, o conceito de coerção devida surge de um estudo empírico e não estrutural; surge a partir de uma análise por meio da qual se define a estrutura lógica das normas e proposições jurídicas e se indica um dos elementos materiais das ordens jurídicas. Como se pode, portanto, construir uma teoria pretensamente rigorosa a partir de um elemento tão pouco delimitado? Por certo, a definição de sanção, em Kelsen, é circular.⁴⁵

A solução a que este estudo se perfila não é contra Kelsen, a favor de Bobbio, Hart, Warat ou quem quer que seja. Ela também não deprecia as assertivas criadas por cada um, representantes maiores e mais profícuos do Positivismo. Ela se resume numa constatação e a numa proposição.

A constatação: um sistema jurídico precisa ter um outro eixo central que não o conceito de Sanção, dada a circularidade viciosa muito bem apontada pelo mestre argentino.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Valência: Fernando Torres Editor, 1980, p. 387.

⁴⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 105.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 95.

A proposição: a construção de uma epistemologia dialógica que contemple saberes políticos, sociais e históricos que expandam o conhecimento e o seu objeto para além de uma relação de exterioridade amorfa e estéril.

Essa nova percepção, pluralista, a ser edificada diuturnamente pelos juristas (os da academia e os dos tribunais), deve ser aberta, como queria Hart, positiva, do ponto de vista da funcionalidade da Sanção, como aspirou Bobbio, e sem desconsiderar o edifício doutrinário do mestre austro-húngaro; deve trazer à tiracolo, sobretudo, o signo da inventividade, do imponderável.

Registre-se que, por advogar essa releitura, este ensaio não ostenta o atrevimento de afirmar errônea a Teoria Pura do Direito; demarcar sua inadequação ao momento presente, sim, é a terminologia mais apropriada. Todavia, um sistema jurídico redivivo, sem estereótipos pré-taxados e que consolide experiências sociais, econômicas, políticas, religiosas, dentre outras, que resgatem qualidades humanas importantes, depende, inexoravelmente, de uma postura crítica e questionadora.

Enfim, se trata de (re)criar uma epistemologia visionária, sementeira de um comportamento que refuta a “castração simbólica” a que alude Warat⁴⁶ no aclamado “A ciência jurídica e seus dois maridos”. Depende de nós; de sermos, na academia, nos escritórios e nos tribunais (mas principalmente nas universidades, no ministério do ensino jurídico), menos o “amor-dever” de Teodoro e mais o amor intenso, alegre e autônomo de Vadinho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o jusnaturalismo, passando pelo processo de Secularização e racionalização do direito natural (iusracionalismo), pela substituição do feudalismo pela figura clássica do Estado, pelo Humanismo ínsito ao Renascimento, pelo contratualismo antecedente aos processos revolucionários americano (1776) e francês (1789) e pelas primeiras codificações,

⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. p. 63.

tudo confluía à assunção do Positivismo, num impulso constante e imbricado.

Hans Kelsen, percebendo o cenário de caos que rodeava o sistema jurídico do início do século XX, exsurge com sua Teoria Pura do Direito, inaugurando um Positivismo normativista que resgatava o formalismo da “escola histórica”, agregando bases científicas e metodológicas até então inéditas.

A teoria jurídica de Kelsen preocupou-se somente com a análise do Direito positivo enquanto uma realidade normativa, desconsiderando interesses políticos.

A teoria jurídica pura referia-se exclusivamente ao Direito positivo com base em categorias próprias (normativas) que não fossem derivadas de outras disciplinas, nem se encontrassem envoltas por juízos políticos, pretensões ideológicas ou obscuridades metafísicas.

Inserto na estática jurídica da Teoria Pura do Direito, o conceito de Sanção prevalece não apenas porque Hans Kelsen conceitua o direito como uma ordem coativa da conduta humana, mas principalmente porque se constitui no elemento fundante da própria norma jurídica e, principalmente, do sistema jurídico. É por essa razão que se afirma que a Teoria Pura do Direito é mais uma teoria do sistema jurídico do que da norma.

Diante do problema de pesquisa delimitado – indagação acerca de se o conceito de Sanção posto na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen carece de uma roupagem crítica –, confirmou-se positiva a hipótese aventada, consistente na construção de uma epistemologia dialógica que contemple saberes políticos, sociais e históricos que não aprisionem o conhecimento e o seu objeto numa relação de exterioridade estéril.

Essa constatação derivou do exame do conceito de Sanção, inserto na estática jurídica da Teoria Pura do Direito, definição essa que conforma não apenas a estrutura da norma jurídica, mas também – e mormente – o fechamento de todo o sistema jurídico estratificado por Hans Kelsen.

O substrato formado por esse paradigma kelseniano de centralidade do conceito de Sanção, pelas críticas de Bobbio, Hart e Warat e pela confirmação diária da insubsistência

de um sistema jurídico cuja premissa é o ato sancionador dão ensejo a um reclamo – já intempestivo – por uma nova epistemologia.

Uma nova virada que contemple e dialogue com saberes políticos, sociais e históricos, tudo a expandir o conhecimento e o seu objeto para além de uma relação de exterioridade amorfa e estéril.

A construção desse novo paradigma é tarefa diária e afanosa, que não pode tardar, pena de castrar-se o inventivo – caractere vivo do direito que se renova diariamente – nas molduras pré-concebidas e já consabidamente saturadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

ARISTÓTELES. **Ética a nicômacos**. 3. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, c1985, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Valência: Fernando Torres Editor, 1980.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Tradução: Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973.

CASTANHEIRA NEVES, António. Temas de teoria do Direito e do pensamento jurídico. In: **Digesta**. 1. ed. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, 2005, p. 417-450.

- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: Richard Tuck. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- KEGEL, Patrícia Luiza. Uma Análise do Conceito de Sanção no Sistema Jurídico de Hans Kelsen. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí, (RS): Ed. Unijuí, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LACOSTE, Jean. **A filosofia no século XX**: ensaios e textos. Tradução: Marina Appenzeller. Campinas, (SP): Papyrus, 1992.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.
- MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, dez. 2012, p. 147/166.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e anti-humanismos**: Introdução à antropologia filosófica. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROCHA, Leonel Severo. Introdução. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí, (RS): Ed. Unijuí, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Lisboa: Edições 70, 2009.

TRINDADE, André Karam. Considerações sobre o problema do fundamento do Direito: breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, (SC), v. 9, n. 2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10 set. 2015.

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: Mezzaroba, Orides et. al. (Org.). **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 61/186.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 3, n. 4, 1982, p. 107/115.

RONALD DWORKIN: A INFLUÊNCIA PARA A INTERLOCUÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA

Luís Francisco Simões Boeira¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa desenvolver uma análise crítica ao pensamento de Ronald Dworkin, e a sua contribuição para a interferência da literatura no direito e no julgamento dos juízes tendo como parâmetro os seus escritos em relação ao Romance em Cadeia² e o julgamento com base na integridade³.

O entendimento de Dworkin é o de que o direito precisa ser decidido de forma ampla⁴ com conceito de integralidade, e que esta precisa ir além do que as decisões baseadas no convencionalismo⁵ ou as que decidem com base no pragmatismo⁶. Tais decisões precisam ser interpretativa, para que se consiga uma análise concisa do processo, podendo assim decidir o caso da maneira mais adequada. Ao sentenciar baseado na integridade, o magistrado precisa ir além, em suas decisões, tendo em vista que, conforme

¹Mestrando do PPGD da Faculdade Meridional (IMED), Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade, luisfsboeira@yahoo.com.br.

² “Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo” (DWORKIN, 2014, p. 275).

³ “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 272).

⁴ “Os dois tipos principais de convicções que estão ao alcance de todo o intérprete – sobre a interpretação que se adapta melhor ou pior a um texto, e sobre qual das duas torna o romance substancialmente melhor são inerentes a seu sistema geral de crenças e atitudes; nenhum tipo é independente desse sistema de alguma maneira que o outro não o seja” (DWORKIN, 2014, p. 282).

⁵ “O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo” (DWORKIN, 2014, p. 272).

⁶ “O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro” (DWORKIN, 2014, p. 272).

Dworkin (2014, p. 273) “direito como integridade é diferente, é tanto o produto de sua interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”.

Neste contexto, Ronald Dworkin ilustra em sua obra, “O Império do Direito”, a tomada de decisão tendo como parâmetro o uso da metáfora do Romance em Cadeia⁷, onde o autor se utiliza de análise de um julgador com capacidade além da média para tomar a melhor decisão. Com base na utilização de análise crítica, de como os juízes devem tomar as decisões corretas se utilizando de julgados preexistentes, como se estivesse escrevendo um romance, onde vários autores, se revezassem na elaboração de capítulos intercalados sendo que cada romancista deve escrever o capítulo que lhe é proposto em sintonia com os capítulos escritos anteriormente pelos autores que o antecederam.

Para Ronald Dworkin, o juiz para obter êxito em seu julgamento precisa decidir com base nos precedentes de julgamentos anteriores, e conseqüentemente, julgar de acordo com os princípios que melhor se enquadrem no caso *sob judice*, devendo sempre atuar de forma ampla⁸, tendo como base a integridade, ao passo que se decidir diversamente ficam os magistrados vinculados ao que julgadores/autores anteriores previamente decidiram/ escreveram. Também se dá a eles, a possibilidade de que decidam/ escrevam de forma inovadora,⁹ pois o julgador pode, de acordo com uso de inovação, decidir da forma que para ele melhor se adapte ao caso em análise.

⁷ “[...] podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”” (DWORKIN, 2014, p. 275).

⁸ “Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cidadão poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: O princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática e a justifica; oferecer uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 2014, p. 274).

⁹ “Os Juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso McLoughlin ou Brown introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele” (DWORKIN, 2014, p. 275).

“Uma vez que se decida, vai acreditar que a correta interpretação do caráter de Scrooge é aquela que torna o romance melhor, segundo sua concepção” (DWORKIN, 2014, p. 281).

2. DA LITERATURA E A LIGAÇÃO COM A DECISÃO

A trama do Romance em Cadeia dá um novo sentido aos julgamentos¹⁰, isto por que para Dworkin, o juiz necessariamente precisava julgar de acordo com os parâmetros utilizados pelos julgados anteriores, mas tem a possibilidade de inovar decidindo com base na integridade do Direito¹¹, isto significa que o pragmatismo utilizado no julgamento não mais pode ser utilizado, devendo ser utilizado à decisão com base na análise do Direito de forma integral.

Por isso, defendo que os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham /limitam. Os princípios (re) inserem a facilidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e a integridade do direito (STRECK, 2013, p. 358).

Para Dworkin os casos difíceis, precisam ser decididos de forma mais ampliada¹², se utilizando um ponto de vista interno e outro ponto de vista externo. Nesta situação, o ponto de vista externo é a visão dos historiadores, que tratam de analisar o momento atual do sistema jurídico e em que circunstâncias ele é aplicado ao caso *sob judge*. Já do ponto de vista interno, os juristas analisam o caso de forma argumentativa para pôr em prática a vontade da população por meio da análise dos precedentes e de julgados que antecederam

¹⁰ “Dworkin, em sentido contrário, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente, o jusfilósofo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria fundamentado para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial como a poder criativo dos juízes, nos termos proposto por Hart” (STRECK, 2013, p. 358).

¹¹ “A objeção não é bem fundada, pois repousa sobre uma dogmática. Constitui uma parte conhecida de nossa experiência cognitiva o fato de algumas de nossas crenças e convicções operarem como elementos de comprovação ao decidirmos até que ponto podemos ou devemos aceitar ou produzir outras, e a comprovação é efetiva mesmo quando as crenças e atitudes coercitivas são polemicas. [...] A possibilidade de as convicções de um intérprete exercerem um controle recíproco, como deve ser o caso se ele estiver realmente interpretando, vai depender da complexidade e da estrutura do conjunto de suas opiniões sobre o assunto” (DWORKIN, 2014, p. 282-284). “A final, ele não tem nada de que possa afastar-se (ou a que se apegar) enquanto não elaborar um romance-em-execução a partir do texto, e as diversas decisões que discutimos são decisões que deve tomar exatamente para poder fazê-lo” (DWORKIN, 2014, p. 285).

¹² “Este ordenamento jurídico seria composto não apenas por regras, mas também por princípios. Isto, em decorrência do fato de que uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas (Comunidade de Princípios). Em contraposição a Hart, estes princípios vedariam um juízo discricionário” (STRECK, 2013, p. 359).

o caso Analisado. “As duas perspectivas sobre o Direito, a externa e a interna, são essenciais, e cada uma delas deve incorporar ou levar em conta a outra” (DWORKIN, 2003, p. 18).

[...] observa-se que em Dworkin o direito é um conceito interpretativo. Entende a prática jurídica é, primordialmente, interpretativa, uma vez que em juízo as partes conflitantes apresentam interpretações alternativas que pretendem dizer o Direito para o caso. Assim, a interpretação, para além de um caráter meramente instrumental, é imprescindível, é indissociável do fazer jurídico. Nestes termos, o Direito transcenderia os catálogos de princípios e regras, seria uma atitude interpretativa e reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. (STRECK, 2013, p. 359-360).

Para Ronald Dworkin, há uma grande ligação entre a literatura e o direito¹³, para ele o trabalho dos juízes, assim como nas tramas dos romances, deve organizar seus julgados de acordo com os que lhe antecederam. “Podemos encontrar uma comparação muito fértil, entre a literatura e direito, ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”” (DWORKIN 2003 p.275), sendo assegurada aos mesmos a utilização de princípios que entendam ser pertinente ao caso em sua análise.

O romance em cadeia apresenta uma perspectiva de que a aproximação entre direito e literatura deve ser apreciado, tendo uma comparação entre a atuação de um juiz com a de romancistas que trabalham suas escritas de forma conjunta, se utilizando dos escritos de capítulos/julgados anteriores, para continuar a trama sempre com a devida coerência na escrita. Conforme STRECK, (2013, p. 360) “Esta aproximação metodológica do Direito com a Literatura é observada quando apresenta a figura da *chain novel*, comparando o trabalho do juiz como o de um romancista em cadeia”.

Ao se utilizar da parábola do juiz Hercules, Dworkin tenta enfatizar que no judiciário existe a necessidade de encaminhar as decisões da forma mais adequada ao caso. Sendo

¹³ “[...] Dworkin aproxima o Direito da Literatura. Como é sabido, o jusfilósofo pertencia ao movimento do *law and literature* que albergava tanto as abordagens que estudavam narrativas literárias relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico (*law in literature*), como também a aplicação de técnicas da crítica literária aos textos legais (*law as literature*). Neste prisma, a interpretação não terá como objetivo fornecer um juízo de valor das proposições jurídicas, tampouco buscar a *voluntas legislatoris*, mas sim tornar o objeto da interpretação o melhor possível” (STRECK, 2013, p. 360).

também estas, as que mais se encaixem¹⁴ aos julgados que antecederam aquele em questão, ao tomar a decisão, tendo como base a análise de várias alternativas e precisando estudar qual das decisões será a que irá ser mais adequada, Hercules toma para si a responsabilidade de julgar o caso, tendo como parâmetro as decisões de casos semelhantes, e ir ainda mais além, fazendo com que a sua decisão seja a que corresponda ao caso em apreço como a resposta correta. Ele defende o direito como integridade e, portanto, quer uma interpretação de acordo com que fizeram os juízes em casos anteriores. Também, é possível que os juízes realizem a inovação¹⁵ em suas decisões, desde que esse sempre se utilize de interpretação, e não de ativismo jurídico, necessitando esta resposta ser devidamente fundamentada para que a esfera jurídica tenha a maior transparência possível.

Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins. Devem considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem que interpretar e continuar, de acordo com sua opinião [...] (DWORKIN, 2003, p. 286).

Esta busca por uma decisão/capítulo segue na aproximação da literatura e o direito, pois existe a necessidade de o julgamento se dar tomando como parâmetro as várias decisões anteriormente escritas,¹⁶ fazendo com que os juízes tenham atitudes/atuação de forma bastante próxima do que realizam os escritores na literatura. Para estes, não há como escrever um capítulo de um romance sem que este seja um seguimento do que foi escrito nos capítulos antecedentes, o que não deixa o escritor engessado¹⁷ a escrever conforme o

¹⁴“Esta perspectiva impede que o autor/interprete seguinte proceda de modo subjetivista – no sentido que a história começa nele, e por isso, poderia fazer o que quisesse – a ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra a inúmeras mãos” (STRECK, 2013 p. 361).

¹⁵ “É possível um tribunal revisar entendimento consolidado na jurisprudência”? Sim. Na *common law*, os juristas americanos chamam isto de *overruling*. Tal operação, entretanto, jamais poderá ser realizada, monocraticamente, sem que se justifiquem as razões que tornaram os precedentes anacrônicos e/ou insustentáveis. (TRINDADE, 2014, p. 2).

¹⁶ “Entretanto, Dworkin adverte que, o juiz, assim como cada escritor da cadeia, deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores, isto não significa que ele esteja obrigado a se ater, apenas, ao que se encontra assentado jurisprudencialmente, sendo-lhe facultado, inclusive, alterar o rumo da história de acordo com as possibilidades verificadas no presente” (TRINDADE, 2014, p. 3).

¹⁷ “Para o jusfilósofo, há uma interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada. Não é somente o ontem, também não é só o hoje, tampouco apenas intérprete, ou tão só autor. A jurisdição deve imbricar a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje”. (STRECK,

pensamento de quem escreveu os capítulos anteriores Sempre que o romancista escreve um texto que teve capítulos escritos por outros autores, ele precisa se embasar nos capítulos anteriores, mas irá colocar a sua carga de ficção para dar um ar de inovação ao romance.

Os juízes, para Dworkin, ao escrever uma sentença/capítulo, devem sempre atuar como os romancistas,¹⁸ se utilizar de outros julgados para escrever um novo capítulo/sentença, e reescrever a história com a sua pitada de inovação para continuar a escrever o conto do judiciário, isto precisa ser feito com a perfeita busca pela melhor resposta, neste caso, sem se distanciar em demasiado do que já foi anteriormente posto por outros julgadores.

Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível (DWORKIN, 2014, p. 276).

2.1 Da Influência de Ronald Dworkin na Aproximação Direito com a Literatura

O direito e a literatura vêm se aproximando,¹⁹ e cada vez mais os julgadores devem se utilizar significativamente da literatura para elaborarem seus trabalhos. No que diz respeito ao que fora transcrito nos contos literário, pode-se visualizar que com o passar do tempo, o a literatura precisa estar cada vez mais próxima do direito. Para tanto, inspira-se muito nos escritos de Dworkin que

2013, p. 361).

¹⁸Para explicar isto, nada pode ser mais ilustrativo do que a metáfora do “romance em cadeia” (chain móvel), elaborada por Dworkin – em sua clássica obra “Uma Questão de Princípio” –, segundo a qual cada juiz deveria se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudencial” (TRINDADE, 2014, p. 2).

“O juiz, ao decidir, deve interpretar as decisões anteriores, e como resultados proceder de forma que encontre maior adequação (*dimension of Fit*) e que torne determinada prática legal a melhor possível (*Dimension of value, dimension of political morality, justification*)” (STRECK, 2013, p. 361).

¹⁹ “Além do destaque que confere à interdisciplinaridade, na medida em que se baseia no cruzamento dos caminhos do direito com as demais áreas do conhecimento – fundando um espaço crítico por excelência, através do qual seja possível questionar seus pressupostos, seus fundamentos, sua legitimidade, seu fundamento, sua efetividade, etc. –, a possibilidade da aproximação dos pontos jurídicos e literário permite que os juristas assimilem a capacidade criadora da literatura e, assim, possam superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, reconhecendo a importância do caráter constitutivo da linguagem no interior dos paradigmas da intersubjetividade” (TRINDADE, 2012, P. 63).

Ao analisar a maneira como o direito se assemelha à literatura, Dworkin recorre a uma sugestiva e elaborada imagem para descrever o romance em cadeia, concebendo a interpretação jurídica como a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do direito, que se desenvolve a partir de inúmeras decisões, estruturas, convenções práticas” (TRINDADE, 2014, p. 2-3).

Ao buscar em Dworkin, vê-se a necessidade de observar a decisão com base na integridade, que pressupõe interpretação parcial de princípios, tendo em vista que a análise da integridade não exige a observação de princípios já superados por determinada comunidade, nem obriga os magistrados a tomar decisões percebendo as leis como a continuidade destes princípios.

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípios com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar (DWORKIN, 2014, p. 273)

A temática tratada por Dworkin cria a possibilidade de se tratar nos bancos das faculdades de Direito, uma nova disciplina que vem sendo cada vez mais trabalhado. Isto por que a maneira com que Ronald Dworkin trata a ligação entre direito e literatura²⁰ em suas obras, e principalmente quando relata o romance em cadeia, dá uma visão de integração²¹ entre o direito e a literatura no que tange aos julgamentos.

