

COLEÇÃO **PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL** **E POLÍTICA DO DIREITO**

TOMO 03 **DIREITO, DEMOCRACIA E** **CONSTITUCIONALISMO**

ORGANIZADORES

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Pedro Manoel Abreu
Orlando Luiz Zanon Júnior

COORDENADORES

Maria Chiara Locchi
Maurizio Oliviero
Rafael Padilha dos Santos

ADISU

AGENZIA PER IL DIRITTO
ALLO STUDIO UNIVERSITARIO
DELL'UMBRIA



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



2017

COLEÇÃO

PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO

TOMO 03

DIREITO, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

ORGANIZADORES

**Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Pedro Manoel Abreu
Orlando Luiz Zanon Júnior**

COORDENADORES

**Maria Chiara Locchi
Maurizio Oliviero
Rafael Padilha dos Santos**

ISBN: 978-85-7696-209-0



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA**



2017

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

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

Valdir Cechinel Filho

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

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Pedro Manoel Abreu

Orlando Luiz Zanon Júnior

Coordenadores

Maria Chiara Locchi

Maurizio Oliviero

Rafael Padilha dos Santos

Autores

Adriane Guasque

Alexandre Moraes da Rosa

Aline Beltrame de Moura

Bárbara Guasque

Bruno Smolareck

Carla Piffer

Danielle Rosa

Érika Louise Bastos Calazans

Fernanda Pacheco Amorim

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Josemar Sidinei Soares

Luciene Dal Ri

Maurizio Oliviero

Nestor Castilho Gomes

Orlando Luiz Zanon Júnior

Paulo de Tarso Brandão

Paulo Márcio Cruz

Pedro Manoel Abreu

Rafael Padilha dos Santos

Rudson Marco

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

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

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)

Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)

Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)

Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)

Dr. Javier Gonzaga Valencia Hernandez

(UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (IMED)

Créditos

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

Projeto de Fomento

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

Endereço

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

FICHA CATALOGRÁFICA

D628 Direito, democracia e constitucionalismo [recurso eletrônico] / Adriane Guasque ... [et al.]; organizadores, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Orlando Luiz Zanon Júnior ; coordenadores, Maria Chiara Locchi, Maurizio Oliviero, Rafael Padilha dos Santos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito; t. 3).

Livro eletrônico.

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

Inclui referências.

Vários autores.

ISBN 978-85-7696-209-0 (e-book)

1. Direitos fundamentais. 2. Direito constitucional. 3. Direito de Família. 4. Democracia. I. Guasque, Adriane. II. Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues. III. Abreu, Pedro Manoel. IV. Zanon Júnior, Orlando Luiz. V. Locchi, Maria Chiara. VI. Oliviero, Maurizio. VII. Santos, Rafael Padilha dos. VIII. Série.

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VII
Orlando Luiz Zanon Junior	IX
DA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO À CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: DIÁLOGO COM OS POSTULADOS DEMOCRÁTICOS IDEALIZADOS POR LUIGI FERRAJOLI	10
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto	10
Rudson Marcos	10
A NECESSIDADE DAS IMPLICAÇÕES ÉTICAS E ESTÉTICAS NA PRODUÇÃO CONSTITUCIONAL PARA UMA REGULAMENTAÇÃO MAIS FUNCIONAL DAS RELAÇÕES SOCIAIS	31
Josemar Soares	31
SEPARAÇÃO DOS PODERES, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA.....	48
Bárbara Guasque.....	48
Maurizio Oliviero.....	48
CONTITUCIONALISMO EUROPEU E A <i>GOOD GOVERNANCE</i> DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS NA UNIÃO EUROPEIA	65
Carla Piffer.....	65
Bruno Smolarek Dias.....	65
OS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DA NACIONALIDADE PELOS ESTADOS MEMBROS E O RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA: A EXIGÊNCIA DO CRITÉRIO DA CONEXÃO EFETIVA COMO FORMA DE LIMITAÇÃO À COMPETÊNCIA ESTATAL.....	89
Aline Beltrame de Moura.....	89
TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS E LOCAIS: A REALIDADE DE COMUNIDADES PERIFÉRICAS ENQUANTO INSTITUIÇÕES EXTRAESTATAIS.....	109
Alexandre Morais da Rosa	109
Fernanda Pacheco Amorim.....	109
MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS	121
Paulo Marcio Cruz	121
Carla Piffer.....	121
DA CONSTITUIÇÃO À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: OS DIREITOS DOS IMIGRANTES NO BRASIL.....	138
Luciene Dal Ri	138
A JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A FORMULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE À LUZ DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS.....	159
Danielle Rosa.....	159
Rafael Padilha dos Santos	159
O HUMANISMO COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA POLÍTICA JURÍDICA	173
Josemar Sidinei Soares.....	173

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E OS MECANISMOS DE LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE E PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL	188
Paulo de Tarso Brandão	188
CLÁUSULAS PÉTREAS E O MITO DE ULISSES E AS SEREIAS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL A PARTIR DA OBRA DE JON ELSTER	201
Érika Louise Bastos Calazans	201
Nestor Castilho Gomes	201
DIREITO DA FAMÍLIA E LEIS DA FAMÍLIA NO CONTEXTO BRASILEIRO	216
Pedro Manoel Abreu	216
REDISCUTINDO A TEORIA DAS FONTES JURÍDICAS	235
Orlando Luiz Zanon Junior	235
A APROXIMAÇÃO DAS JURISDIÇÕES DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>	253
Adriane Guasque	253
Orlando Luiz Zanon Junior	253

APRESENTAÇÃO

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

A coletânea enfoca, segundo sugerido pelo próprio título, questões afetas ao “Direito, Democracia e Constitucionalismo”. Outrossim, há um fio condutor, inserido dentro dos quadros do programa, para seleção dos artigos científicos a serem publicados, produzidos por professores da casa e também convidados.