O processo interpretativo não seria escrito somente por um autor, mas, sim por vários, eis que cada um cada um deles é responsável pela redação de um capítulo separado devendo continuar a elaboração do romance a partir de onde seu antecessor parou (TRINDADE, 2014, p. 3).

Já para Ost (2005, p. 23):

[...] em vez de um diálogo de surdos entre um direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda convenção, ciosa de sua

²⁰ “Nesse contexto, em que a literatura assume grande importância, parece conveniente aprofundar um pouco, entre tantos aspectos, aqueles ligados (1.1) à sua dimensão criadora e crítica, (1.2) à sua dimensão linguística e, por fim (1.3) às convergências e divergências que se podem estabelecer entre direito e literatura” (TRINDADE, 2012, p. 64)

²¹ “Hércules deve formar sua própria opinião sobre esse problema. Assim como um romancista em cadeia deve encontrar, se puder alguma maneira coerente de ver um personagem em um tema, tal que um autor hipotético com o mesmo ponto de vista pudesse ter escrito pelo menos a parte principal até o momento em que esse lhe foi entregue” (DWORKIN, 2014, p. 288).

ficcionalidade e de sua liberdade, o que está em jogo são empréstimos recíprocos e trocas implícitas. Entre 'tudo é possível' da ficção literária e o 'não deves' do imperativo jurídico, há, pelo menos tanto interação quanto conforto.

Os estudos sobre a ligação entre Direito e Literatura,²² surgiram nos Estados Unidos da América. Conforme Trindade; *et al* (2008), os pioneiros foram os Norte-Americanos, que, desde 1908, já vem publicando sobre os temas relacionados ao Direito e Literatura, tendo como referência o trabalho de John Wigmore, *A List of Legal Novels* e, em 1925, o ensaio *Law and Literature*, de Benjamin Cardozo. Enquanto na Europa tomou corpo a partir dos anos 70 do século XX, isto fez com que o Direito e a Literatura fossem estudados em conjunto nas universidades. A evidência nos sucessos se deu com a reaproximação dos estudos das obras literárias, e seus valores humanísticos, o que resultou na afirmação do *Law and Literature Movement*, nos anos 80. Este movimento trata o estudo em três vieses, o Direito na Literatura,²³ analisando a forma em que o direito é tratado na literatura. O Direito como Literatura,²⁴ trata do ponto de vista da sua função narrativa e da interpretação, e ainda o Direito da literatura,²⁵ que cuida das normas jurídicas ligadas à literatura, e protege a atividade literária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Ronald Dworkin possui fundamental importância para que se tenha uma interdisciplinaridade entre o Direito e a Literatura, pois em seus escritos, nota-se uma ligação muito forte entre estas duas áreas, durante as muitas²⁶ passagens de seus textos.

²² “Em suma, o momento é ainda de superação do atual modo-de-produção do direito e, portanto, de repensar o direito. Para isso, especialmente nestes tempos de pós-positivismo, a teoria da literatura deve ser vista como uma forte aliada, inclusive por que, conforme já explicitado por Shelley, no longínquo ano de 1821, em seu *The Defense of poetry*, não há como negar que *poets are the unacknowledged legislators of the world*” (TRINDADE, 2012, p. 68).

²³ “As possíveis respostas às questões provocadas pela abertura de sentido do direito demandam novos (e críticos) espaços teóricos, como por exemplo, este, no qual o direito encontra a literatura e vice-versa” (CHUEIRI, 2007, p.120).

²⁴ “Quanto ao direito como literatura, que supõe a aplicação ao direito dos métodos da crítica literária, ele constitui na verdade um campo de estudo imenso” (OST, 2005, p.51).

²⁵ “Até mesmo no que tange à regulamentação das obras literárias, relativamente à autoria, originalidade etc., a relação entre direito e literatura se coloca” (CHUEIRI, 2007, p.120).

²⁶ “É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram em si mesmas, por problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo”

Isto dá um novo paradigma interpretativo para o Direito que busca na Literatura um suporte para as decisões judiciais. Esta busca se dá pela maneira com que o julgador deve interpretar os julgados anteriores, sempre procurando retirar informações pertinentes para a sua decisão, mas também, reescrevendo uma nova história, como, segundo Dworkin, fazem os romancistas.

Uma vez que toda interpretação criativa compartilha essas características, e tem, portanto, um aspecto ou componente normativo pode tirar proveito de uma comparação entre o direito e outras formas ou circunstâncias de interpretação (DWORKIN, 2014, p. 275).

Outra colaboração para a aproximação do direito com a literatura que se deu com os textos de Ronald Dworkin, foi o fato de que escritor Norte Americano, ao escrever sobre a integridade, deu um novo parâmetro a interpretação do direito.²⁷ Esta nova ordem jurídica sai do pragmatismo do direito positivo e se encaminha para um direito em que se deve utilizar todas as áreas da interpretação para encontrar a resposta correta Dworkin (2014) traz como parâmetro a utilização de uma visão externa do direito que corrobora com a visão interna, que ligadas conseguem uma melhor interpretação do caso em análise. Para DWORKIN (2014, p. 281). “Uma vez que decidida, vai acreditar que a correta interpretação do caráter de Scrooge é aquela que torna o romance melhor, segundo sua concepção”.

Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos: tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critérios por seu fracasso sobre o outro. (DWORKIN, 2014, p. 287).

Das obras do autor, a que tem maior influência sobre esta ligação, é a metáfora do romance em cadeia em que Dworkin faz uma ligação do Direito com a Literatura, e conseqüentemente, auxilia de forma direta possibilidade de criação de uma nova disciplina que tenha como objeto a ligação entre o direito e a literatura. Com este escrito o autor faz

(DWORKIN, 2014, p. 275).

²⁷“Estabeleci uma distinção entre duas formas de integralidade ao arrolar dois princípios: a integralidade na legislação e a integralidade na deliberação judicial” (DWORKIN, 2014 p. 261).

uma ligação clara dos julgamentos com os textos literários, isto gera a possibilidade de o direito ser escrito/decidido como se fosse um romance escrito por diversos escritores.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CHUEIRI, Vera Karam de. Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando o direito, *in*: **Revista da Faculdade Mineira de Direito** – v.10, n.19 (jan. - jun. 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GRAUS, Eros. **Integridade do direito decisão de ministro do STF não está vinculada à jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-19/eros-grau-ministro-stf-nao-vinculado-jurisprudencia-stj>> Acesso em: 26/04/2016.

MIRANDA, R. D. François Ost e a hermenêutica jurídica - um estudo de *Contar a Lei*. *In*: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 30-35, jan./jun. 2011.

MOTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: uma explosão hermenêutica do protagonismo judicial brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Dossiê Ronald Dworkin, porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não é para Alexy. DOI 10.12957/dep.2013.8350. **Revista Direito**

e *Práxis*, vol. 4, 2013, p. 343-367.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes.** 2. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TRINDADE, André Karam *et. Al.* (Org.). **Direito e literatura: ensaios críticos.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, André Karam. Kafka e os paradoxos do direito: da ficção à realidade. *In*. **Revista Diálogos do Direito**, Cachoeirinha: ISSN 2316-2112; 2012; p.63-85. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v2i2.63>> Acessado em: 20/04/2016.

TRINDADE, André Karam. **O dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-17diario-classe-dia-romance-cadeiavirou-cadeia-romance>> Acessado em: 26/04/2016.

MISERÁVEL LIBERDADE¹

Carolina Camargo²

Neuro José Zambam³

INTRODUÇÃO

O escritor francês Victor Hugo publicou em 1862 a obra *Os Miseráveis*. No ano de 1980 a Obra foi adaptada para compor um musical no teatro com a direção de Robert Hossein chamado *O musical de Os miseráveis*. A repercussão mundial que fez dos Miseráveis um clássico da literatura é atribuído ao enredo da história versar sobre a triste realidade miserável que a população vivia na época bem como ao tratamento e a negação da reinserção do apenado na sociedade.

A Revolução Francesa é o marco histórico do romance, o autor apresenta a saga vivenciada pelo personagem principal Jean Valjean que resta condenado a cinco anos de prisão por furtar um pão com o intuito de alimentar seus sete sobrinhos que estavam passando fome e também durante o tempo de cárcere é condenado a mais quatorze anos por tentar fugir, resultando em 19 anos de prisão.

Somando a descrição do contexto histórico o autor destaca a situação de

¹ Este Artigo foi escrito e apresentado no IV Colóquio Internacional de Direito e Literatura da Rede Brasileira Direito e Literatura de 2015

² Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED/RS. Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Pós-Graduada em Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Pesquisadora no CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA SOBRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - IMED/RS. E-mail: carolcamargo11@yahoo.com.br

³ Pesquisador e Coordenador do grupo de pesquisa: Multiculturalismo, minorias e espaço público. Pós-Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) em Direito da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. E-mail: neurojose@hotmail.com; nzambam@imed.edu.br.

miserabilidade que vivia a classe social proletária e a decadência da própria burguesia resultado do regime anterior da monarquia absolutista, assim deixa claro o panorama socioeconómico da sociedade francesa do século XIX.

Percebe-se que a Revolução Francesa tinha um significado muito maior do que determinar a época histórica. Muitos personagens eram burgueses e proletariados que buscavam a liberdade de uma democracia representativa onde pudessem exercer o poder de escolha de seus representantes através do voto. Assim as classes sociais unidas baseadas em ideias iluministas tinham como objetivo acabar de uma vez por todas com o luxo que a monarquia e o clero tinham às custas do suor e sofrimento do povo, a revolução representava a libertação do povo pobre e a busca por direitos.

Em meio à guerra social e política que a França enfrenta, Jean Valjean cumpre sua pena de prisão e então sai do sistema prisional. Durante os anos que permanece encarcerado Valjean sonha com o dia que vai estar livre, e cria grandes expectativas e esperança para concretizar ao retornar para a sociedade. O que ele encontra fora do sistema não condiz com seus sonhos, mas sim com uma realidade dura e cruel que assola grande parte das pessoas que cumprem pena restritiva de liberdade e se deparam com a discriminação.

O objetivo principal da pena restritiva de liberdade é o direito de ir e vir, mas seu alcance vai além da constrição do direito de liberdade interferindo diretamente na vida pessoal e social do ex apenado de maneira negativa rompendo laços afetivos e trabalhistas tornando inviável e/ou impossível a sua reinserção na sociedade.

Nessa senda um dos grandes desafios da reinserção é a rotulação e a discriminação social que o indivíduo sofre no momento em que cumpre a sua pena e tenta retornar a sociedade que o afastou por uma conduta ilegal, mas que também não cumpre com um dos objetivos principais da pena que é a preparação e a adequação do indivíduo dentro do círculo social.

Por mais que a legislação brasileira adote uma postura reintegradora com a Lei de

Execuções Penais de garantir ao apenado a oportunidade de promover e oportunizar a reinserção na sociedade se sabe que na prática forense a eficácia e efetividade da norma é prejudicada por fatores como a falência do Estado, a falta de investimento nas casas prisionais, a necessidade de uma educação de qualidade e a qualificação profissional dentro do sistema penal para dar ao preso condições de exercer uma profissão para o sustento da sua família.

A Condição de agente, baseado na teoria de Amartya Sen, em que cada indivíduo deve por meio da qualificação, educação tornar-se o sujeito ativo da sociedade, modificando a realidade e visando o bem comum a todos é uma das oportunidades que o homem tem de contribuir para a vida em sociedade.

Porém evidenciou-se na narrativa da Obra e também é perceptível na sociedade contemporânea que é muito mais fácil retirar e abominar algo que pode dar trabalho (como a reinserção) do que investir. No que tange os relacionamentos humanos não se pode mais tolerar o preconceito e a discriminação, o direito penal, está no meio da sociedade pois é a ela que se destina, logo todas as pessoas são consideradas e podem vir a serem potenciais criminosos por dois motivos: o primeiro por vontade própria e o segundo independente de vontade, mas por acaso.

Para responder tais problemas, o presente artigo tem como objetivo, através da pesquisa doutrinária, apresentar a Obra de Victor Hugo, bem com analisar o alcance da pena privativa de liberdade sob o enfoque da Lei de Execução Penal Brasileira, analisando as escolhas e oportunidades do indivíduo ou a sua negação na reinserção do apenado na sociedade bem como a vulnerabilidade da mulher na sociedade. Para a execução da pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, aliado ao método de procedimento monográfico e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

Dividiu-se o trabalho em três partes: O primeiro capítulo abordará a Obra literária *Os Miseráveis* com a narrativa do conto (*Jean Valjean em Os Miseráveis*). O segundo capítulo busca analisar a continuidade da pena além de seu cumprimento decorrente da rotulação. (*Pena Restritiva de Liberdade e a punição além da pena*). E o terceiro capítulo

busca analisar a Condição de Agente da mulher em Amartya Sen sendo objeto de análise outra personagem chamada Fantine que é vítima da sociedade e da falta de oportunidades.

2. JEAN VALJEAN

Jean Valjean é o personagem principal da obra, que restou condenado a pena de prisão por furtar um pão, que serviria de alimento para seus sete sobrinhos e sua irmã que estavam vulneráveis e famintos.

No período em que permaneceu no cárcere cumprindo pena de prisão, era também submetido a trabalhos forçados e desumanos, mas ainda assim destacava-se pela força e coragem que possuía ao realizar as tarefas impostas. O personagem era muito generoso e fazia questão de proteger seus colegas de cela. Há um episódio na obra que presos colocam fogo em uma das alas da cadeia e Jean Valjean arrisca sua vida para salvar os outros presos que certamente iriam morrer queimados por estarem embaixo de escombros de concreto.

O presídio era comandado pelo personagem Sr. Javert o comissário de polícia. Também era ele que dava todas as ordens e os castigos atribuídos aos presos. No episódio narrado acima do incêndio o comissário não ficou nada satisfeito com a atitude heroica de Valjean e passou então a persegui-lo. Para o comissário a ressocialização do preso era impossível, visto que deveria morrer na cadeia por que não lhe restava outro caminho a não ser a morte pois os criminosos padeciam de uma doença incurável.

Após longos anos de cárcere a tão sonhada liberdade chegou para Valjean e depois de todo o sofrimento que passou na prisão em que recebera torturas e tratamentos desumanos, agora surgia um novo desafio, a sua reinserção na sociedade que um dia o expulsou.

O procedimento adotado naquela época com o preso que conseguisse chegar ao fim do cumprimento da sua pena era a substituição da certidão de nascimento por outra da cor amarela que caracterizava e demonstrava que ele havia cumprido pena de prisão.

Pelo fato de portar uma certidão amarela, sempre que procurava abrigo, emprego

ou informações ele era reconhecido como apenado e então sofria a discriminação, e de que adiantava bater em várias portas pedindo ajuda já que sempre receberia como resposta um não.

Em meio as suas andanças, desanimado e se entregando a fome e ao frio Valjean conhece o Bispo Myriel conhecido como Benvindo, pessoa de bom coração, que acolhia aos necessitados em sua paróquia e tinha uma filosofia de vida muito humana além da postura adotada na época.

O Bispo representava na sociedade uma figura fraterna, que sabia como lidar com a vida e a morte tratando seu povo como seus filhos buscando reduzir a dor das famílias que perdiam seus entes queridos para a doença, à fome e a guerra. Fazia com que seus seguidores entendessem a morte afirmando: “A morte só pertence a Deus! Com que direito os homens põem a mão nessa coisa desconhecida⁴?” E ainda sobre a morte:

Atentem bem ao modo como se voltam aos mortos. Não ocupem o pensamento com o que apodrece. Olhem fixamente. Verão no fundo do céu a chama viva de seu amado ente que se foi. Ele sabia que a crença é sadia. Procurava aconselhar e acalmar o homem desesperado, apontando-lhe o homem resignado, e transformar a dor que olha uma sepultura na dor que olha uma estrela. ⁵

O povo então o respeitava e o idolatrava como conselheiro, acreditando que o Monsenhor Bienvenu tinha um coração iluminado e sábio pois a sua sabedoria era conhecida como “[...] sabedoria era feita da luz que nele existia”. ⁶

Então numa noite fria Valjean recebe abrigo na casa paroquial do Bispo, ganhando alimentação que foi servida com a melhor prataria da casa e uma cama para dormir. O padre sabia que ele havia cumprido pena e que estava em liberdade, foi a primeira pessoa a estender a mão, servindo-lhe uma mesa farta com dois candelabros de prata para enfeitar a mesa.

⁴ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. I. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.41.

⁵ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. I. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.41.

⁶ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. I. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.77.

No meio da madrugada Valjean revoltado por tudo que já havia passado e perdido as esperanças de arrumar emprego e voltar a sociedade furta toda a prataria do padre e foge pelas ruas, voltando para a vida do crime. É encontrado por guardas que o conduzem até a igreja para fazê-lo devolver a prataria furtada e após o levariam para prisão.

O Bispo já sabendo que aquilo iria acontecer manda que os guardas o soltem mentindo que havia dado de presente aquelas pratarias para Valjean, os guardas o soltam já que não existia crime algum. Antes de Valjean partir o padre entrega a toda a prataria que havia furtado e mais dois candelabros para que pudesse então recomeçar a sua vida.

Acostumado com a represália que vinha sofrendo da sociedade e diante de uma conduta fraterna do qual ele jamais esperava, surge em Valjean sentimentos de esperança, fraternidade e amor ao próximo. Então decide dedicar a sua vida a ajudar os excluídos da sociedade.

Com o pouco dinheiro que recebeu na venda das pratarias ele chega a pequena cidade de Montreuil-sur-Mer, que vivia da fabricação de correntes soldadas, mas carecia de mão de obra, lá desenvolveu uma inovação de correntes simplesmente engatadas que o tornou um homem rico e adotou um novo nome chamando-se Sr. Madelaine.

A fábrica era composta apenas de operárias, mulheres casadas ou solteiras que necessitavam ajudar suas famílias. Fantine era uma das funcionárias da fábrica que escondia seu passado, pois tornou-se mãe solteira ao se entregar a um homem que ao saber da sua gravidez a abandonou deixando apenas uma carta.

Abandonada e expulsa da sua família por estar grávida Fantine parte em busca de um lar e uma vida digna para sua pequena filha Cosette. Saindo de Paris encontra uma taverna bem decadente, mas que seu dinheiro poderia pagar por uma noite de sono, é muito bem recebida pela família Thénardier, o que não poderia imaginar era que se tratava de uma horrorosa família de vigaristas.

Fantine decide deixar Cosette sob os cuidados dos Thénardier com a promessa de mandar dinheiro todos os meses assim que arrumar emprego. Cumpriu com sua promessa

mandando tudo que ganhava, mas era pouco por que cada vez mais era exigido que enviasse um valor maior alegando que Cosette era muito doente e para ser bem cuidada necessitava de muitas coisas.

Então um dia o diretor da fábrica lê uma correspondência de Cosette e descobre que é mãe solteira e a demite da fábrica. Valjean agora com o nome falso de Sr. Madelaine recebia naquele instante o novo inspetor de polícia da cidade e para sua surpresa era o seu inimigo conhecido o Sr. Javert então não pode saber nem defender Fantine pois estava ocupado.

O comissário de polícia não o reconheceu, mas Valjean temia que sua identidade fosse revelada, então passou a controlar os passos do comissário. Fantine sem trabalho vendeu alguns de seus dentes e seu cabelo. Restando ainda como única alternativa para ganhar dinheiro para a filha a prostituição.

Fantine desesperada passou a implorar para fazer programas e logo foi presa, por coincidência o Sr. Madelaine estava na delegacia conversando com Javert quando chegou com os guardas. Ele a reconheceu como operária da sua fábrica e ordenou que a soltassem, de lá foi levada a um convento para cuidados médicos pois a sua saúde já estava bem debilitada, Valjean então se sentiu culpado por ter deixado com que chegasse a este ponto.

No leito de morte Fantine pede a Valjean que traga sua filha Cosette para que possa despedir-se, mas não havia mais tempo e ela morre. Se sentindo muito culpado Valjean decide encontrar Cosette e cuidar dela como uma filha para tentar se redimir do seu pecado.

Fantine não sabia que Cosette era maltratada e tratada como uma empregada, vivia rasgada, humilhada, e passava fome aos cuidados dos Thénardier. O dinheiro enviado por sua mãe era para os caprichos da família e não para o cuidado com a menina.

O comissário de polícia, Javert, descobre que o Sr. Madelaine é na verdade Jean Valjean e percebe que ele está vivendo foragido na figura de um prefeito. Mas Javert, o policial, não tinha provas e então passa a seguir todos os seus rastros. Vivia na sombra de

Jean Valjean criando espertas armadilhas para que a verdadeira identidade do ex-condenado fosse revelada.

Valjean foge de Montreuil-sur-Mer para assumir uma nova identidade, mas antes vai até a taverna dos Thénardier e compra Cosette. A menina então passa a viver em fuga e a trocar de nomes, cresce com muito conforto e com boa educação, quando moça conhece um jovem chamado Marius que logo seria seu grande amor.

Marius Pontmercy era estudante de direito e tinha ideias revolucionárias, pertencia a aristocracia, porém, seguia o conceito do liberalismo, era amigo de Enjolras estudante e líder do grupo político que aclamavam na luta pela democracia, liberdade, igualdade e justiça: os “Amigos do ABC”. Grande parte dos integrantes desse grupo político correspondiam a burguesia.

As reuniões clandestinas desses jovens revolucionários ocorriam no Café ABC. A cor que representava a revolução era o vermelho a mesma cor usada para identificar a aristocracia. O simbolismo representado pela cor vermelha era o sangue derramado pelo proletário e os burgueses na tentativa de derrotar a Guarda Nacional, construindo barricadas e utilizando armas, além do anseio de acabar com o absolutismo.

Após um grande planejamento realizado pelo movimento ABC, chega o momento de lutar com o povo todo unido pelos objetivos a serem alcançados. No combate surge um menino corajoso Gavroche, o pequeno revolucionário, filho abandonado pela família Thénardier que havia ido à falência luta por uma vida mais digna e é morto por levantar a bandeira do movimento.

As barricadas não foram suficientes para conter a Guarda Nacional. Javert surge no lado dos revolucionários para controlar os passos do movimento, mas é descoberto. Nesse momento, o líder do movimento o amarra e decide acabar com a sua vida, mas é impedido por Jean Valjean que afirma que teria motivos suficientes para ter o prazer de matá-lo, mas quando sozinho com Javert o liberta.

A maioria dos participantes e os integrantes do movimento do ABC são mortos no

confronto, exceto Marius que é salvo por Jean Valjean por descobrir que Cosette estava apaixonada por ele, e então vê em Marius a oportunidade da filha poder viver uma vida boa e feliz com alguém que a ame e cuide dela.

Jean Valjean tratou Cosette como sua filha por todos os anos com muito conforto, tinha roupas novas e boa educação. Mas Valjean não imaginava que poderia se apaixonar pela própria filha, menina que cuidou e aprendeu a amar por todos os anos que passaram juntos.

Cosette então casa-se com Marius passando a morar na casa da família aristocrata do marido. Valjean conta a Marius que não poderia mais ver Cosette por que nutria por ela um sentimento de amor além de pai e filha, assim se afasta e continua morando na casa em que viveu com a filha mentindo que estaria viajando para não vê-la com outro homem.

Javert passou sua vida dedicando-se a colocar Valjean na cadeia, usou de todas as artimanhas possíveis para desmascara-lo, nutriu seu ódio a cada dia iniciando uma caçada que parecia não ter mais fim. Mas sua não obteve o efeito esperado, pelo contrário aflorou a dúvida em sua consciência, então ficou dividido em fazer justiça prendendo um inocente ou deixando um criminoso à solta afirmando:

Via diante de si dois caminhos, ambos retos, mas via dois; e isso o apavorava, a ele, que nunca em sua vida conhecera senão uma única linha reta. E, angustia pungente, esses dois caminhos eram opostos. Qualquer uma dessas linhas retas excluía a outra. Qual delas era a verdadeira? ⁷

O comissário sentia dúvidas que o desesperavam pois passou a sua vida acreditando que aquele que comete um crime por mais ínfimo que seja, se torna um criminoso e jamais deverá voltar a sociedade por que representa risco a segurança do povo. Acreditava que era impossível a reinserção de um ex-presidiário na sociedade, já que para ele uma vez criminoso sempre como o tal. Assim suas dúvidas o consumiam como podemos perceber pelo trecho da obra:

⁷ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. I. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.478.

Dever a vida a um malfeitor; aceitar essa dívida e reembolsá-la; achar-se, contra a própria vontade, no mesmo nível de um foragido da justiça, e pagar-lhe um favor com outro favor; deixar que lhe dissessem:

Vá embora, e por sua vez dizer: Está livre; sacrificar por motivos pessoais o dever, essa obrigação geral, sentir nesses motivos pessoais algo de geral também, e talvez superior; trair a sociedade para permanecer fiel a sua consciência; que todos esses absurdos se realizassem e se acumulassem sobre ele mesmo, eis com o que estava aterrado. Uma coisa o deixara admirado, que Valjean o tivesse poupado; e outra coisa o havia petrificado, que ele Javert, tivesse poupado Jean Valjean.⁸

Após essa passagem Javert suicida-se afogando-se no rio Sena, por não suportar a dor da dúvida e sentimentos de compaixão e arrependimento.

Jean Valjean passa seus últimos anos sozinho na casa que vivera com Cosette, o tio de Marius é quem manda alimentos e médico para cuidar da sua saúde bastante debilitada. Por agradecimento por Valjean ter salvado a vida de seu sobrinho atingido na guerra, somente o tio sabia a identidade do herói que o teria salvado.

No último dia da sua vida recebe no leito de morte a visita de Cosette, uma despedida breve, mas carregada de muita emoção. Seu pai deseja a felicidade aos dois e após pedir para que formem uma família feliz morre. Cosette então avista os dois candelabros de prata acesos que viu o pai carregar por toda sua vida a cada mudança. Ela não sabia o significado que eles representavam.

Os candelabros para Valjean representavam a sua verdadeira liberdade, não só a liberdade da sua pena cumprida, mas de uma vida miserável em todos os sentidos de amor, afeto, fraternidade, honestidade, compaixão que o Bispo Benvindo resgatou em seu coração transformando Jean Valjean em um homem bom.

⁸ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. I. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.41.

3. PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE E A PUNIÇÃO ALÉM DA PENA

A obra *Os Miseráveis* mostra as dificuldades que um ex-apenado enfrenta para ser reinserido na sociedade de que um dia fez parte. O personagem principal deixa a prisão carregado de esperança com a sensação de que o pior já havia acontecido, mas quando posto em liberdade descobre que estava completamente equivocado.

Em pleno século XXI muitos Valjean que erraram em algum momento de suas vidas independente se forem um pão ou qualquer outro crime leve ou grave vai enfrentar o estigma da pena. Alguns apenados durante o cumprimento da pena buscam regenerar-se para voltar para a sociedade, mas quando podem voltar para a sociedade o que eles encontram é uma sociedade que não os quer novamente inseridos no corpo social.

Ao lermos uma obra fictícia literária achamos que aquilo que está dentro do livro foge a nossa realidade e não passa de uma história inventada e contada. Pode ser que muitas obras se adequem a este pensamento, mas a obra estudada perpassa séculos e continua a despertar uma inquietude diante da semelhança que representa com a realidade atual, é como se a obra tivesse sido escrita em 2015, pois o cenário pode mudar, mas a pena ainda representa um paradigma a ser superado por esta e outras gerações que virão.

Se o escritor Vitor Hugo escrevesse a sua obra nos dias atuais, poderíamos afirmar que se baseou em conflitos que ocorrem na atualidade em muitos países, inacreditavelmente ainda em pleno século XXI Estados continuam em guerra com seu povo lutando por um regime democrático, suplicando pela paz por estarem cansados de ver inocentes morrendo, famílias destruídas e o drama dos refugiados que não termina.

O rótulo de ex-predidiário gruda na imagem de quem cumpre pena e continua enraizada na nossa cultura. Por mais evoluídos que acreditamos ser, assim como a ilusão de livres de pré-conceito a realidade denota a complexidade da vida de um preso e o quanto a sociedade necessita de evolução e da reforma do pensamento e dos valores atuais.

No que tange a realidade, o preso enfrenta seu primeiro obstáculo no cumprimento da pena por que a violação a direitos e garantias individuais positivadas em lei é gravemente

infringida. Como por exemplo, a não observância de alguns artigos previstos na Lei de Execuções Penais Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984 que aduz:

Art. 1º- A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.⁹

A legislação brasileira na Lei de Execuções Penais, busca por meio dos seus artigos a garantia de que o preso quando inserido no sistema carcerário trabalhe, se profissionalize, estude para quando retornar a sociedade já tenha um caminho a ser seguido.

Talvez a afirmação acima pareça um grande avanço na legislação penal, mas se formos olhar a realidade dos nossos presídios no Brasil e as condições que a pena restritiva de liberdade é cumprida então podemos passar a olhar a realidade que está diante de nós com outros olhos.

⁹ BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm.

O problema do egoísmo humano é que só cumpre pena o outro, somente o outro é que é criminoso, se por ventura for um pai, irmão, qualquer ente querido aí já é injustiça. Isto demonstra a hipocrisia hereditária que vivemos, não no caráter biológico, mas em uma herança secular social.

A importância que damos para a nossa liberdade só é realmente importante quando não somos mais o titular da liberdade. Durante a trajetória de cada indivíduo o significado da liberdade denota diferentes formas, despertando ao longo das nossas vivências sentimentos e preocupações com a nossa liberdade como afirma Sen:

Ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida. Na verdade, a liberdade para determinar a natureza de nossas vidas é um dos aspectos valiosos da experiência de viver que temos razão de estimar. O reconhecimento de que a liberdade é importante também pode ampliar as preocupações e os compromissos que temos.¹⁰

Uma sociedade que afasta os pobres da região central os mandando para as periferias por que a pobreza é feia e suja não consegue admitir que um ex-apenado possa pagar pelo erro que cometeu e voltar livre para o lugar de onde saiu.

Não estamos educados a ajudar o próximo, a perdoar como fez o Bispo que recebeu Valjean em sua casa mesmo sabendo do risco que corria de ser furtado, mas que sabia também que ele merecia uma chance e também uma lição.

Quantos Jean Valjean voltam para sociedade cheios de planos de uma vida melhor, de recuperar o tempo perdido, de tentar fazer tudo de novo, mas de forma honesta e são barrados pelo pré-conceito pela discriminação. Quem nunca ouviu alguém rotular uma pessoa por ter cumprido pena? É uma reflexão difícil de fazer por que para nós não faz diferença este rótulo a não ser que seja para nós.

A superlotação dos presídios brasileiros é um ponto crucial da problemática nacional dos sistemas penitenciários, conforme demonstram dados fornecidos pelo Departamento

¹⁰ SEN, Amartya. **A Ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.261

Penitenciário Nacional, em estatísticas realizadas anualmente. São casas sem o mínimo de higiene com a capacidade muito acima do limite, com ratos, baratas e esgoto a céu aberto.

Para relembrarmos: na pena de prisão o direito suprimido é somente o direito à liberdade que não englobam os direitos inerentes a condição humana. A realidade apresentada são pessoas sem o mínimo de higiene, dormindo no chão, dividindo a cela superlotada e assim como outras práticas abusivas cotidianas. Nesse sentido, cumpre assinalar que para Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a 56 pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹

Além de todos os problemas já mencionados surge ainda a violência e o tráfico de drogas dentro dos presídios, em razão da superpopulação surgem as rebeliões, motins e greves de fome, os quais expõem à sociedade o estado caótico do sistema prisional.

A dignidade é inerente a pessoa, e constituída de forma pessoal e intransferível, é um dever do Estado a garantia ao preso no sistema prisional que a pena não ultrapasse os limites do mínimo de respeito e dignidade para cada cidadão para Alexandre de Moraes todo regramento jurídico deve incluir meios de assegurar que os limites sejam respeitados enquanto indivíduos pois é um valor espiritual e moral e aduz:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹²

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

¹² ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.24

As deficiências apresentadas no sistema, é o resultado da falência e do descaso com as pessoas que cumprem pena. Como poderemos devolver a sociedade um indivíduo melhor do que quando entrou no sistema? Essa e muitas outras perguntas não possuem resposta, por que é assim que a sociedade deseja. Lacunas para não ter o trabalho com aqueles que acreditamos não terem “cura”.

A impossibilidade e o alcance dos objetivos de reeducação e reinserção do egresso na sociedade se tornam cada vez mais fictício quando dentro do sistema carcerário.

Para alguns pensadores do direito penal como César Bitencourt a partir do século XIX, persistia a crença de que a prisão era o meio mais adequado para conseguir a reforma do detento, mas atualmente a realidade é muito pessimista, pois o sistema prisional está em crise nos mais diversos setores, o que torna inviável a ressocialização por que o contato recebido na privação da liberdade não é positivo então não tem o poder de modificar a situação do egresso e sim apenas de prejudicá-lo ainda mais, a partir da experiência prisional.¹³

Assim a rotulação é inerente na sociedade globalizada em que os meios de comunicação para terem audiência fazem questão de expor e condenar antecipadamente as pessoas aumentando ainda mais o estigma da pena. No que tange passa a virar a sombra do ex-apanado que passa a vida carregando nas costas seu passado mesmo que só tenha cometido um furto famélico como Jean Valjean.

4. A CONDIÇÃO DE AGENTE DA MULHER EM AMARTYA SEN

Além do personagem principal de *Os Miseráveis* o Sr. Valjean, surge com tamanha riqueza de detalhes a história de Fantine uma moça jovem e bonita que se entregou antes do casamento a um oportunista que a iludia acreditando ser o amor da sua vida. Fantine desesperada por ter sido abandonada e expulsa por sua família por estar grávida sai da

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.154

cidade de Paris em busca de emprego e condições para a filha Cosette.

Deixa sua filha com uma família e parte em busca de emprego sofrendo todos os tipos desprezíveis de discriminação que a mulher recebia antigamente. Quando descobrem ser mãe solteira é jogada na sarjeta, desgraçada, prostituindo-se e restando-lhe a morte.

O resumo da vida de Fantine representa a mulher sem direitos e garantias mínimas, denota a não condição de agente da mulher que era vista e utilizada somente com o objetivo de servir aos caprichos dos homens.

Cosette, sua filha teve uma infância muito triste de sofrimento e escravidão. A família adotiva que deveria dar amor apenas a ofereceu desprezo. Diante dessas circunstâncias sendo discriminada pela família e recebendo só coisas negativas em nenhum momento da obra descreveram os sentimentos de ódio e rancor que a menina poderia ter pelos Thénardier, pois sabia que eles eram tão desgraçados pela pobreza quanto ela e sua mãe.

Para Janusz Korczak as crianças enfrentam os obstáculos que a vida apresenta de forma mais positiva elas vivem o sol e a tempestade, já os adultos não conseguem se libertar de um nevoeiro, passam a vida divididos entre a tristeza e a alegria não se deixam sentir o momento e fazer aquilo que os deixa em paz e aduz:

A criança é que nem primavera. Ou tem sol, tempo bom, tudo é alegre e bonito. Ou, de repente, vem a tempestade, relâmpagos, trovões, raios que caem. Já adulto é como se estivesse dentro do nevoeiro. Envolto numa triste névoa. Não tem nem grandes alegrias, nem grandes tristezas. Tudo cinzento e sério. Pois não é que me lembro. Nossas alegrias e tristezas correm que nem o vento, e as deles vivem arrastando.¹⁴

As mulheres como a personagem Fantine demonstram historicamente a não condição de agente da mulher que para Amartya Sen é a oportunidade de crescimento e da relação de pertença e empoderamento na sociedade para que ocorra a mudança social e afirma:

¹⁴ KORCZAK, Janusz. **Quando eu voltar a ser criança**. São Paulo: Grupo Editorial Summus, 1981. p.31

Já não mais receptoras passivas de auxílio para melhorar seu bem-estar, as mulheres são vistas cada vez mais, tanto pelos homens como para elas próprias, como agentes ativo de mudanças: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida das mulheres e dos homens.¹⁵

Dessa forma a mulher passa do estado passivo para o ativo, que significa dizer que além da preocupação com as oportunidades também é necessárias práticas de cuidado e garantias do bem-estar social da mulher evitando um tratamento desigual.

A teoria de condição de agente de Sen engloba ambos os gêneros, responsabilizando tanto homens como mulheres por suas ações e não ações. Para Zambam a Condição de Agente dependendo da situação que está sendo analisada apresenta diferentes necessidades:

A condição de agente é um conceito amplo, que influencia os variados aspectos da vida de uma pessoa e nas relações que decorrem do contexto onde está inserida. Por isso, em situações peculiares, a busca do bem-estar e a própria compreensão da condição de agente adquirem diferentes prioridades.¹⁶

As conquistas alcançadas ao longo dos anos pelas mulheres representam conquistas e oportunidades que ganham força por movimentos feministas e sociais. A luta pelos direitos iguais e liberdades faz da mulher um agente na sociedade a partir do momento que assume sua própria vida.

As taxas de fecundidade diminuem significativamente diante da condição ativa das mulheres, que hoje tem a opção de gerenciarem suas próprias vidas vindo a ser mãe somente no momento que julgarem oportuno. Uma mãe solteira como Fantine por exemplo poderá viver livremente na sociedade, trabalhar e criar sua prole. Pode não estar livre da discriminação popular, mas não é marginalizada podendo exercer seus direitos na sociedade.

Há um fator expressivo da Condição de Agente da Mulher que é a limitação religiosa, política e cultural. Dependendo do país, ainda no século XXI muitas mulheres continuam na

¹⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.246

¹⁶ ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen: Liberdade Justiça e desenvolvimento Sustentável**. Passo Fundo: IMED, 2012. p.68

condição passiva, com casamentos forçados, poligamia, tortura, mutilação, tratadas como objetos.

Alguns aspectos apresentados por Sen são os responsáveis pela guinada social que as mulheres receberam ao longo dos anos tais como: o trabalho e a geração de renda, alfabetização e instrução, que geraram uma voz ativa quando a dependência é reduzida. O direito a propriedade também representa a voz ativa já que para Sen “Analogamente, a instrução da mulher reforça a sua condição de agente e tende a torná-la mais bem informada e qualificada. A propriedade de bens também pode tornar a mulher mais poderosa nas decisões familiares¹⁷”.

As famílias patriarcais, que tradicionalmente trazem a figura masculina como cerne do contexto familiar mudam de figura, a mulher passa a assumir o lugar que já vinha exercendo como coadjuvante no cuidado da instituição familiar assumindo o controle e tomando decisões.

A assertiva acima é uma das grandes conquistas da mulher, que sai da escuridão sendo a sombra do marido passando a ser a luz da família.

Fantine é o resumo da segregação que a mulher representava, hoje podemos ver mulheres em todos os lugares da sociedade. A discriminação ainda não acabou homens são mais bem pagos que mulheres e a violência contra mulher é ainda muito recorrente. A sociedade caminha para a mudança, e as “Fantines” deixarão de existir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acima de tudo, o enredo de *Os Miseráveis* mostra a triste realidade de quem cumpre pena restritiva de liberdade e ao término recebe tão somente da sociedade discriminação e descaso. Não há condições passadas e presentes para acreditar que a ressocialização que é um objetivo do cumprimento da pena possa realmente ser eficaz na realidade do sistema

¹⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 249

penitenciário do Brasil. A dificuldade de garantir o mínimo de direitos humanos no cárcere representa a total falência do sistema penitenciário, vale destacar que a limitação da pena é a restrição apenas do direito de ir e vir não está tipificado ou definido em lei brasileira que o apenado no cumprimento da pena possa ou deva ter seus direitos mínimos existenciais restringidos.

A perseguição e o pré-conceito que assola o apenado quando colocado em liberdade é uma das maiores dificuldades, pois não consegue trabalho que é uma das formas de evitar a reincidência. Se não se pode trabalhar e ainda é visto por outros indivíduos como um criminoso não fica difícil perceber que o crime é a opção ou a única forma de manutenção, voltando a delinquir e fazer parte de uma cadeia que não tem volta.

As consequências e as marcas que o cumprimento de uma pena podem deixar em um indivíduo vão além de uma certidão criminal positiva, o cárcere molda as pessoas, e tira as esperanças de um dia retornar para sua família e retomar seu lugar na sociedade.

A obra faz emergir sentimentos opostos para o leitor, como a esperança e a vingança que são muito bem descritos pelo autor, assim podemos afirmar que o direito penal é por vezes utilizado como instrumento de vingança, e a esperança é de que as pessoas têm o dever de receber e inserir os indivíduos que cumprem pena como exercício da alteridade e da compaixão com os vulneráveis.

A revolução Francesa palco da trama policial dos Miseráveis mostra como o preso não consegue se livrar do estigma da pena, e como uma pessoa pode se transformar graças à ação de outra, como no caso do Bispo e sua bondade que contagiaram Valjean e o fizeram pensar em retribuir apenas o bem, apesar de ter sofrido uma vingança quase eterna. No caso, um simples acolhimento, compreensão e generosidade transformam a vida desgraçada de uma pessoa.

Todos aqueles do grupo do ABC que lutaram por uma democracia para trazer luzes ao povo que vivia nas trevas morreram com seus sonhos de liberdade, mas lutando por um mundo melhor. No momento do confronto suas expectativas são frustradas pela morte e

por perderem a guerra, mas mesmo assim posteriormente surge a democracia para a renovação das esperanças do povo.

Ao se analisar a pena privativa de liberdade e sua função social da pena como estratégia de diminuir a reincidência, percebe-se que a realidade do sistema carcerário Brasileiro está distante do mínimo ideal, por apresentar problemas estruturais e instrumentais. Podendo ser reforçada por incansáveis documentários, artigos, matérias apresentadas na mídia e em bancos escolares mostrando a realidade de quem cumpre pena nos Estados brasileiros reforçando a falência do sistema.

O direito através da literatura, cumpre com seu caráter de união, e partindo de uma obra com uma grande carga histórica e social como *Os Miseráveis* é possível discutir um tema que atravessa séculos que é o alcance da pena e a inobservância dos Direitos Humanos tanto durante o cumprimento da pena quando posteriormente na liberdade do indivíduo.

E por fim, a Condição de Agente na filosofia de Amartya Sen, como requisito para a transformação de agente passivo em agente ativo dialogando com a realidade social da mulher com o passar dos séculos.

Cumprir destacar que a mulher passa a ter voz ativa quando é inserida no trabalho e auferir renda e como consequência a mulher também passa a ter direito de propriedade e é neste momento que passa a ter relevância social como cidadã deixando de ser uma coautora na vida dos homens.

A partir da obra com a personagem Fatine é possível contextualizar o tratamento que as mulheres recebiam da sociedade, seu repúdio, e a sua (não) condição de agente. No século atual é possível perceber que já houve um grande avanço da mulher nos bancos escolares, trabalho e família, mas que ainda há uma competitividade e distribuição de salários e atribuições diferentes entre homens e mulheres, *Os Miseráveis* representam um conteúdo social e de direito complexo que podem ser discutidos das mais variadas formas e paradigmas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)** - Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984** - Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. I. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**: texto integral 1802 -1885. Vol. II. Trad. Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2007.

KORCZAK, Janusz. **Quando eu voltar a ser criança**. São Paulo: Grupo Editorial Summus, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493p.

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

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen: Liberdade Justiça e desenvolvimento Sustentável**. Passo Fundo: IMED, 2012.

O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA CRISE DA JURISDIÇÃO: UM OLHAR PARA A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Priscila Prux¹

INTRODUÇÃO

A crescente intervenção do Poder Judiciário nas questões de âmbito social e político é um dos temas mais debatidos no campo jurídico, isto porque a valorização da jurisdição, após a consolidação do Estado Democrático de Direito, ensejou inúmeras consequências, principalmente na concretização de direitos fundamentais.

Esse acentuado protagonismo judicial traz à tona a necessidade de um debate acerca da legitimidade da atuação dos magistrados em determinados casos, principalmente quando se fala em ativismo judicial e judicialização da política, pesquisas voltadas a compreender a atual crise vivenciada pela jurisdição.

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) fomentam a discussão em torno desses dois fenômenos (ativismo e judicialização), justamente pelo intenso papel que desempenha em diversas questões de importância social e política. Ainda, porque é uma corte que possui um papel político-institucional voltado à jurisdição constitucional.

Assim, este trabalho, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tem como objetivo analisar a crescente intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos, em especial a do Supremo Tribunal Federal.

Para isto, faz-se, primeiramente, uma rápida análise histórica acerca das mudanças nos modelos de Estado, a fim de se demonstrar como a consolidação do Estado Democrático de Direito interferiu para o protagonismo judicial. Após, faz-se uma

¹ Mestra em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Pública pela UCS. Advogada. E-mail: pripx@hotmail.com.

conceituação do termo ativismo judicial, a partir dos ensinamentos de Lenio Streck e Clarissa Tassinari, para, ao fim, analisar três decisões específicas do STF que foram alvo de críticas doutrinárias.

2. O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRISE DA JURISDIÇÃO

O protagonismo do Poder Judiciário tem sido alvo de muitos debates contemporâneos na sociedade brasileira, principalmente acerca da sua legitimidade e das consequências dessa incessante atuação judicial, em especial quando se trata do Supremo Tribunal Federal, que exerce uma jurisdição constitucional.

Contudo, o destaque dado ao Poder Judiciário tem suas raízes na consolidação do Estado Democrático de Direito, ou seja, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, para melhor compreensão, cabível um rápido levantamento histórico acerca das mudanças nos modelos de Estados.

Primeiramente, insta referir que primeira grande mudança nos modelos de Estado, foi a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, o qual foi decisivo para transferir as tensões do poder Legislativo para o Executivo. No modelo Liberal, o papel central era do Legislativo, ou seja, a legislação era o foco do Estado e abarcava questões intersubjetivas, sendo que o Judiciário exercia um papel neutro e inatingível pelo ambiente externo e pelas influências políticas, econômicas ou sociais.²

O marco do Estado Liberal foram as revoluções americana e francesa, cujos slogans eram os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. É tido como o primeiro regime jurídico-político da sociedade, pois propagou os direitos fundamentais, a separação de poderes e o império das leis.³ Assim, fica claro que nesse paradigma há uma divisão do público e o do privado, ao passo que os direitos eram garantidos por intermédio do Estado,

² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

³ GRADOS, Guido Aguila. Hacia um (Neo) Neoconstitucionalismo? In: GRADOS, Guido Cesar Aguila; STAFFEN, Márcio Ricardo (orgs.). **Constitucionalismo em mutação - Reflexões sobre as influências do Neoconstitucionalismo e das Globalização Jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 24.

que com a legislação, assegurava a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

Entretanto, com o surgimento das ideias socialistas, advindas com a Revolução Mexicana e com o fim a Primeira Guerra Mundial, as lutas pelos direitos coletivos e sociais ensejaram a criação de um Estado Social, objetivando, principalmente, a promoção social e organização econômica.⁴ A ideia era de associação, sendo que o estamental partia do coletivo para chegar ao indivíduo, ou seja, o Executivo passou a ser fundamental, pois é ele o Poder capacitado para buscar mecanismos coletivos capazes de conduzir a sociedade.

Quanto à atuação dos poderes nos modelos de Estado, Campilongo ressalta que tanto no modelo jurídico liberal quanto no social, o Legislativo e o Executivo exerceram um papel hierarquicamente superior ao assumido pelo Judiciário no sistema jurídico. Ou seja, durante anos, “o Estado nacional e sua legislação foram os protagonistas de um processo político que dependia de um Judiciário que operasse com categorias cerradas e, em contrapartida, detivesse o monopólio das funções judicantes”.⁵

Veja-se que foi na transformação do Estado Social para o Estado Democrático de Direito que houve o deslocamento do papel central do Executivo para o Judiciário.⁶ O período pós Segunda Guerra Mundial trouxe a necessidade de uma ampliação constitucional, a qual foi permeada principalmente pela defesa da dignidade da pessoa humana, da qual advém os inúmeros direitos fundamentais e sociais previstos nas Constituições. De acordo com Streck,

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas

⁴ GRADOS, Guido Aguila. Hacia um (Neo) Neoconstitucionalismo? op. cit., p. 25.

⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, op. cit., p. 28.

⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31.

Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.⁷

Assim, após esse marco histórico, a democracia e cidadania, “reapareceram” com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1948, e, como consequência, houve a promulgação de novas constituições que positivassem os direitos fundamentais e sociais. Tais fatos provocaram um crescimento da intervenção e participação do Estado na sociedade e um redimensionamento da relação entre os Poderes, o que, diante da inércia dos demais, abriu caminho para a extensão da jurisdição e para a participação do Judiciário no âmbito político.

A jurisdição constitucional transformou-se em uma peça fundamental na consolidação do Estado Constitucional de Direito, cumprindo papel de protagonista na defesa da supremacia normativa das constituições democráticas e dos direitos fundamentais que permeiam sobre o princípio da dignidade humana.

Nesse diapasão, Carvalho suscita que, até então, o Judiciário era idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, porém, depois da Segunda Guerra Mundial, “ele se desenvolveu, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público”, ou seja, transformou-se em importante interveniente do processo democrático.⁸

O modelo democrático de Estado supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social. Ele remete a um novo tipo de Estado, cunhado pela profunda transformação do modo de produção capitalista para uma organização social de características sociais, voltadas a implementar efetivamente os níveis de igualdade e liberdade. Há uma verdadeira práxis política e uma atuação dos Poderes públicos, de forma que a noção de Estado Democrático de Direito é indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais⁹.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P 190.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade - Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51. Número 202. abr./jun. 2014, p. 159.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed.

Para Gervasoni,

O Estado Democrático de Direito é marcado pela instrumentalidade e pela normatividade (força normativa) da Constituição, já que oferece aos cidadãos mecanismos jurídico-legais (constitucionais) para exigir o cumprimento dos direitos (agora também ampliados) previstos desde o modelo anterior.¹⁰

Como já referido, no Brasil, o marco de um Estado Democrático de Direito foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois ela estabeleceu um rol imenso de direitos fundamentais e sociais, bem como a obrigação da realização de políticas públicas que assegurem e implementem tais direitos. Assim, a Magna Carta é reconhecida como a força normativa brasileira, tendo aplicabilidade imediata e obrigatória, isto é, tem característica dirigente e compromissória. Motta explica que,

Isso implica dizer que a “constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”, donde resulta que as “inércias do Executivo a falta de atuação do Legislativo passam a poder a ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. A reunião destas premissas configura o fenômeno do (neo)constitucionalismo, tradição [...] na qual estamos inseridos, e que convive com a anunciada concepção de que o Direito é um instrumento de transformação da sociedade.¹¹

Ou seja, a vida política brasileira sofreu um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. O Judiciário começou a ser chamado a suprir as lacunas dos demais Poderes, calhando a solucionar conflitos de âmbito social, político e jurídico e a implementar o conteúdo das normas constitucionais que promovem direitos, gerando, assim, o chamado protagonismo judicial.

Este conceito de Estado Democrático de Direito, que pressupõe uma valorização do jurídico, traz a necessidade de uma rediscussão do papel da jurisdição e dos problemas oriundos desse fenômeno, como a crise do Judiciário e o protagonismo judicial. No decorrer dos anos, a judicialização ficou ainda mais evidente, isto porque, em razão da ineficácia dos

rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 53/54.

¹⁰ GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição constitucional brasileira entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

¹¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

demais Poderes, o Judiciário tem sido chamado de maneira incontrolável para concretizar direitos.

Pode-se compreender, com base no acentuado por Carvalho, que a promulgação de uma Constituição cidadã acarretou uma abertura procedimental da jurisdição constitucional. A era da democratização e a facilidade de acesso à justiça (ampliada com a previsão de alguns benefícios aos mais necessitados, como a assistência judiciária gratuita e a advocacia gratuita), ensejou progressivo aumento na judicialização dos conflitos sociais. De tal modo, “a facilitação do acesso à justiça, associada à ampliação dos parâmetros para o controle de constitucionalidade, acarretou o fortalecimento da jurisdição constitucional no Brasil”.¹²

Percebe-se que a vertente processual vem se tornando a via principal para a obtenção de direitos fundamentais e sociais. Isto fica evidente quando contabilizadas as inúmeras ações que visam assegurar direitos que as políticas públicas são insuficientes para tanto, como é o exemplo da judicialização da saúde. Para se ter uma ideia, foi noticiado que o Ministério da Saúde, no período de 2012 para 2014, teve um aumento de 129% com os gastos advindos de ações judiciais, as quais são motivadas pela falta de acesso à tratamentos no Sistema Único de Saúde.¹³

Este dado serve como uma pequena amostra de como tem crescido as demandas judiciais e o se confirmado a valorização do judiciário como protagonista da sociedade. Contudo, essa constante intervenção do Poder Judiciário tem ocasionado à chamada crise do Poder Judiciário, assim intitulada em razão de vários elementos que permeiam a sua atual atuação, tais como o excesso de intervenção/judicialização, a morosidade na solução de litígios, a falta de acesso à Justiça, o alto custo operacional da atividade jurisdicional, entre outros.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade - Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil**. op. cit. p. 163.

¹³ Notícia publicada na Maxpress, a qual teve como base as informações prestadas pelo Fundo Nacional de Saúde. Disponível em: <http://www.maxpressnet.com.br/Conteudo/1,751921,Gasto_do_Ministerio_da_Saude_com_acoes_judiciais_cresce_129_em_tres_anos,751921,9.htm> Acessado em 15 de junho de 2015.

Para Campilongo, a crise do Judiciário ocorreu porque a relação entre decisão judicial e sistema político sempre foi mediada pelas características do Estado. No entanto, com a chamada globalização, houve um “brutal esvaziamento” da territorialidade, de forma que os Estados Nacionais têm perdido o conceito de serem os polos do poder político. O que, conseqüentemente, gerou uma necessidade de uma redefinição e discussão acerca da utilidade, função, necessidade e razão de ser do Judiciário.¹⁴

Assim, conforme o autor, toda a problematização em torno do Judiciário vem do fato de que o Estado e a política foram sempre indicados pela teoria política como o centro de controle da sociedade. Entretanto, a sociedade moderna não possui mais os mesmos parâmetros, sendo um sistema sem porta-voz e sem representação interna, ou seja, o Estado deixou de ocupar uma posição central.

Dessa forma, tendo em vista que toda a estrutura da teoria da divisão dos poderes e toda a literatura constitucional acerca da posição dos tribunais no sistema político partem da ideia de que o Estado ocupa uma posição central e de controle da sociedade, gerou-se um conflito nessa divisão, em especial em razão do poder de controle de constitucionalidade do Judiciário. Assim, as estruturas tradicionais adquirem sentido diverso e sofrem grande transformação, de forma que requer um estudo acerca do impacto disso sobre o Judiciário.

3. ATIVISMO JUDICIAL O ACENTUADO GRAU DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

3.1. Ativismo Judicial x Judicialização da Política

Antes de conceituar o ativismo judicial e elencar as características que tornam uma decisão ativista, é necessário distanciá-lo da judicialização da política, vez que aqui adota-se a concepção de que se tratam de fenômenos distintos e que são caracterizados a partir

¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, op. cit.

de diferentes causas.

De fato, o sistema jurídico tem interferido em algumas questões de larga repercussão política e social através das decisões das cortes judiciais. Tal fenômeno, chamado de judicialização da política, vem ocorrendo em razão de os tribunais serem chamados a se pronunciar quando o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.

Como bem conceitua Streck, a judicialização da política pode ser entendida como “um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes”.¹⁵

A judicialização da política é permeada por circunstâncias históricas, sociais e jurídicas. Veja-se que, no estado brasileiro, as instâncias políticas tradicionais – Congresso Nacional e Poder Executivo – estão sendo substituídas pelo órgão maior do judiciário, o Supremo Tribunal Federal, ocorrendo, inclusive, significativas alterações na linguagem, argumentação e modo de participação da sociedade.¹⁶

Carvalho ensina que, no Brasil, este fenômeno ficou mais evidente a partir da Constituição Federal de 1988, pois a redemocratização trouxe consigo a preconização da dignidade humana, da igualdade e liberdade, permitindo o acesso à justiça a todos e revigorando a importância do Judiciário, “que se tornou o grande guardião das garantias e direitos humanos fundamentais e, literalmente, a última guarida para busca dessas prerrogativas”.¹⁷

Outra causa da judicialização, segundo Barroso, é a *constitucionalização abrangente*:

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em 15/06/2015.

¹⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2620. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>> Acessado em 17/06/2015.

[...] que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.¹⁸

Veja-se que, na medida em que a Administração Pública deixa de realizar ações com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário tem atuado no sentido de obrigá-la a efetivá-los, com o objetivo de garantir direitos e construir uma sociedade justa e equilibrada.

Para Tassinari, a judicialização da política trata da interação de três elementos: Direito, Política e Judiciário. É um fenômeno que surgiu por causa das transformações ocorridas no Direito e no texto constitucional, que passou do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, havendo, dessa forma, o deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. No Brasil, é entendida como uma ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Dessa forma, a judicialização apresenta-se como uma questão social, ou seja, não depende da vontade do órgão judicante e sim é derivado de diversos fatores alheios à jurisdição. A judicialização da política advém do amplo reconhecimento de direitos e da ineficácia do Estado em implementá-los e resguardá-los, de forma que a diminuição deste fenômeno não depende apenas de medidas a serem realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de medidas a serem adotadas por todos os poderes constituídos. Também, em razão da democracia, os conflitos sociais foram ampliados, pois o poder passa a ser distribuído de

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em 20/06/2015.

¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. p. 23-46.

forma mais ampla, permitindo a diversidade, que deve conviver em equilíbrio com a igualdade jurídica. Dessa forma, é certo concluir que a intensidade e dimensão de tal fenômeno não estão relacionadas à vontade dos juízes, de modo que o fenômeno não se confunde com o do ativismo judicial.

3.2. O Que é Ativismo Judicial e o Que Torna uma Decisão Ativista

Assim como a judicialização, o ativismo também é empregado para demonstrar o acentuado grau da atividade jurisdicional após a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito. Além disso, no Brasil, o ativismo também tem como marco a Constituição Federal de 1988, caracterizada pelo processo de redemocratização, que rompeu com a ditadura e fez surgir uma Constituição mais garantidora em todos os sentidos. Como bem resumido por Barroso,

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.²⁰

Streck também diferencia o ativismo judicial da judicialização da política. Para ele, a judicialização é contingencial, não é um mal em si, e ocorre na maioria das democracias, sendo um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo). Já o ativismo é a “vulgata da judicialização”. “É um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade”.²¹

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>> Acessado em 01/07/2015.

Verifica-se que, por causa da previsão do controle de constitucionalidade, forma de revisão judicial dos atos dos demais poderes no texto constitucional, o STF, tido como garantidor da Constituição, vem conferindo sentenças que vão além das previsões constitucionais e, muitas vezes, vão de encontro a elas. Por isso, o debate sobre o ativismo judicial brasileiro deve girar em torno dos termos em que o controle de constitucionalidade ocorre.

Assim, se o judiciário concretiza o texto constitucional, conferindo às demandas as respostas constitucionalmente adequadas, alcança a sua legitimidade. Contudo, se o controle que realiza se baseia na vontade ou na consciência dos próprios juízes, ocorre um desvirtuamento da Constituição e, portanto, o ativismo judicial.

Logo, o ativismo judicial é a extrapolação dos poderes do juiz por meio da sua conduta como intérprete constitucional; é um fenômeno originalmente interno do sistema jurídico, pois deriva da conduta do magistrado no exercício da sua atribuição, decidindo a aplicação do direito a partir das suas convicções pessoais, mas que tem consequências em todas as demais esferas da sociedade. Streck afirma que:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um cônjuge do magistrado); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).

Desse modo, Tassinari afirma que a concepção de ativismo pode ser resumida como “a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.²² Nesse sentido, faz quatro apontados a fim sintetizar as diferenças entre ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; *Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; *Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; E *quarto*, a judicialização da política é um ‘*fenômeno contingencial*’, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto

²² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. p. 36.

social, independente da postura dos juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postula* do Judiciário para além dos limites constitucionais.²³

Para a referida autora, o ativismo judicial é um problema exclusivamente jurídico, isto é, criado pelo Direito, visto que é gestado dentro da sistemática jurídica. Para verificar se alguém realiza uma conduta ativista, faz-se necessário analisar uma determinada postura adotada por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, de forma, é investida de juridicidade.²⁴

Diante disso, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema da teoria do direito, mais especificamente, da teoria da interpretação jurídica, ao passo que a sua análise e definição dependem da maneira como se olha para o problema da interpretação no Direito. A interpretação não pode ser vista como um ato de vontade do intérprete, mas sim como “o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação”.²⁵

Isto porque, se a decisão judicial for compreendida como ato de vontade, a aplicação do direito se torna um ato interpretativo subjetivo e discricionário do juiz, abrindo espaço para interpretações autoritárias, que invalidam o pacto democrático e todas as conquistas dele oriundas. Por isso, essa concepção deve ser combatida continuamente, para que se desconstrua a prática do ativismo judicial e se construa o Direito a partir do texto constitucional.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a judicialização da política é legítima, ao passo que o ativismo não é legítimo, pois se trata de uma postura que ultrapassa os limites constitucionais. Ademais, deve-se atentar para o fato de que o ativismo é sempre provocado pelo judicialismo, mas o judicialismo não gera, necessariamente, uma postura ativista.

Assim, adota-se a concepção de que ativismo judicial é uma conduta do Judiciário que extrapola os seus poderes e deveres constitucionais ou não observa os preceitos e normas

²³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. p. 36/37.

²⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. p. 56.

²⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. p. 56.

constitucionais, sendo que uma decisão será ativista sempre que for fundamentada em argumentos de política ou de moral, pois se evidencia que o direito acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do magistrado.

4. UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EXEMPLOS DE JULGAMENTOS ATIVISTAS

4.1. ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF: A Legalização dos Casamentos Homoafetivos

A homossexualidade é, sem dúvida, sempre pauta de grandes discussões morais e sociais, principalmente porque as leis brasileiras não reconhecem esse tipo de união. Contudo, o STF, ao proferir julgamento nas ADPF 132 RJ e ADI 4277 DF ²⁶, entendeu por conceder às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis heteroafetivas.

As ações foram julgadas conjuntamente, reconhecendo-se por unanimidade a constitucionalidade da união estável entre casais do mesmo sexo e conferindo-se interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento desta união. Contudo, a Constituição Federal ao reconhecer a união estável, no parágrafo 3º do artigo 226, é bem clara ao falar em “homem e mulher”. Senão, vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Grifei)

Dessa forma, sem uma lei ou uma emenda constitucional, não poderia haver a equiparação das uniões estáveis entre casais homossexuais e casais heterossexuais, conforme os preceitos da própria Constituição. Porém, mesmo assim o STF, motivado por argumentos morais, acabou legislando sobre um tema que deveria ficar restrito ao

²⁶ Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgadas em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Ementas disponíveis no site do STF: <<http://www.stf.jus.br>> Acessado em 05/07/2015.

Congresso Nacional.

Trata-se, assim, de uma atuação ativista do STF, que desrespeita o legislador constituinte e, conseqüentemente, à soberania popular expressa pela regra majoritária. Percebe-se que a Corte invadiu função privativa do legislador ao assegurar tratamento igualitário aos homossexuais através de decisões proferidas em dois julgados.

Ademais, o único procedimento legítimo e democrático para garantir o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar seria a atuação legislativa através da alteração do texto constitucional, por isso, a crítica à atuação do STF. Nesse sentido, ensina Streck:

No caso em pauta, é a Constituição que estabelece um limite semântico-pragmático. A questão que preocupa, portanto, na decisão do STF, é o tipo de interpretação conforme feita pelo STF. Primeiro, não seria uma interpretação conforme e, sim, no modo como dito pelo Min. Ayres Brito, uma *Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto); segundo, como fazer uma interpretação conforme (sic) de uma lei que diz exatamente o que diz a Constituição? Levemos o texto da Constituição a sério, pois. Como se sabe, a "fórmula" da ICC é: este dispositivo somente é constitucional se interpretado no sentido da Constituição...! Logo, a fórmula fica assim: o dispositivo que fala "homem e mulher" somente é constitucional se interpretado e lido no sentido da Constituição (que fala exatamente a mesma coisa)...!²⁷

Por fim, insta referir que tal discussão não está relacionada à aceitação da homossexualidade, ao contrário, não se adota aqui qualquer concepção racista ou de discriminação. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro deve abarcar esta realidade social, respeitando os direitos dos envolvidos. Contudo, o que se questionou é apenas a maneira como essa equiparação das uniões foram inseridas no campo jurídico, consoante fundamentos expostos.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)**. Disponível em: < <http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html> > Acessado em 19/06/2015.

4.2. HC 91952: O Uso das Algemas e a Alteração da Súmula Vinculante nº 11

O STF ao julgar o Habeas Corpus 91.952/SP327²⁸ entendeu, em decisão unânime, por anular a decisão condenatória do Tribunal do Júri porque o réu foi mantido algemado durante toda a sessão, sem qualquer justificativa convincente ou fundamentação para que fosse submetido a tal constrangimento. Assim o fizeram sob a afirmação de que essa situação poderia influenciar negativamente a decisão dos jurados e prejudicar o réu, pois o acusado, ao ser mantido nessa condição, imprime uma imagem de pessoa perigosa.

Porém, a discussão gerada por esta decisão é quanto aos seus efeitos, isto porque ela serviu como único embasamento para a alteração da Súmula Vinculante nº 11, que passou a dispor o seguinte:

Súmula Vinculante n.º 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Durante o julgamento do HC 91.952, a Corte também decidiu alterar a súmula acima transcrita, de forma a deixar explícito o seu entendimento sobre o uso generalizado de algemas. Porém, ao fazer a referida alteração, o STF deixou de observar a Constituição Federal, em especial o artigo 103-A, que prevê a necessidade de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional para que esse tipo de súmula seja aprovado. Vejamos:

Art. 103-A, caput, da Constituição Federal: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Dessa forma, percebe-se que os requisitos obrigatórios não foram observados, ao passo que a súmula vinculante foi aprovada com base em apenas um único julgamento e

²⁸ HC 91952, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-04 PP-00850 RTJ VOL-00208-01 PP-00257. Ementa disponível no site do STF: <<http://www.stf.jus.br>> Acessado em 05/07/2015.

não em reiteradas decisões conforme determina a Magna Carta. Isto vai de encontro ao artigo 103-A, pois, “[...] para que uma súmula possa ser editada, deverá haver uma sucessão de casos, que, reconstruídos, darão azo a uma ‘coagulação de sentido’ (é isso que é uma SV, em síntese)²⁹”. Em razão disso, Streck e Oliveira bem concluíram:

Por tudo isso, a súmula não é um ‘mal em si’. Insisto: é um ‘mal’ como é qualquer enunciado ou lei ‘injusta’ e/ou inconstitucional. A propósito, a doutrina deve iniciar a discussão acerca do que fazer com as SV inconstitucionais (formal ou materialmente). No fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula; a diferença é que, por incrível que pareça, as SV os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as SV. Por exemplo: antes da SV 10, os tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam aos arts. 97 da CF e os arts. 480 e seguintes do CPC. Com a edição da SV n. 10, passaram a obedecer. Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto. E olha que a SV n. 10, examinada em seu ‘DNA’, nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não? Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por quê? Porque elas não diminuem, mas, sim, aumentam a competência dos juízes. Os tribunais é que ainda não se deram conta. O que é lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. E nem os juízes. Tudo dependerá de que paradigma estão ‘olhando’ as súmulas...! Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os ‘conceitos jurídicos indeterminados’ já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento da tensão de poderes, o Judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada.³⁰

Dessa feita, além do fundamento dessa decisão não poder ser deduzido a um elemento normativo-constitucional, ela não observou as normas constitucionais e nem os requisitos necessários para a utilização do instrumento da Súmula Vinculante, tornando-se, assim, uma decisão ativista.³¹

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Garantias processuais penais e a jurisprudência do STF. In: GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição Constitucional Brasileira entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. op. cit.

³⁰ Ibidem.

³¹ GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição Constitucional Brasileira entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

4.3. HC 105538: Da Validade do Artigo 212 do Código de Processo Penal

A nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal³², introduzido pelas alterações promovidas pela Lei nº 11.690/08, alterou decisivamente a ordem de oitiva das testemunhas na audiência de instrução e julgamento do processo penal.

O referido dispositivo, desde então, passou a ser objeto de discussão também nos Tribunais, isto porque, em determinados casos, a ordem do artigo 212 do CPP não é devidamente obedecida pelos magistrados, que acabam fazendo as perguntas antes das partes.

Assim, o STF, no HC 105538, firmou posicionamento no sentido de que o referido dispositivo não impede que o juiz indague as testemunhas antes das partes. Veja-se a ementa:

EMENTA: JUÍZO – PARCIALIDADE – DECISÕES CONTRÁRIAS AOS INTERESSES DA PARTE – NEUTRALIDADE. A parcialidade do Juízo há de ser demonstrada, sendo elemento neutro o fato de haver implementado decisões contrárias à parte. TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – PERGUNTAS – ORDEM. O disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações. SENTENÇA DE PRONÚNCIA – NATUREZA – TERMOS. A pronúncia faz-se mediante decisão interlocutória, cabendo ao Juízo fundamentar a submissão do acusado ao Tribunal do Júri. (HC 105538, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, Sessão Ordinária, julgado em 10.4.2012, DJ Nr. 76 do dia 19/04/2012)

Em outras palavras, o STF se negou a cumprir e aplicar a norma do CPP, e, conseqüentemente, negou validade ao artigo, sem qualquer arguição sobre a inconstitucionalidade do dispositivo.

Contudo, os julgadores só podem afastar a aplicação de norma quanto essa se apresenta, de alguma forma, em contradição com a Constituição, até porque, conforme parecer no Ministro Gilmar Mendes, “tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei

³² Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional (mediante interposição de recurso extraordinário) demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional”.³³

Porém, há de salientar que o artigo 212 não contradiz os preceitos constitucionais, ao contrário, institucionaliza o sistema acusatório no CPP com base nas garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa. Outrossim, caso seja considerada inconstitucional, crível que seja através dos institutos de controle constitucional previstos nos artigos 97 da CF e artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Assim, ensina Streck:

[...] quando o legislador institucionaliza o sistema acusatório no Código de Processo Penal, mediante a aprovação de uma alteração significativa do artigo 212, o STJ e o STF negam validade ao dispositivo, sem qualquer arguição sobre a inconstitucionalidade do novel dispositivo. Simplesmente se negam a cumprir o dispositivo. Isso é ou não é ativismo? O sol nascerá amanhã? O produto do legislador não está conspurcado pelo Poder Judiciário? E veja-se o alcance desse tipo de decisão (por todos, o HC 103.525 – STF). Com isso, diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais.³⁴

Percebe-se que, mais uma vez, o STF não utilizou dos mecanismos previstos na norma constitucional e está deixando de aplicar uma norma que, até o momento, é considerada constitucional, atitude aqui entendida como ativista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o modelo de Estado adotado atualmente no Brasil, o Estado Democrático de Direito, em muito contribuiu para a valorização do Poder Judiciário como protagonista da concretização de direitos. A Constituição Federal de 1988 trouxe um imenso rol de direitos fundamentais, bem como a obrigação da realização de políticas públicas que assegurem e implementem tais direitos.

Em razão dessas garantias constitucionais, o Judiciário começou a ser chamado a

³³ RE 348.468, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** op. cit.

suprir as lacunas dos demais Poderes, calhando a solucionar conflitos de âmbito social, político e jurídico e a implementar o conteúdo das normas constitucionais que promovem direitos, gerando, assim, os fenômenos da judicialização da política e ativismo judicial.

Embora ambas tenham suas raízes na crise da jurisdição, tratam-se de distintos acontecimentos. A judicialização da política é legítima, vez que gerada por causa da ineficácia da atuação dos demais poderes, ou seja, os tribunais são chamados a se pronunciar e efetivar direitos quando o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.

Já o ativismo judicial é uma postura que ultrapassa os limites constitucionais, sendo, portanto, ilegítima, vez que geralmente é causada pela ânsia do juiz de ir além do que diz a lei e fazer prevalecer a sua consciência. Trata-se de uma conduta do Judiciário que extrapola os seus poderes e deveres constitucionais ou não observa os preceitos e normas constitucionais, sendo que uma decisão se torna ativista sempre que fundamentada em argumentos de política ou de moral, pois se evidencia que o direito acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do magistrado.

Ao analisar as três decisões acima transcritas, verifica-se que elas se configuram ativistas, havendo, em cada uma delas, alguma atitude que extrapola os limites do Supremo Tribunal Federal. De fato, o sistema jurídico tem sido crucial para a concretização de alguns direitos fundamentais e sociais e é claro que nem toda a intervenção do Judiciário nos campos social e político caracteriza ativismo. Há inúmeras decisões da Corte que poderiam ser citadas como legítimas, pois são casos de judicialização e não de ativismo, como, por exemplo, as decisões voltadas à concretização do direito à saúde.

Contudo, não se pode confundir judicialização com ativismo, pois, diferentemente das decisões judicializadas, as posturas ativistas atingem a democracia e a própria atuação estatal. Ao amenizar as falhas deixadas pelo sistema representativo através de decisões baseadas na consciência do magistrado, o Judiciário está contribuindo para a ampliação da própria crise da jurisdição e da democracia, e, por isso, devem ser evitadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Disponível em: <

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

Acessado em 15/06/2015.

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

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro: 1941.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Brasília: Congresso Nacional: 1973.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade - Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa.** Ano 51. Número 202. abr./jun. 2014.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2620. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>> Acessado em 17/06/2015.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição constitucional brasileira entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

GRADOS, Guido Cesar Aguila; STAFFEN, Márcio Ricardo (orgs.). **Constitucionalismo em mutação:** Reflexões sobre as influências do Neoconstitucionalismo e das Globalização

Jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 53/54.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>> Acessado em 01/07/2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)**. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>> Acessado em 19/06/2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teoria discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Regiane Nistler¹

INTRODUÇÃO

Inegável que fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo implica poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar². Assim, temos como relevante a análise realizada quanto a relação existente entre os universos jurídico e político.

Ocorre que se cria uma problemática trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito consistente na tensão entre jurisdição e legislação.

Todavia, embora a judicialização da política seja capaz de causar inúmeras discussões no que tange a necessidade de se evitar o fenômeno, observando, em especial, a separação dos três poderes que delimita as competências, imprescindível registrar que judicializar questões de natureza política, que deveriam estar sendo efetivadas em outra esfera (Poder Executivo e Legislativo), mas que acabam desaguando no Poder Judiciário tem seus aspectos positivos, como a garantia de direitos, acerca dos quais para a presente pesquisa, frisam-se os sociais, previstos na Constituição de 1988.

No que tange aos direitos sociais, amplitude dos temas inscritos no art. 6º da Constituição deixa claro que os direitos sociais não são somente os que estão enunciados

¹ Mestranda em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Bolsista (taxa) pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior – CAPES - PROSUP. Especializanda em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito e Processo do Trabalho (2015) e graduada em Direito (2013) pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - Unidavi. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco da Unidavi. Membro do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos do PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Professora substituta do curso de Direito da Unidavi. Advogada. E-mail: regianenistler@outlook.com.

² FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. Revista USP. Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. São Paulo, n. 21, p. 47-57.

nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11. Eles podem ser localizados, principalmente, no Título VIII - Da Ordem Social, artigos 193 e seguintes.

Ademais, é de notório conhecimento que direitos como concessão de medicamentos e vagas em escolas, por exemplo, somente são garantidos em fase judicial, ou seja, o Poder Judiciário, de natureza subsidiária, acaba por fazer o papel primeiro, aquele que seria da implementação efetiva do direito com normas capazes de assegurar a população, bem como, de políticas públicas pelo Poder Executivo. Eis a crítica.

No entanto, a judicialização da política quem sabe esteja sendo um caminho de efetivação dos direitos sociais, rol extenso prometido pela democracia de 1988.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E SUA ABORDAGEM PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Judicialização da Política tem sido notada nos Estados Unidos, de fato, desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, quando a atuação do Poder Judiciário, no controle da constitucionalidade das leis, passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país. Apesar disso, foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana revelou uma atuação mais explícita em favor da efetivação dos direitos individuais, por meio do acolhimento de teses nesse sentido, notadamente em sede de revisão judicial (o século XX, na história da Suprema Corte, apenas para citar – e antecipar – alguns exemplos, for marcado pela Era *Lochner* e pela lendária Corte *Warren*). Na verdade, a capacidade de os juízes e de os tribunais estadunidenses influírem no funcionamento das suas instituições é enorme e parece aumentar com o passar do tempo³.

Todavia, este não é um fenômeno exclusivo ou particular do modelo norte-americano; pelo contrário, o constitucionalismo europeu, notadamente no segundo pós-

³ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no contexto da Constituição de 1988. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira: consultoria legislativa**. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008. p. 755.

guerra, também passou a apresentar característica bastante ampliadora da atuação dos Tribunais Constitucionais, vindo de fenômenos como constitucionalização do direito, eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, ampliação (e “reforço”, pois os Tribunais Constitucionais, apesar de já existirem antes disso, ganham novo ânimo após os regimes totalitários, sendo a grande “aposta” para a preservação dos direitos fundamentais contidos nos textos constitucionais) dos instrumentos de controle de constitucionalidade, ampliação dos conteúdos constitucionais, ampliação dos direitos fundamentais, etc.⁴.

Assim, importante lembrar a secular relação de alternância de dominação: ora do Direito sobre a política, ora desta sobre aquele, cuja necessidade de equilíbrio (para que o poder fosse, ao mesmo tempo, racional e exercido de forma limitada) encontrou resposta na Constituição, que é direito positivo (determinado pelo homem e não como um dado da natureza), mas também contempla exigências de conteúdo (direitos constitucionais vinculantes) a serem observados (e impõe limites à política).⁵

Desta forma, pode-se afirmar que a Constituição é, como pondera Streck, o “*elo conteudístico*” que une “política e direito” na conformação do Estado⁶, confirmando a intuição de Barroso de que constitucionalizar uma matéria é, na verdade, transformar a Política em Direito⁷.

De todo modo, verifica-se uma infinidade de discussões no que tange a (in) separabilidade desses dois sistemas e das interferências recíprocas que podem ou não ser admitidas, sendo o deslinde desse quadro e, em especial, a fixação de algumas diferenças terminológicas, o primeiro passo para a delimitação conceitual da judicialização da política.

No contexto do positivismo jurídico passou-se a considerar “Direito” o que está

⁴ GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 75.

⁵ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3 – 10.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 105.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2015.

inserido no texto da lei, a qual na situação atual é feita segundo o jogo das forças políticas, especialmente considerando-se seu âmbito de origem: o Poder Legislativo. Daí que o termo política incorporou uma conotação muito próxima das ações de natureza político-partidária e a lei, por sua vez, passou a ser expressão da vontade do grupo que predomina em determinado momento na vida de um povo – a maioria (ainda que seja muitas vezes um instrumento de interesses individuais ou grupais contrários aos do próprio povo)⁸.

Nesse sentido, repisa-se a problemática implícita trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito consistente na tensão entre jurisdição e legislação. Ocorre que as normas jurídicas e, em especial, as normas constitucionais, em muitos casos não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas, porém, tais valorações são, em regra, subjetivas / pessoais (daí a mencionada relação tensionante entre o Direito e a política, já que, não obstante o juiz constitucional aplique o Direito, a sua aplicação conduz a valorações políticas)⁹.

De todo modo, sustenta-se que os juízes exercem atividade política em diferentes sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas do Direito, que são necessariamente políticas. Ainda, antes de tudo, o juiz é cidadão e, portanto, também vota. Assim, não se pode ignorar que possui suas próprias preferências políticas, embora não as externar por considerar-se “apolítico”, condição que se reputa indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência. Isso se deve, contudo, ao equívoco de se atribuir à palavra “política” o sentido estreito de “política partidária”. No entanto, a título de adendo, todos os juízes fazem opções político-eleitorais, sendo preferível reconhecer isso que fingir uma neutralidade absoluta, que seria sinônimo de indiferença pelos destinos do país e da comunidade, inaceitável em qualquer cidadão. Esse é apenas um dos aspectos da politicidade.¹⁰

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 57.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 102.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 85 e 87.

De outro lado, a separação entre Direito e política pressupõe uma vinculação legal que se revela problemática no atual estágio de complexidade das relações sociais. Há uma exigência implícita de que a política forneça realmente programas decisórios a aplicação do Direito, por meio dos quais possam ser resolvidos, no âmbito do Judiciário, os conflitos instaurados. O que se verifica na prática, contudo, é uma extrema dificuldade de se manter essa regulamentação atualizada. Isso se deve, basicamente, a dois fatores: a) ao fracasso parcial do auto redirecionamento da sociedade por meio do mercado, que precisou ser substituído pela regulamentação estatal (em níveis extremamente altos); e b) a acelerada mudança social, que aumenta a velocidade com a qual o direito existente envelhece e reclama substituição (ou atualização). Descritos elementos tornam complexa essa atividade estatal, que já não consegue se antecipar por completo e, conseqüentemente, não pode oferecer uma regulamentação de forma normativa¹¹.

A propósito, a pretensão de autonomia absoluta do Direito em relação à política é impossível de se realizar, haja vista que as soluções para os casos concretos nem sempre (se não raramente) são encontradas prontas no ordenamento jurídico, mas precisam ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos, a experiência demonstra que os valores de natureza pessoal e a ideologia do intérprete desempenham, conscientemente ou não, papel decisivo nas suas conclusões¹².

Importante destacar a advertência acerca do caráter eminentemente político da jurisdição constitucional, cuja elucidação ora se vale das constatações de Queiroz no sentido de que não se pode confundir o caráter (objeto) político da jurisdição constitucional com uma atuação de cunho político, tendo em vista que sua atuação, apesar do caráter político, deve ser jurídica¹³.

¹¹ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17 – 18.

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf Acesso em: 10 jul. 2015.

¹³ GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 84.

No entanto, uma coisa é a justiça constitucional poder refletir-se indiretamente na política, influenciando a toada das decisões políticas e outra bem distinta é que passe conscientemente a atuar funções de *“indirizzo politico”* em todas ou algumas de suas decisões principais. O *“indirizzo político”* seria a síntese da constituição atuada, uma espécie de “direito constitucional constituído”, um “direito constitucional concretizado”. Nesta última hipótese, os tribunais de justiça constitucional não desenvolveriam uma atividade política *“stricto sensu”*, não podendo por isso ser considerados como “co-legisladores” antes procederia a uma “atuação constitucional” com o fim de revelar o diálogo entre as instâncias legislativas e o poder judicial¹⁴. Desta forma, o conceito trazido por Barroso é esclarecedor, no sentido de que a

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹⁵.

O fenômeno em apreço tem causas diversas (as quais, de certa forma são “externas” ao Judiciário, isto é, decorrem de outros fatores que escapam ao seu controle), das quais pelo menos três merece destaque, quais sejam: a primeira grande causa da judicialização (“olhando” para a realidade brasileira), foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, já que, em síntese, esse processo fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; a segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária e agora passam a ser tratadas (pelo menos há essa possibilidade em sede jurisdicional; e, por fim, a terceira, e última causa a ser destacada, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do

¹⁴ GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 83.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2015.

mundo, possibilitando que quase qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada ao Supremo tribunal Federal¹⁶.

Um primeiro sentido em que a Suprema Corte brasileira refere-se à locução “judicialização” mostra-se distante daquele que tem agitado os bancos acadêmicos e acalorado os debates políticos. Trata-se da singela e quase literal significação de judicialização como matéria judicializada, ou seja, posta em juízo por meio de um processo judicial. Esse sentido teria sido constatado em um acórdão, trinta e duas decisões monocráticas e dois informativos¹⁷.

Diferentemente ocorre, por exemplo, quanto à segunda significação encontrada na jurisprudência do STF, que faz menção a um tema bastante específico, avançando rumo aos conceitos lançados anteriormente. Trata-se da ideia de judicialização do direito à saúde – sendo que no referido sentido foram identificados dois acórdãos¹⁸; vinte e quatro decisões da Presidência; e sete decisões monocráticas – pela qual se passa todo um debate acerca da atuação do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais, o que, por sua vez, traz à tona a problemática sobre a efetividade desses direitos, a sua realização mediante políticas públicas, a natureza de suas normas consagradoras e as suas respectivas competências para tanto, com reflexos diretos na teoria da separação de Poderes.

Ou seja, o Poder Judiciário acaba por efetivar as políticas públicas ou até mesmo substituí-las, à medida que finalmente faz valer direitos elementares a população, por exemplo, e em especial (para o presente estudo), os direitos sociais previstos na Constituição de 1988.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2015.

¹⁷ GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 127.

¹⁸ SL 47 Agr., Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076 Divulg. 29.04.2010. Public. 30.04.2010 Ement vol-02399-01 PP-00001; e STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076 Divulg 29.04.2010 Public 30.04.2010 Ement vol-02399-01 PP 00070.

3. DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que garanta os critérios de justiça distributiva, assim diferentemente dos direitos a liberdade, se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais.

Por volta do século XIX, nasce a substituição do homem pela máquina, gerando grande índice de desemprego, miséria e mão-de-obra excedente, causando desigualdade social, fazendo com que o Estado se visse diante da necessidade de proteção ao trabalho e a outros direitos como: saúde, educação, lazer, alimentação, trabalho, moradia, segurança, entre outros.

Entretanto, os direitos sociais tiveram realmente sua plenitude com o marxismo e o socialismo revolucionário, já no século XX que trouxe uma nova concepção de divisão do trabalho e do capital, por isso entende-se que os direitos sociais foram aceitos nos ordenamentos jurídicos por uma questão política, e não social isso é para evitar que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo.

Todavia, a declaração de direitos nas Constituições teve como marco inicial a Constituição Mexicana de 1917, no qual a ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica, pois passaram a disciplina-la sistematicamente.

No Brasil, a primeira Constituição a apresentar um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da famosa Constituição de Weimar (1919), o que perdurou nas Constituições posteriores.¹⁹

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 se refere de maneira bastante abrangente quanto aos direitos sociais por excelência, como o direito a saúde, ao trabalho, ao lazer, a educação, a alimentação, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a previdência social e assistência aos desamparados.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 285.

Examinando a partir disso, pressupõe-se que os direitos sociais buscam a qualidade de vida dos cidadãos, no entanto apesar de estarem interligados faz-se necessário, ressaltar e distinguir as diferenças entre direitos sociais e direitos individuais. Portanto os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais, são, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Na sua grande maioria, o atendimento aos referidos direitos sociais exige uma atuação do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada. Importante destacar que a implementação desses direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna²⁰.

Alexandre de Moraes afirma que, os direitos sociais fundamentais do homem, caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória de um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, inc. IV da Constituição Federal de 1988²¹.

Aponta, ainda, que os direitos sociais dos cidadãos são genéricos e abstratos e existem também os direitos sociais do trabalhador, os quais se encontram dispostos no art. 7º da Constituição Federal de 1988, tais direitos apresentam conceito infraconstitucional. O autor conceitua trabalhador aquele que trabalha ou presta serviços por conta sob direção da autoridade de outrem, pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública²².

Argumenta, também, que os direitos sociais são normas de ordem pública, com a

²⁰ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9 Ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 619.

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 197.

característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista²³.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, define os direitos sociais, como dimensões dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais²⁴.

Finaliza indicando que são direitos que se ligam ao direito de igualdade. Equivalem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade²⁵.

3.1 Características e Classificação dos Direitos Sociais

A Constituição de 1988 estabelece no artigo 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição²⁶.”

A amplitude dos temas inscritos no art. 6º da Constituição deixa claro que os direitos sociais não são somente os que estão enunciados nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11. Eles podem ser localizados, principalmente, no Título VIII - Da Ordem Social, artigos 193 e seguintes. José Afonso da Silva classifica os direitos sociais à luz do Direito positivo, agrupando em seis classes, sendo elas:

- a) Direitos sociais relativos ao trabalhador;
- b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social;
- c) direitos sociais

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 197.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 286-287.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 286-287.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 45. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

relativos à educação e cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente²⁷.

Relata em sua obra, que há uma classificação dos direitos sociais do homem como produtor e como consumidor, entram na primeira categoria: a liberdade de instituição sindical, o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições do seu trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter emprego (artigos 7º a 11 da Constituição Federal de 1988)²⁸.

No tocante aos direitos sociais do homem consumidor listou os seguintes: os direitos à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que são os indicados no artigo 6º²⁹.

Por ser didática, facilitando o entendimento, mencionamos essa classificação. Os direitos sociais relativos ao trabalhador são de duas espécies:

a) os direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho: CF de 88, art. 7º; b) os direitos coletivos dos trabalhadores: CF de 88, arts. 9º a 11. Os direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social, estão no título da Ordem Social, artigos 193 e seguintes³⁰.

Os direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso poderão ser encontrados em capítulos da Ordem Social: art. 201, inc. II, art. 203, inc. I, II, arts. 226 e 227, art. 230. Finalmente, nos direitos sociais relativos ao meio-ambiente, deve ser incluído o direito ao lazer (CF de 88, art. 6º, art. 227) e 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 (C.F., art. 225). O direito ao meio ambiente integra a disciplina urbanística.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 286-287.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 286-287.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 287.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 286-287.

Constitui, também, espécie de interesse difuso, direito fundamental de 3ª geração³¹.

A Constituição Federal de 1988 teve grande preocupação quanto aos direitos sociais, estabelecendo uma série de dispositivos que assegurassem ao cidadão todo o básico necessário para uma vida digna e para que tenha condições de trabalho e emprego ideais. Em suma, todas as formalidades para que se determinasse um Estado de bem-estar social do cidadão foram realizadas, e estão descritas na Constituição Federal de 1988.

4. INFLUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Inegável que fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar³². Assim, temos como relevante a análise realizada quanto a relação existente entre os universos jurídico e político.

Ainda, embora esse contexto seja intitulado de “judicialização da política” e capaz de ensejar inúmeras discussões no que tange a necessidade de se evitar o fenômeno, observando, em especial, a separação de poderes em seu conceito original, diga-se na perspectiva de Montesquieu, imprescindível registrar que judicializar questões de natureza política, que deveriam estar sendo efetivadas em outra esfera (Poder Executivo e Legislativo), mas que acabam desaguando no Poder Judiciário tem seus aspectos positivos, como a garantia de direitos, acerca dos quais para a presente pesquisa, frisam-se os sociais, previstos na Constituição de 1988.

Aliás, já afirmou Celso de Mello, que – “é a necessidade de fazer valer a Constituição, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos” – que, dentre outras causas, justifica “esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário”³³. Extrai-se, assim, do voto em exame, que apreciava caso de direito a saúde, que o entendimento da efetivação do respectivo direito pela jurisdição

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 288.

³² FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. Revista USP. Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. São Paulo, n. 21, p. 47-57.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010.

constitucional (inclusive mediante a determinação de políticas públicas), quando supre omissões inconstitucionais dos órgãos competentes, nada mais é do que o cumprimento de uma missão institucional, em demonstração de respeito incondicional a Constituição; ou seja, na verdade, o Supremo Tribunal Federal, ao adotar tais medidas de ordem “afirmativa” sustenta que objetiva apenas restaurar a ordem (constitucional) violada pela inércia dos demais Poderes (cuja omissão, inclusive, o Ministro qualifica como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, que deve ser repellido)³⁴.

O sistema judicial, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem presenciando a expansão tanto do escopo dos direitos sociais quanto de um padrão descentralizado de intervenção pública na área social, envolvendo, inclusive, significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado. Tais alterações, no entanto, por vezes não conseguem ser implementadas por falta de leis complementares e/ou por uma forma extremamente formal de administração da justiça, “a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios de modo a um só tempo legal, eficaz e legítimo”³⁵.

Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro, ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido “liberal” originário e ganharam uma dimensão “social”, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da “condição humana”. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam parias. Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também dos direitos sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados

³⁴ GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 132.

³⁵ FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. Revista USP. Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. São Paulo, n. 21, p. 48.

pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando os homens historicamente localizados se veem reduzidos à mera condição genérica de “humanidade”; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento³⁶.

O poder hermenêutico do juiz é fundamental na construção do sentido ao ser imprimido ao ordenamento jurídico, sendo que o termômetro do desgaste de um sistema judicial é o próprio Judiciário posto que é o poder responsável por exercer a função de decidir, concretizando as normas abstratas, atendendo, assim, as demandas reais e históricas nas quais agentes sociais se encontram envolvidos. Trazendo este tema para um enfoque a partir da realidade brasileira, temos que o Poder Judiciário é aquele que mais se vê acossado pela enormidade dos problemas, sendo constantemente instigado a decidir conflitos de natureza social, que deveriam ser tratados e implementados politicamente (*a priori*), e não jurisdicionalmente (*a posteriori*), diga-se de passagem, lidando com questões dessa natureza dentro de uma cultura liberal, de conflitos individuais, de demandas de interesse privado, sem aparelhamento e/ou preparo devidos, bem como dentro de um sistema engessado por formalismos e procedimentos processuais incapazes de satisfazer a questões de dimensão difusa e/ou coletiva³⁷.

No entanto, embora persista a crítica é inegável que o Poder Judiciário exerce papel imprescindível na sociedade nos dias de hoje. Por essa razão, mostra-se acertada a afirmação de que o progresso da democracia se mede especialmente pela ampliação dos direitos e pela sua afirmação em juízo.

A multiplicação de subsistemas jurídicos diferenciados e que rejeitam a intervenção do Direito estatal traz consigo uma perigosa arma de invalidação do Direito por meio de ameaças privadas. A universalização dos direitos sociais é trocada pelo favorecimento de

³⁶ FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. p. 48.

³⁷ BITTAR, Educado Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 47 – 48.

setores sociais específicos. Se a ordem jurídica aspirar à supressão de seus vazios de eficácia, longe do caminho da regulação auto referencial, poderá encontrar no resgate da norma jurídica um importante critério objetivo de redistribuição de direitos e de justiça social. Daí a importância, para a consolidação da democracia entre nós, da afirmação de um Judiciário sintonizado com as características do seu tempo³⁸.

Em todo caso, é própria do contexto contemporâneo de cultura democrática, a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social. Essa projeção, todavia, não tem derivado como em certas avaliações apressadas, de pretensões do próprio Judiciário. Antes, pelo contrário, o fato de que os juízes, crescentemente, ocupem lugares tradicionalmente reservados as instituições especializadas da política e as de auto regulação social, longe de significar ambições de poder por parte do Judiciário, aponta para processos mais complexos e permanentes que os limites de uma abordagem como essa não permitem aprofundar³⁹.

Por derradeiro, talvez valha parafrasear Dino de Castro e Costa no sentido de que os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos, o que serve para os direitos sociais, pois sem prejuízo da crítica ao instituto da judicialização da política que não se quer suprimir, motivo pelo qual foi amplamente abordada, o fenômeno pode estar servindo para finalmente efetivar direitos prometidos na Constituição de 1988, promulgada na democracia, que como se sabe, costuma prometer muito mais do que pode cumprir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário vem passando por inúmeras transformações no perfil de sua atuação. Nesse sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o

³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 124 - 125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

³⁹ GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.p. 90.

exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Em resumo, é possível afirmar que a partir de então uma das expressões que passou a estar diretamente ligada à atividade jurisdicional é “judicialização da política”⁴⁰.

A definição do termo, de forma simples e objetiva, significa dizer a judicialização de questões políticas. Isso mesmo. Direitos e questões que deveriam ser tratados com efetividade e garantidos na esfera legislativa e principalmente na executiva, com a criação e execução de políticas públicas acaba por desaguar no Poder Judiciário, que em vez de atuar como o Poder subsidiário, acaba por ser a esperança de implementação dos direitos mais elementares.

Aliás, exemplo perfeito e inevitável de ser tratado nesse contexto é os direitos sociais, rol expressivo constante da Constituição Federal de 1988, valendo citar o direito à saúde, alimentação e educação, que muitas vezes somente são garantidos por determinação judicial.

Ou seja, em que pese exista grande volume de críticas ao instituto da judicialização da política, tendo em vista a separação de poderes de Montesquieu e até mesmo o transpasse dos limites de competência dos juízes, o que pode ensejar outros fenômenos e diversos longos ensaios, é inegável que judicializar questões políticas pode estar sendo uma saída para a garantia e efetividade dos direitos sociais prometidos na carta democrática de 1988, que muito prometeu nesse sentido, mas tem falhado ao cumprir.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Disponível

em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

Acesso em: 01 jul. 2015.

⁴⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

BITTAR, Educado Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto. Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 mar. 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 124 - 125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996.

FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. Revista USP. Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. São Paulo, n. 21, p. 47-57.

GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no contexto da Constituição de 1988. *In*: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**: consultoria legislativa. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Ed., São Paulo:

Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.**

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MULTICULTURALISMO, PLURALISMO JURÍDICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: HORIZONTES DEMOCRÁTICOS

Giulia Signor¹

Larissa Borges Fortes²

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino³

“Me detuve en el Perú y subí hasta las ruinas de Macchu Picchu. Ascendimos a caballo. Por entonces no había carretera. Desde lo alto vi las antiguas construcciones de piedra rodeadas por las altísimas cumbres de los Andes verdes. Desde la ciudadela carcomida y roída por el paso de los siglos se despeñaban torrentes. Masas de neblina blanca se levantaban desde el río Wilcamayo. Me senti infinitamente pequeño en el centro de aquel ombligo de piedra; ombligo de un mundo deshabitado, orgulloso y eminente, al que de algún modo yo pertenecía. Sentí que mis propias manos habían trabajado allí en alguna

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo. Bolsista voluntária de iniciação científica do projeto “Dicionário da Sustentabilidade”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6380850649791969> – E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br

² Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, na linha de pesquisa "Fundamentos do Direitos e da Democracia". Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional - IMED. Membro do grupo de pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade, sob orientação do Prof. Dr. Sergio Ricardo Fernandes de Aquino. Bolsista CAPES/PROSUP. Passo Fundo. RS. Brasil. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6228368628395288> - E-mail: lari_bf@yahoo.com.br

³ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Pesquisador da Faculdade Meridional. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional - IMED. Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro da Associação Brasileira de Ensino de Direito - ABEDI. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade, do Instituto Blumenauense de Ensino Superior. Passo Fundo. RS. Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1318707397090296> - E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

*etapa lejana, cavando surcos, alisando peñascos. Me sentí chileno, peruano, americano. Había encontrado en aquellas alturas difíciles, entre aquellas ruinas gloriosas y dispersas, una profesión de fe para la continuación de mi canto*⁴.

INTRODUÇÃO

A história da América Latina demonstra as profundas desigualdades vivenciadas pelos seus povos. As vozes que habitam esse continente tiveram poucas oportunidades de se expressarem ou terem espaços próprios para expressar as suas necessidades, as suas ideias, os seus saberes. Pouco a pouco, o desenvolvimento dessas regiões ocorreu sob a marca da exploração, da oligarquia, da eliminação cultural. Não é possível que ocorra qualquer manifestação de autonomia, de aperfeiçoamento civilizacional a partir do signo colonial.

No entanto, o que se observa, não obstante as dificuldades ainda persistam, é que as vozes esquecidas e silentes, tornam-se, mais e mais, audíveis. Aos poucos, as identidades e identificações latino-americanas retomam as suas características sócio-histórico-culturais a fim de demonstrar, no século XXI, como é possível constituir a integração desses povos e trazer diversas e diferentes contribuições para uma vida humana razoável.

Duas categorias podem ser citadas como vetores da descolonização dos saberes do Sul: Socialidade e Multiculturalismo. A primeira expressa uma diferença significativa, especialmente no âmbito da Sociologia Clássica, com outra expressão, qual seja, a Sociabilidade. A dimensão da Socialidade⁵ revela o viver e conviver como um *theatrum mundi*, em outros termos, a flexibilidade dos vários *papeis* e *figurinos* permite a elaboração

⁴ NERUDA, Pablo. **Confieso que he vivido**: memórias. p. 75. Disponível em: <http://www.librodot.com>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

⁵ “[...] a pessoa (*persona*) representa *papéis*, tanto em sua atividade profissional quanto no seio das diversas tribos que participa. Mudando o seu figurino, ela vai, de acordo com os seus gostos (sexuais, culturais, religiosos, amicais), assumir o seu lugar, a cada dia, nas diversas peças do *theatrum mundi*”. MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

serena de uma *fala sensata*, capaz de reunir as virtudes humanas latino-americanas e produzir horizontes desejáveis para se disseminar e articular a Dignidade Humana.

No âmbito do Multiculturalismo, por outro lado, exercita-se, de modo permanente, o reconhecimento necessário acerca da importância (ontológica) de cada saber, de cada *cosmovisão*⁶, desde as sociedades industriais às comunidades indígenas. Essa proximidade tira o véu de uma perspectiva mais relativa sobre a categoria estudada. Pode-se afirmar que cada povo tem a sua marca cultural, as suas tradições. No entanto, a sua autonomia, a sua identidade⁷ não pode servir como parâmetro de imobilidade ao desenvolvimento social ou, ainda, permitir o retrocesso. Aquelas práticas nas quais degradam o humano e/ou o não humano jamais podem ser a justificativa para classificar algo como “cultura”, nem, tampouco, ser apreciadas como fenômeno a permitir a melhoria da democracia. Nenhuma expressão cultural é imutável e absoluta dentro as linhas do tempo⁸.

Por esse motivo, a conjugação Socialidade e Multiculturalismo expressa a

⁶ “*Todas las culturas tienen una forma de ver, sentir percibir y proyectar el mundo, al conjunto de estas formas se conoce como Cosmovisión o Visión Cómica. Los abuelos y abuelas de los pueblos ancestrales, hicieron florecer la cultura de la vida inspirados en la expresión del multiverso, donde todo está conectado, interrelacionado, nada está fuera, sino por el contrario “todo es parte de...”*; la armonía y equilibrio de **uno** y del **todo** es importante para la comunidad. Es así que en gran parte de los pueblos de la región andina de Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, Chile y Argentina, y en los pueblos ancestrales (primeras Naciones) de Norteamérica pervive la Cosmovisión Ancestral o Visión Cómica, que es una forma de comprender, de percibir el mundo y expresarse en las relaciones de vida. Existen muchas naciones y culturas en el Abya Yala, cada una de ellas con sus propias identidades, pero con una esencia común: el paradigma comunitario basado en la vida en armonía y el equilibrio con el entorno”. HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen vivir/ Vivir bien**: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Peru: CAO, 2010, p. 27.

⁷ “[...] a descoberta da minha identidade não significa que eu me dedique a ela sozinho, mas sim que eu a negoceie, em parte, abertamente, em parte, interiormente, com os outros. É por isso que o desenvolvimento de um ideal de identidade gerada interiormente atribui uma nova importância ao reconhecimento. A minha própria identidade depende, decisivamente, das minhas reacções dialógicas com os outros”. TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 54.

⁸ “[...] creio que *coerência* é, enfim, o termo correto e que lança ponte [...]: o que descubro no pensamento de alhures ou daqui é sempre 'co-erente', uma vez que resistindo efetivamente em conjuntos e justificando-se. Assim, com efeito, a *inteligência* é esse recurso comum, sempre em desenvolvimento, bem como indefinidamente partilhável, de apreender coerências e comunicar-se através delas. Heráclito já dizia: 'Comum a todos é o pensar', *phronein*. O que estabeleceu como princípio que não existe nada, de qualquer cultura que seja, que não seja em princípio inteligível - é este efetivamente, mais uma vez, o único transcendental que reconheço: não em função das categorias dadas, em nome de uma razão pré-formada, mas como exigência que forma horizonte e jamais se detém (e correspondendo, a esse título, ao universal). Isso, portanto, sem resíduo. De maneira absoluta. Ainda que os esforços dos antropólogos nunca sejam plenamente recompensados; ainda mesmo que eu mesmo nunca tenha certeza de ter conseguido ler o suficiente...”. JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas**: do universalismo ao multiculturalismo. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 175/176.

importância da vida latino-americana, da emergência plural das vozes do sul, as quais enaltecem essa convivência entre Homem e Natureza. Na perspectiva jurídica, ambas categorias sinalizam a Sensibilidade Jurídica destas terras a partir do Pluralismo Jurídico como vetor de elaboração das Constituições Latino-Americanas. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano apresenta, numa dimensão ética, a presença das vozes marginalizadas e, numa dimensão normativa, rememora os desafios e adversidades no exercício e reivindicação de novos direitos os quais retratam o rico mosaico cultural, cujo alcance já transborda as fronteiras da soberania nacional.

A partir desses argumentos, o critério metodológico utilizado para a investigação de abordagem e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Dedutivo⁹, cuja premissa maior é a existência do Multiculturalismo e a premissa menor se manifesta pela aplicação dessa condição por meio do Pluralismo Jurídico e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. A coleta e tratamento dos dados será feito por meio do Método Cartesiano¹⁰. A técnica utilizada nesse estudo será a Pesquisa Bibliográfica¹¹ e Documental, a Categoria¹² e o Conceito Operacional¹³.

O problema de pesquisa formulado para este estudo pode ser descrito pela seguinte indagação: Qual a importância do Multiculturalismo na América Latina o qual permite a manifestação do Pluralismo Jurídico como condição de elaboração do Novo Constitucionalismo Latino-Americano?

A hipótese para essa pergunta demonstra, inicialmente, que é preciso observar qual

⁹ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213.

¹⁰ “[...] base lógico-comportamental proposta por Descartes, [...], e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 212.

¹¹ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

¹² “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 205.

¹³ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 205.

o entendimento cultural sobre a perspectiva multicultural no referido continente, o qual não se assemelha a outros modelos como é o caso europeu ou norte-americano. Aos poucos, as vozes antes silentes, diante de um cenário histórico de exploração desmedida e desprezo pelos seus saberes ancestrais, se expressam pela sua pluralidade e diversidade na perspectiva jurídica. Essa difusão de conhecimentos, essa conversação polifônica denota como a dimensão constitucional não pode – nem deve - se isolar nos seus limites soberanos, mas se amplia pelo *transconstitucionalismo*¹⁴.

O Objetivo Geral deste estudo é investigar como as vozes multiculturais do sul foram institucionalmente reconhecidas a partir do Pluralismo Jurídico e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Os Objetivos Específicos são: a) Esclarecer a importância do Multiculturalismo; b) Identificar o desenvolvimento do Pluralismo Jurídico a partir da Socialidade; c) Avaliar a necessária integração – e cooperação – entre os latino-americanos por meio do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, não obstante as suas absolutas diferenças no exercício da liberdade e tolerância¹⁵.

¹⁴ “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 129.

¹⁵ “A Tolerância torna visíveis os limites de nossas certezas e acolhe essa diferença que está além das fronteiras perceptivas do ‘Eu’. Essa postura é inexistente por aquele que pratica o seu contrário – a intolerância²⁷ –, porque a ausência desse terreno fértil, de se acolher a diferença humana alheia, impõe um *modus vivendi* sem liberdades, sem proximidade. É a negação da condição (e natureza) humana. Tolerar exige, sob esse argumento, o Perdão, pois, como salienta Voltaire, é o fundamento que se manifesta a partir do reconhecimento no qual se comunga nossas fragilidades, nossos erros. Ao se admitir essa condição, intrassubjetiva e intersubjetiva, resta a indagação: Por que não perdoar? Percebe-se nessa ação uma aposta de regeneração, ao contrário da intolerância, que dissemina atitudes destrutivas. O improvável se corporifica e resiste, manifesta-se contra a violência, a crueldade, as imposições culturais arbitrarias e regenera as relações humanas tornando-as mais amistosas e sadias. Esse é o vínculo de Responsabilidade na qual se constitui historicamente por meio do ‘estar junto’, e se torna o sedimento que amplia o exercício habitual da Tolerância”. ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 142, n. 137, p. 374, março de 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

2. SOB O HORIZONTE DA ESPERANÇA: A FORÇA DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA IDENTIDADE DAS *TERRAS DO SUL*

A partir do final da década de 1980, começa-se a perceber um giro constitucional significativo na América Latina. As intensas e diferentes formas de exploração e submissão – seja ideológica ou política, de caráter interno ou externo – que não favoreceram o pleno desenvolvimento das nações deste continente aos poucos cede espaço para se assegurar vida qualitativa, liberdade como pressuposto básico às reivindicações históricas, bem como o exercício de direitos e deveres, igualdade e justiça como fontes de equilíbrio para as sadias relações cotidianas entre as pessoas e solidariedade como o fundamento social e institucional do esclarecimento acerca da experiência sobre a Dignidade Humana¹⁶.

Todos esses fatores, no entanto, não podem ser compreendidos como satisfeitos, não obstante haja expressa previsão legal a fim de se exigir o seu cumprimento. A exclusão social, os cenários de intensa pobreza, a persistência histórica de dominação pelas oligarquias, as ausências de serviços públicos capazes de contribuir para a mitigação dessas dificuldades, entre outros fatores, demonstram como a América Latina não superou as desigualdades, a exploração e a eliminação – humana e não humana – as quais desenharam os contornos sociais e políticos deste continente.

No horizonte de tanta violência, surgem algumas esperanças sensatas¹⁷, as quais renovam as forças necessárias para se apostar em outros vetores de desenvolvimento humano capazes de resgatar essa difícil tarefa de, mesmo numa perspectiva regional, ocorrer: humanizar a humanidade¹⁸. Se existe uma palavra apropriada para que as indignações¹⁹ se transformem em vias positivas no intuito de se expressar vida digna para

¹⁶ “[...] A dignidade humana é o nosso produto maior, não somente como vida, mas como razão de viver. A dignidade não se confunde, tampouco, com uma ânsia de santidade ou uma conquista de honrarias: ela é, essencialmente, uma posição de respeito do homem para consigo mesmo em defesa da qualidade moral que representa”. LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 175.

¹⁷ As “esperanças sensatas” devem ser capazes de responder a três indagações: “[...] temos diante de nós razões de esperança? Há razões que podem nos poupar do desespero? Que fazem com que continuemos no caminho?”. ROSSI, Paolo. **Esperanças**. Tradução de Cristina Sarteschi. São Paulo: Editora da UNESP, 2013, p. 85.

¹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 42.

¹⁹ “A indignação não é um ímpeto de raiva ou desespero, nem um impulso oportunista ou egoísta, mas um

todos, para que haja, de modo duradouro, uma convivência eticizada e estetizada²⁰ entre os diferentes povos latino-americanos, é a Utopia²¹.

Nesse caso, a força transformadora da Utopia²² é o que favorece as necessárias mudanças latino-americanas no sentido de se proporcionar, mais e mais, não apenas o reconhecimento de suas culturas, seus saberes ancestrais, as suas tecnologias, mas a integração de diferentes povos em torno dessa identidade e identificação comum latino-americana, a qual já se expressa, pelo menos, no cenário externo – como é o caso da União de Nações Sul-Americanas – UNASUL – e, no cenário interno, pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

A experiência constitucional, como se observa a partir da dimensão histórica em várias nações, representa, no seu significado sensato, o registro das mais importantes conquistas humanas para se identificar quais as formas de privações impedem as pessoas de conviverem, de terem vida com qualidade, de terem acesso a serviços indispensáveis para o aperfeiçoamento dos espaços democráticos e dialogais, de reconhecerem a importância de suas raízes históricas e culturais para estimular novas perspectivas éticas, nossas possibilidades de transformação dessas culturas a fim de estabelecer uma paz cada vez mais duradoura. Eis o desafio das bases materiais²³ do Novo Constitucionalismo Latino-

reconhecimento natural de nossa condição humana. É o primeiro passo e necessário para nos alcançarmos por inteiro”. LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. p. 175.

²⁰ “[...] O que chamamos de estetização da convivência é fenômeno que só se torna sensível, ou seja, algo que só pode tornar-se perceptível como atributo de beleza, quando, ao invés da tentativa amoral de justificar-se pelo delírio de uma ideologia qualquer, se fundamenta naquilo que o homem consegue deixar de mais sublime na sua passagem por este Planeta, que é o seu consciente procedimento ético”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 63.

²¹ “Podemos dizer que utopia é também ideologia em ação, pois ela não restringe a decodificar possibilidades para então alcançar-se ao plano das abstrações. Em verdade, ela surge da consciência de que não basta identificar desacertos e desvios daquilo que convencionamos ser a linha reta do viver. Assim, não é suficiente criticar falhas e aparentes iniquidades no comportamento das pessoas e das instituições, pois aquelas sempre existiram, embora recrudescam em determinados períodos históricos. No pensamento utópico só se justificam tais posturas e tais juízos se eles tiverem o condão de ser o ponto de partida para procedimentos mais favoráveis para que o futuro não seja tão só maquiagem do passado e do presente”. MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 88.

²² “As utopias, unindo inteligência e emoção, razão e sentimento, funcionam como projetos sociais de transformação e mudança, melhor dizendo, como projeção da sociedade que deve ser”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 55.

²³ “[...] Es interesante señalar que – quizás a la inversa de lo que constituye nuestra realidad actual – los ‘padres

Americano, o qual se funda pela descolonização dos saberes do Sul, ou seja, reivindica como pressuposto desse cenário um giro decolonial²⁴.

O leitor ou leitora, ao verificar essas primeiras linhas, imagina como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano²⁵ surge como horizonte de esperança no sentido de que todo esse cenário de desigualdade, exclusão, misérias (humanas, sociais e institucionais) possa desaparecer a partir do momento no qual esse fenômeno jurídico expresse não apenas uma vontade legal, como desdobramento, ainda, dos próprios Direitos Humanos, mas, principalmente, na medida em que se verifica seus principais – e complexos – desafios.

Por esse motivo, a atitude de esperança latino-americana, fonte de suas principais

fundadores' del constitucionalismo regional dedicaron mucho tiempo y energía a estas cuestiones, reflexionando no solo en torno de la Constitución (qué incluir, qué cambiar), sino también acerca de las condiciones materiales necesarias para que esta prosperara. Sin duda alguna, sintieron la necesidad de embarcarse en estas discusiones a raíz de la pesada herencia impuesta por el pasado colonial". GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014, p. 91.

²⁴ “[...] el giro des-colonial se trata pues, de una revolución en la forma en que variados sujetos colonizados percibían su realidad y sus posibilidades tras la caída de Europa en la Segunda Guerra Mundial. Ya las bases del giro des-colonial estaban planteadas de antemano, en el trabajo de intelectuales racializados, en tradiciones orales, en historias, canciones, etc., pero, gracias a eventos históricos particulares, se globaliza a mitad del siglo veinte. De ahí en adelante puede decirse que se planteó un giro, ya no solo al nivel de la actitud de sujetos o de comunidades específicas, sino al nivel del pensamiento mundial. El tema de la descolonización adquirió vigencia para distintos grupos que ahora se veían más seriamente entre sí, en vez de buscar en Europa las claves únicas para elaborar su futuro”. TORRES, Nelson Madonado. La descolonización y el giro des-colonial. **Revista Comentario Internacional**, Ecuador, n. 7, 2006/2007, p. 76. Disponível em: <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/130/138>. Acesso em 04 de agosto de 2016.

²⁵ “[...] el nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que, para que tenga efectiva vigencia el Estado constitucional no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el adecuado procedimiento constituyente y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. Defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político, pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la Historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía. Pues bien, ese nuevo constitucionalismo teórico ha encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes latinoamericanos llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador. Al menos, en cuanto a la fundamentación de la Constitución. Está por ver si también se consigue llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales con respecto a su efectividad y normatividad. Aunque comienzan a percibirse distorsiones importantes que pueden volver a frustrar un intento de recuperación integral de una teoría democrática de la Constitución. Estos procesos con sus productos, las nuevas constituciones de América Latina, conforman el contenido del conocido como nuevo constitucionalismo latino-americano”. VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. **Política, Justicia y Constitución**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 163/164.

transformações, não é caracterizada como passiva/pessimista, porém, sim, ativa/realista²⁶ na medida em que a experiência da sua “invisibilidade” – epistêmica, ideológica e cultural – é a força na qual põe as ações como vetor de integração e alteração dessas realidades que exploram, oprimem e negam às pessoas o seu “direito à existência”. A esperança na qual surge com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é vetor de resistência contra aquilo que desumaniza.

Esse fenômeno jurídico mencionado se traduz como o oposto da tradição liberal europeia e norte-americana – especialmente na perspectiva da Cidadania²⁷ - porque questiona a validade e eficácia desses modelos nas terras do sul. Trata-se do resgate daqueles que, mesmo sob a proteção da legalidade²⁸, eram destituídos de vozes²⁹ para exercitar e reivindicar direitos. A colonialidade do poder³⁰ na América Latina não permitiu

²⁶ “[...] Partimos, então, do reconhecimento de nossa capacidade humana de fazer e desfazer os mundos que nos são dados. Com isso, assumimos uma visão estritamente ‘real’ da realidade, pois somos conscientes das quebras, fissuras e porosidades do mundo em que vivemos. Logo, realista significa saber onde estamos e propor caminhos para onde ir. Ser realista exige, portanto, apostar na construção de condições materiais que permitam uma vida digna de ser vivida”. HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 61/62.

²⁷ “[...] A cidadania liberal, advinda da influência do jusnaturalismo racionalista e da posituação dos direitos de liberdade desde as revoluções burguesas, irá evoluir para uma cidadania de cunho social, desde a transição do Estado liberal ao Estado social, com base nas reivindicações dos trabalhadores. [...] No antigo regime não podemos falar de cidadania nem de direitos, sim de deveres, de obediência do súdito aos privilégios dos estamentos superiores. A situação dos trabalhadores do século XIX termina sendo uma situação de extrema desigualdade com relação ao burguês e ao Estado liberal de Direito, com o advento do sufrágio censitário, que tinha como característica a divisão da cidadania em duas: em primeiro lugar, a chamada cidadania ativa – direito de sufrágio relegado somente ao burguês proprietário – e, em segundo lugar, a cidadania passiva – que era exercida pelos menos favorecidos economicamente, os trabalhadores – e a não existência das normas reguladoras das relações de trabalho e demais direitos sociais, como a saúde e educação; assim, a impossibilidade de participação política leva os trabalhadores a ficarem relegados a uma cidadania de segunda classe; a cidadania passiva de nada servia”. GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e a questão da Sustentabilidade: reflexões sobre Direito à Saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v. 10, n. 4, art. 8, p. 136, Out./Dez. 2013. Disponível em: «<http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/313>». Acesso em 03 de jun. de 2016.

²⁸ “[...] *la ilegalidad comenzó a ganar terreno simplemente porque se estableció un cerco legal demasiado estrecho, y no porque la ciudadanía esté más ansiosa por desafiar la legalidad. En la actualidad, incluso los más inocentes gestos de desafío resultan traducidos como graves, directas [...]; una situación semejante nos exige repensar y poner bajo cuestión la totalidad del derecho como lo conocemos*”. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. p. 342.

²⁹ “[...] *muchas de las protestas [...] – típicamente, los cortes de ruta, el incendio de neumáticos, la producción de escándalos en las plazas públicas – aluden a la desesperada necesidad de algunos grupos por colocar en la escena pública sus cuestionamientos, demandas, conflictos que de otro modo resultarían simplemente ignorados. Así, la demanda por una ‘voz’ – una voz que pueda expresar la existencia de violaciones gravísimas de derecho – pasa a ocupar un lugar central en el conflicto social regional*”. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. p. 342.

³⁰ “[...] a colonialidade do poder estabelecida sobre a ideia de raça deve ser admitida como um fator básico na questão

encontrar – nem reconhecer – a sua “razão interna³¹” nos seus cantos, nas suas tradições, no seu cotidiano, no seu imaginário, no seu pensamento acadêmico. Sem esse pressuposto, não é possível cogitar a viabilidade das esperanças, dos devires sociais e constitucionais os quais nascem da efervescência silenciosa dos anseios de cada povo, de cada comunidade, conforme as suas identidades e identificações.

Por esse motivo, ao se resgatar a voz dos “esquecidos”, dos “marginalizados” latino-americanos, a força histórica de seu Constitucionalismo ganha vigor, especialmente no século XXI. Nesse momento, e especialmente devido à presença da União de Nações Sul-Americanas – UNASUL – o desenho constitucional deste continente sinaliza a importância da integração entre tantas e diferentes comunidades e povos. Dentre as principais características, verifica-se que a principal tonalidade na composição desta aquarela é a indígena. As práticas e sabedorias ancestrais – como é o caso do *Buen Vivir*³² - já não pertencem mais a uma dimensão regional, mas, aos poucos, se torna vetor de integração transconstitucional³³.

nacional e do Estado-nação. O problema é, contudo, que na América Latina a perspectiva eurocêntrica foi adotada pelos grupos dominantes como própria e levou-os a impor o modelo europeu de formação do Estado-nação para estruturas de poder organizadas em torno de relações coloniais. Assim, ainda nos encontramos hoje num labirinto em que o Minotauro é sempre visível, mas sem nenhuma Ariadne para mostrar-nos a ansiada saída”. QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 125.

³¹ “[...] Trata-se de algo que permanece ou, melhor, preexiste no coração de todo homem antes de qualquer construção intelectual. É propriamente isto que chamarei 'razão interna' de todas as coisas. Razão esta que é tanto uma constante, de certo modo uma estrutura antropológica, quanto, ao mesmo tempo, só se atualiza, se realiza, neste ou naquele momento particular. Para dizer o mesmo em outras palavras, trata-se de uma racionalidade de fundo que se exprime em pequenas razões momentâneas”. MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2008, p. 58.

³² “[...] el **paradigma comunitario de la cultura de la vida para vivir bien**, sustentado en una forma de vivir reflejada en una práctica cotidiana de respeto, armonía y equilibrio con todo lo que existe, comprendiendo que en la vida todo está interconectado, es interdependiente y está interrelacionado. Los pueblos indígenas originarios están trayendo algo nuevo (para el mundo moderno) a las mesas de discusión, sobre cómo la humanidad debe vivir de ahora en adelante, ya que el mercado mundial, el crecimiento económico, el corporativismo, el capitalismo y el consumismo, que son producto de un paradigma occidental, son en diverso grado las causas profundas de la grave crisis social, económica y política. Ante estas condiciones, desde las diferentes comunidades de los pueblos originarios de Abya Yala, decimos que, en realidad, se trata de una crisis de vida. HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen vivir/ Vivir bien**: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. p. 6. Grifos originais da obra em estudo.

³³ “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 129.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, sob essas premissas, não admite tão somente uma perspectiva monista, concentrada, das tomadas de decisão e desenvolvimento de atividades realizadas exclusivamente pelo Estado. Ao contrário, a partir de um cenário *pluralista*³⁴, com diferentes fontes de elaboração do Direito – o qual, sob esse ângulo, não se exaure pela dimensão legislativa estatal – verifica-se, mais e mais, a necessidade de uma *conversação multicultural* para se expressar quais condições se tornam indispensáveis para garantir a estabilidade social, seja, por um lado, pela participação das funções de Estado, seja, por outro, pela autonomia das comunidades que, em sintonia com princípios éticos e jurídicos, consigam, igualmente, encontrar meios de se aperfeiçoarem e resolverem os seus conflitos.

A partir desses argumentos, a via constitucional latino-americana já não é semelhante aos modelos europeus ou norte-americanos, mas sinaliza o registro de suas identidades e identificações, de seus anseios para solucionar as suas profundas desigualdades sociais as quais persistem historicamente. O surgimento do Pluralismo Jurídico como crítica ao Monismo Jurídico e orientação ao desenvolvimento do plano constitucional torna viável a composição desse novo cenário na América Latina que assegura a participação, a presença, a “voz” daqueles que, por muito tempo, foram marginalizados na elaboração de tempos mais “civilizados”.

3. PLURALISMO JURÍDICO E(M) CONTRAPONTO COM O MONISMO JURÍDICO

A ideia do Pluralismo Jurídico não é uma invenção do pensamento moderno. Na Idade Média, percebia-se com o Pluralismo Feudal diferentes tipos de Direito³⁵ (canônico,

³⁴ Nesse momento, é interessante trazer a advertência de Hespanha: “[...] Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autônoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia do um *pluralismo verdadeiramente pluralista* não está realizada. E, por isso, não estão garantidas nem a legitimidade, nem a justeza das soluções jurídicas que decorrem de um diálogo, que deveria ser igualitário, entre os vários ordenamentos jurídicos”. HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 65/66.

³⁵ Para fins deste estudo, essa categoria deve ser entendida como o “[...] conjunto de normas que o Estado torna incondicionais e coercitivas, capaz de regular as relações sociais e econômicas com vistas à paz social e à aplicação da

real, urbano, da plebe), todos eles reconhecidos e válidos. Diferentemente da sociedade moderna, que visa interesses particulares, o Direito Medieval valorizava os fenômenos coletivos e reconhecia a desigualdade de interesse para assegurar a autonomia de cada fenômeno como expressão do Direito. A relação entre essa pluralidade se apresentava na dicotomia de complementariedade *versus* exclusividade e contrariedade.

É a partir do aparecimento da indústria e a consolidação do comércio que o Pluralismo Feudal teve seu fim. No intuito de representar as ideias da nova sociedade burguesa, houve a unificação do poder, da lei e do Direito, caracterizando o modelo atual de Estado e Direito: o Monismo Jurídico. Nessa linha de pensamento, o Estado é o único criador legítimo da lei e essas leis são legítimas pelo fato de seguirem os procedimentos estabelecidos para a sua elaboração. Nas palavras de Hespanha, “[...] assim, o direito do Estado era todo o direito ou, pelo menos, dispunha de forma absoluta, sobre o que era direito. Isso porque o Estado era tido como sendo a única entidade com legitimidade para dizer o direito³⁶”.

Na perspectiva monista, não é possível admitir a existência de outros poderes capazes de promover a organização social. Somente o Estado, por meio de sua atividade legislativa e judiciária, regula as relações sociais e aplica a legislação aos casos nos quais demandam respostas para a sua pacífica resolução; o Estado se torna a única fonte normativa nesse contexto moderno.

É possível concordar com Carvalho quando se observa que “[...] o monismo fundamenta-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e insuficiências empíricas das instituições estatais³⁷”. Majoritariamente, as normas jurídicas não exprimem a realidade social, muito menos são acessíveis para a população que

justiça”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 36.

³⁶ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume 2013, p.18

³⁷ CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.15

está à margem da Sociedade³⁸.

A ideia de que o Estado é o único ente legítimo para se criar as leis expressa a garantia certos interesses de um setor econômico. Percebe-se como a classe burguesa influencia a produção normativa, como, por exemplo, o Código Penal Brasileiro a partir de suas penas mais severas para crimes referentes a propriedade privada do que aqueles que agem contra a vida. De acordo com Wolkmer:

A lei projeta-se como o limite de um espaço privilegiado, onde se materializa o controle, a defesa dos interesses privados e os acordos entre os segmentos econômicos. Ocorre que, ao criar as leis, o Estado obriga-se, formalmente, diante da sociedade, a aplicar e a resguardar tais preceituações sob a égide do falso discurso da neutralidade. Ao respeitar pretensamente certos direitos dos indivíduos proprietários e ao limitar-se à sua própria legislação, o Estado moderno oficializa uma de suas retóricas mais aclamadas: o 'Estado de Direito'³⁹.

Em contraponto com o vigente Monismo Jurídico, o Pluralismo Jurídico surge como forma de denunciar a ineficiência das instituições estatais que não são capazes de responder às demandas sociais de maneira que o Direito estatal se torne inacessível àqueles que compõem as margens da Sociedade. Não se pode acreditar que o “contrato social” abrange os interesses de toda a Sociedade e que as normas coercitivas do Estado são legítimas somente pelo fato de advirem do Estado, sem que contemple a todos e promova a igualdade.

Todos os dias surgem, de modo organizado, diferentes grupos culturais, com suas pautas de reivindicações, de valores para estabelecer, naquele território, condições de se estimular, de se desenvolver capacidades para que a comunidade tenha aptidão para, dentro de seus limites sociais e jurídicos, resolver seus conflitos. Nem sempre a prescrição normativa abstrata tem capacidade de reconhecer as diferenças culturais e trazer uma

³⁸ “A sociedade, enquanto fenômeno humano, decorre da associação de homens, da vida em comum, fundada na mesma origem, nos mesmos usos, costumes, valores, cultura e história. Constitui-se sociedade no e pelo fluxo das necessidades e potencialidades da vida humana; o que implica tanto a experiência da solidariedade, do cuidado, quanto da oposição, da conflitividade. Organização e caos são pólos complementares de um mesmo movimento – dialético – que dá dinamismo à vida da sociedade”. DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Sociedade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010, p. 187.

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.49.

resposta satisfatória aos seus anseios de segurança e preservação⁴⁰.

O Pluralismo se caracteriza como uma alternativa de emancipação daqueles diferentes grupos humanos, geralmente minoritários, que não são protegidos, nem reconhecidos, pelo Direito Positivo. Trata-se de um cenário no qual representa as necessidades das classes esquecidas, das vozes marginalizadas pelo Monismo Jurídico. Por esse motivo, o Direito que se autorregula e emerge dentro das comunidades tem como objetivo a sua autopreservação quando a Norma Jurídica estatal não se faz presente no seu dia a dia. De acordo com a definição de Wolkmer:

[...] a formulação teórica e analítica do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si⁴¹.

A partir desses argumentos, Santos⁴², em 1973, retomou a tradição do Pluralismo Jurídico e analisou uma comunidade no Rio de Janeiro, a qual denominou “Pasárgada”. O mencionado autor demonstrou que há um conflito com o direito oficial, na medida em que os moradores criaram mecanismos para resolução de conflitos, uma vez que o fato de serem “ilegais” no seu local de moradia fazia com que o acesso aos serviços dos órgãos estatais de promoção de justiça se tornassem inviáveis.

Nessa linha de pensamento, denominou-se como “Direito de Pasárgada” um direito não oficial, reconhecido pela própria comunidade, promovido a partir de uma linguagem mais próxima da realidade a qual vivem, além de mais acessível, cujo modelo de promoção

⁴⁰ “O Pluralismo Jurídico, aliado à concepção do Multiculturalismo, demonstra a necessidade de se reconhecer, especialmente ao Direito, as práticas, as culturas e os locais que, pelos seus consensos ou dissensos, promovem novos sentidos para o aperfeiçoamento da convivência, o esclarecimento sobre o exercício da Liberdade e Igualdade diante de violências como a miséria, a fome, o encobrimento do Outro (ou a sua eliminação) por não pertencer a um determinado status político, cultural ou econômico, o cerceamento abusivo de liberdades por entidades estatais, entre outros fenômenos”. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. Elogio à diversidade: globalização, pluralismo jurídico e direito das culturas. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 60. Disponível em: «<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/3914/2996>». Acesso em 19 de agosto de 2016.

⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. p.185.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2015.

de justiça é a mediação. Santos⁴³ afirma que “[...] o direito de Pasárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal⁴⁴”, justamente por ser construído a partir da percepção e experiência dos próprios beneficiários e responsáveis pelo “Direito de Pasárgada”.

Verifica-se que o Direito deve ser compreendido e elaborado por meio de consenso comunitário e que englobe as diversas manifestações de vontade social de modo que seja promovida uma legitimidade maior e conseqüentemente, um melhor exercício da democracia. Nas palavras de Hespanha, “[...] se observarmos fielmente a pluralidade de direitos em vigor numa comunidade, possamos legitimar todos esses direitos do ponto de vista democrático, ou seja, afirmar que todos eles decorrem de uma vontade generalizada dos destinatários⁴⁵”.

O Pluralismo Jurídico, no contexto da América Latina, se apresenta como uma forma de uma visão jurídica mais democrática, uma vez que a forma de desenvolvimento capitalista intensifica os mecanismos de dominação de países menos desenvolvidos, com a finalidade exclusiva de exploração de bens e serviços, acentuando a desigualdade nesses territórios, mantendo a condição histórica de colonialismo. Nesse sentido é que Rubio refere que tal situação “[...] provoca uma crise de legitimidade e de funcionamento da justiça baseada na supremacia e a exclusividade estatista de Direitos e nos valores do individualismo liberal⁴⁶”.

Considerando que a América Latina é composta por uma diversidade cultural imensa, destacando-se a cultura indígena com suas várias tribos e populações, o Pluralismo Jurídico se torna inevitável para que se caminhe num horizonte mais harmônico e democrático.

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2015.

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2015, p. 34.

⁴⁵ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. p.118.

⁴⁶ RUBIO, David Sánchez. Pluralismo jurídico e emancipação social. In: *WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.54-55.

O Novo Constitucionalismo Latino Americano tem importante papel no resgate do Pluralismo, eis que muitas das novas constituições reconhecem as diversas manifestações do Direito, que podem ser observadas através da Filosofia Andina – integrante do texto constitucional do Equador e da Bolívia –, consagrando, dessa forma, importantes mudanças estruturais no modelo de Estado moderno, promovendo a emancipação e a descolonização dos povos latino-americanos⁴⁷.

4. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO COMO EXPRESSÃO VIVA DO PLURALISMO JURÍDICO

O Novo Constitucionalismo Latino Americano é marcado por uma perspectiva participativa e pluralista, com o seu auge na Constituição da Venezuela de 1999 e, em um segundo momento, conta com as Constituições da Bolívia e Equador. A primeira fase do ciclo do Novo Constitucionalismo Latino Americano é caracterizada pela Constituição Brasileira de 1988 compondo um constitucionalismo multicultural. A segunda fase é referente a Constituição da Venezuela acima citada e traz um constitucionalismo pluricultural. Na terceira e última fase se encontram as Constituições da Bolívia e do Equador e é chamado de constitucionalismo plurinacional. A partir disso, Cademartori e Costa afirmam:

Para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos

⁴⁷ “O fluxo da vida plural, no seu sentido mais amplo, demonstrou a necessidade de se registrar essas preocupações comuns - derivadas, historicamente, de um modelo pautado no pensamento político, econômico e jurídico europeu – como indispensáveis para ampliar a força democrática que se iniciou pelo Estado-nação, avança para fora das fronteiras e deságua em todos os territórios sul-americanos. Se o(a) leitor(a) não observou, é necessário frisar: esses novos movimentos constitucionais que se projetam para constituir a unidade Latino Americana iniciam e ganham fôlego, primeiramente, nos países sul-americanos”. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A importância da sustentabilidade como critério de desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano. *In*: AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; DE BASTIANI, Ana Cristina Bacega. **As andarilhagens da sustentabilidade no século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 230.

e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania. Este novo constitucionalismo além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos busca solucionar o problema da desigualdade social⁴⁸.

Desse modo, a partir da incorporação das diversas culturas presentes no território latino-americano nas constituições, também como as mudanças que garantiram a participação política direta dos cidadãos, podemos identificar uma busca para compor um cenário mais democrático. Assim, o reconhecimento das diversas comunidades indígenas e suas manifestações culturais visa romper com as heranças colonialistas e valorizar as culturas dos povos originários latino-americanos.

O Novo Constitucionalismo Latino Americano surgiu em um momento pós-ditatorial dos países que compõem tal movimento. Surge de uma necessidade de mudança dos textos constitucionais dos países latino-americanos, bem como das lutas travadas pelos movimentos sociais, nascido, portanto, da participação popular quando da elaboração de tais textos normativos.⁴⁹

A Constituição Colombiana de 1991 foi pioneira nesse processo do Novo Constitucionalismo, eis que surgiu por meio de um plebiscito organizado por estudantes em meio de um grande conflito político no país. Vale ressaltar que, como sendo uma constituição que surgiu da necessidade e da reivindicação popular, a Assembleia Constituinte foi composta por representantes das mais diferentes áreas da sociedade, sendo indígenas, estudantes ou diferentes partidos políticos. Segundo Dalmau e Pastor:

Podríamos referirnos largamente a las características materiales de la Constitución colombiana que la diferencian ampliamente del constitucionalismo anterior, no sólo colombiano — particularmente falta de reflexiones globales— sino latinoamericano. Algunas de estas características son la inclusión, en aquel momento innovadora, de mecanismos de democracia participativa—que han sido mejorados y ampliados en textos

⁴⁸ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novoconstitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8, n.1, 1o quadrimestre de 2013. Disponível em: «www.univali.br/direitoepolitica». Acesso em 13 de jun. de 2016.

⁴⁹ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novoconstitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8, n.1, 1o quadrimestre de 2013. Disponível em: «www.univali.br/direitoepolitica». Acesso em 13 de jun. de 2016.

constitucionales latinoamericanos posteriores—, la mejora en el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales o la compleja regulación del papel del Estado en la economía⁵⁰.

Inspirando-se nas mudanças constitucionais ocorridas na Colômbia, a Venezuela acabou por promover um novo processo constituinte, fazendo com que nascesse, em 1999, a nova Constituição venezuelana. Ao garantir que as alterações no texto constitucional só poderiam ser feitas a partir do consentimento popular, a Constituição venezuelana reforça a ideia de soberania popular, criando assim um marco no Novo Constitucionalismo Latino Americano. Nas palavras de Dalmau e Pastor, a Constituição venezuelana “[...] consolidó un avance democrático en el país y en la región. La vigencia de los derechos sociales, los cambios institucionales planteados, la nueva configuración de los partidos políticos, la inclusión de mecanismos de democracia participativa [...]”⁵¹.

As constituições da Bolívia e do Equador são as mais recentes nesse movimento do Novo Constitucionalismo, destacando-se na integração do Pluralismo Jurídico como elemento constitutivo no novo modelo de Estado. Na Constituição do Equador (2008) podemos encontrar, em seu artigo 57⁵², o reconhecimento do direito indígena e a garantia de seu livre exercício, porém obedecendo direitos constitucionais.

Já a Constituição Boliviana (2009) propõe um Estado Plurinacional, o qual é composto por 36 etnias reconhecidas como nações. Além disso, essa Constituição conta com a existência da Jurisdição Indígena Campesina. Segundo Holliday:

[...] o Tribunal Constitucional Plurinacional, em decisão inédita, trouxe um novo entendimento quanto à dimensão da atuação dessa justiça ancestral, hoje reconhecida pelo Estado. O Tribunal, ao decidir uma questão de competência, utilizou como critérios

⁵⁰ DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, México, n. 25, 2010, p.18.

⁵¹ DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* p. 20.

⁵² Art. 57. -Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...)9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

informações culturais e antropológicas, com base em estudos realizados pela Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional, que, por meio de nota técnica, demonstra a origem étnica e formação cultural da população. Além de dirimir conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena Campesina por critérios culturais antropológicos, estabeleceu a coexistência de bases jurídicas distintas, de cada nação indígena e a ordinária, onde não há hierarquia entre elas, para em conjunto formar um modelo de jurisdição multifacetado que respeita a formação histórica de cada povo e ao mesmo tempo estabelece limites, tendo em vista os direitos humanos, tratados internacionais e garantias constitucionais.⁵³

Nesse sentido, reafirma-se que o Estado não é o único garantidor de justiça, tampouco pode ser o único produtor normativo. O Novo Constitucionalismo Latino Americano instaura um novo modelo constitucional, rompendo com as concepções monistas e legitimando as formas de expressão do direito nas diversas culturas, promovendo um constitucionalismo emancipador, descolonial.

Além disso, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano se mostra de maneira mais democrática, na medida em que surge a partir das lutas sociais e da participação política direta da população para a construção dos textos legais, fazendo com que a pluralidade de concepções, culturas, saberes, seja ouvida, tendo espaço para sua livre manifestação e consequentemente, voz dentro do Direito até então “surdo” para vozes do sul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pluralismo Jurídico evidencia o cenário multicultural da América Latina. Não é possível que tantas vozes sejam ignoradas, especialmente pelo Direito no seu sentido normativo. A persistência do Monismo Jurídico em detrimento ao Pluralismo demonstra como são plurais as fontes de expressão do Direito. Nenhuma pode ser esquecida ou marginalizada. Em cada local, a Socialidade se manifesta em *diferentes papéis e figurinos*.

A concentração da resolução de conflitos pelo Estado-nação ou a organização e os limites sociais postos pela lei não devem retirar a autonomia coletiva no enfrentamento de

⁵³ HOLLIDAY, Paulo Alberto Calmon. A identidade étnica, o pluralismo jurídico e os fundamentos para uma jurisdição indígena diferenciada no Brasil. **Revista Derecho y Cambio Social**. Lima, Perú, n. 41, 2015, p. 12.

suas dificuldades. Sob igual critério, nem sempre a norma jurídica cumprirá seus objetivos de proteção quando não reconhece as particularidades da vida cotidiana que se manifesta silenciosamente.

Quando o Novo Constitucionalismo Latino-Americano resgata as identidades e identificações deste continente e assegura condições para que todas as vozes, as sinfonias culturais das terras do Sul estejam presentes na determinação de direitos e deveres, conforme as principais manifestações culturais - seja da cidade ou do campo -, percebe-se a revitalização civilizatória para a necessária e desejada integração entre os povos latino-americanos.

Não obstante o exercício permanente da Socialidade estimule uma *conversaço multicultural constitucional*, deve-se alertar para que todas as pessoas, por meio de sua participação, criem espaços e mecanismos a fim de preservar e elaborar os sentidos da democracia. A ausência dessa condição ou a persistência da eliminação, marginalização, opressão, bem como o silêncio das vozes do Sul, importa no retrocesso civilizatório, cujo horizonte ético e estético, determinado com tanto esforço sócio-histórico-cultural, será tão somente uma vaga lembrança de uma época na qual as utopias cheias de esperança jamais se tornaram “de carne e osso”.

O desafio de uma integração multicultural não é tarefa simples, nem imediata. A sua viabilidade, como se visualiza pela dimensão histórica, começa, aos poucos, se materializar. No entanto, a sua fragilidade perante forças e interesses diversos dos democráticos ou republicanos pode favorecer a amplitude e disseminação dos mesmos vetores que constituíram uma “identidade às avessas” na América Latina.

Por esse motivo, a hipótese desta pesquisa confirma-se ao se demonstrar como o Pluralismo Jurídico, exercitado pela Socialidade e o Multiculturalismo, permitiram ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano a revitalização, o reconhecimento das vozes antes silentes no território meridional. O exercício e a reivindicação desses direitos, de um lado, a identificação de outros nos quais expressem, fortemente, a Dignidade Humana, de outro, indica uma tarefa árdua que aguarda todos os povos latino-americano no século XXI. É

preciso, nesse momento, de uma paciência e esperança fervorosa, bem como de uma indignação lúcida para se evitar a repetição daquilo no qual motivou as misérias humanas, sociais e institucionais deste continente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A importância da sustentabilidade como critério de desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano. *In*: AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; DE BASTIANI, Ana Cristina Bacega. **As andarilhagens da sustentabilidade no século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. Elogio à diversidade: globalização, pluralismo jurídico e direito das culturas. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 1. Disponível em: «<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/3914/2996>». Acesso em 19 de agosto de 2016.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novoconstitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.1, 1o quadrimestre de 2013. Disponível em: «www.univali.br/direitoepolitica». Acesso em 13 de jun. de 2016.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, México, n. 25, 2010.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Sociedade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e a questão da Sustentabilidade: reflexões sobre Direito à Saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v. 10, n. 4, art. 8, Out./Dez. 2013. Disponível em: «<http://www4.fsanet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/313>». Acesso em 03 de jun. de 2016.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume 2013.

HOLLIDAY, Paulo Alberto Calmon. A identidade étnica, o pluralismo jurídico e os fundamentos para uma jurisdição indígena diferenciada no Brasil. **Revista Derecho y Cambio Social**. Lima, Perú, n. 41, 2015.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen vivir/ Vivir bien**: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Peru: CAOI, 2010.

JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas**: do universalismo ao multiculturalismo. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2008.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

NERUDA, Pablo. **Confieso que he vivido**: memórias. Disponível em: <http://www.librodot.com>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RUBIO, David Sánchez. Pluralismo jurídico e emancipação social. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico**: Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2015.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. *In*: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TORRES, Nelson Madonado. La descolonización y el giro des-colonial. **Revista Comentario Internacional**, Equador, n. 7, 2006/2007. Disponível em: <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/130/138>. Acesso em 04 de agosto de 2016.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. *In*: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. **Política, Justicia y**

Constitución. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, v. 142, n. 137, março de 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>. Acesso em 19 de jul. de 2016.