Nessa oportunidade, o material foi organizado pelos Professores Doutores Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu e este subscritor, todos vinculados ao PPCJ/UNIVALI. De outro lado, a coordenação da produção dos trabalhos coube ao Professor Doutor Rafael Padilha dos Santos, também do PPCJ/UNIVALI e, ainda, em razão da estreita parceria de internacionalização com a *Università Degli Studi di Perugia*, aos Professores Doutores Maria Chiara Locchi e Maurizio Oliviero.

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

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

O texto inicial incumbiu ao Prof. Dr. José Rodrigues de Oliveira Neto, em coautoria com o Doutorando Rudson Marcos, visando tratar da formação do Estado de Direito e da concretização da democracia substancial, mediante aportes da doutrina de Luigi Ferrajoli.

O Prof. Dr. Josemar Soares contribuiu com texto contendo a discussão sobre as implicações éticas e estéticas na produção constitucional, considerando seus reflexos na regulamentação das relações sociais.

A Doutoranda Bárbara Guasque e o Prof. Dr. Maurizio Oliviero trataram dos temas separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia, de forma interligada.

Os Profs. Drs. Carla Piffer, do PPCJ/UNIVALI, e Bruno Smolarek Dias, contribuinte externo, trataram de questões afetas ao constitucionalismo europeu e à governança dos fluxos migratórios, em uma clara intersecção com os parâmetros de internacionalização do programa.

A Profa. Dra. Aline Beltrame Moura enriqueceu a obra com texto versando sobre os critérios de atribuição de nacionalidade pelos Estados membros da União Europeia.

O Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, em parceria com a Mestranda Fernanda Pacheco Amorim, escreveram sobre o transconstitucionalismo, considerando a realidade das comunidades periféricas enquanto instituições extraestatais.

Os Profs. Drs. Paulo Cruz e Carla Piffer, a quatro mãos, elaboraram texto contendo novas discussões acerca das migrações transnacionais.

A Profa. Dra. Luciene Dal Ri, por sua vez, elaborou estudo voltado à discussão dos direitos dos imigrantes no Brasil, considerando a ordem constitucional e a nova Lei de Migração.

A Mestranda Danielle Rosa e o Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos escreveram obra discutindo o polêmico tema da formulação dos princípios de justiça de John Rawls.

A questão do humanismo como princípio norteador da política jurídica é apresentada e discutida em contribuição do Prof. Dr. Josema Sidinei Soares.

O Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão retoma a incessável discussão sobre a ponderação de princípios e os mecanismos de limitação de direitos fundamentais, visando contribuir para a atividade jurisdicional.

A Pós-Doutoranda Érika Louise Bastos Calazans e o Doutorando Nestor Castilho Gomes conectam o tema das cláusulas pétreas com o mito de Ulisses e as sereias, em uma análise conceitual baseada na obra de Jon Elster.

O Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu tratou do Direito da Família no Direito Brasileiro.

Por fim, este subscritor apresentou uma rediscussão da teoria das fontes jurídicas, objetivando o aperfeiçoamento da Teoria Complexa do Direito.

E, ainda, em um texto final escrito em coautoria com a Doutoranda e Orientanda Adriane Guasque, foi abordado o assunto da aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law* no cenário brasileiro.

Diante de tal quadro de produção científica, espera-se que esta obra continue com a tradição de contribuir para os mais polêmicos debates travados no seio da comunidade jurídica brasileira e, quiçá, auxiliar as pesquisas da instituição internacional parceira.

Blumenau, 29 de novembro de 2017.

Dr. Orlando Luiz Zanon Junior

DA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO À CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: DIÁLOGO COM OS POSTULADOS DEMOCRÁTICOS IDEALIZADOS POR LUIGI FERRAJOLI

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

Rudson Marcos²

INTRODUÇÃO

A presente investigação pretende apresentar a potencialidade da concepção substancial da democracia para o desenvolvimento e implementação dos direitos previstos constitucionalmente, em especial, aos direitos fundamentais, com especial destaque para o direito ao meio ambiente equilibrado.

O presente ensaio está dividido em três partes.

A primeira parte destina-se a apresentar o processo de formação do Estado Democrático de Direito, apresentando elementos constitutivos deste modelo de organização da Sociedade.

A segunda parte está destinada a analisar a feição liberal com que o Estado de Direito foi concebido, com vistas a delinear os elementos caracterizadores deste modelo estatal e descortinando os objetivos de sua formulação.

A terceira seção é reservada para a análise do viés Social do Estado de Direito. Pretende-se, aqui, encetar considerações voltadas para o desenvolvimento dos membros da Sociedade Civil, por meio de promoção de ações e políticas públicas voltadas à implementação dos direitos sociais básicos dos indivíduos.

E ao final, na quarta parte do trabalho, analisa-se a teoria garantista idealizada por Luigi

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor da UFSC. Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI-SC. E-mail: franciscojneto@uol.com.br

² Juiz de Direito, em Florianópolis/SC. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidad de Alicante (UA)/Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (2.009). Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. (2.014). Graduado em Direito pela UNIVALI (1.998). E-mail: rudsonjtsc@gmail.com

Ferrajoli, direcionada para a implementação de uma democracia de viés substancial, como modelo de desenvolvimento estatal apto à superação dos entraves decorrentes da globalização e do mercado transnacional, para a consolidação dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Quanto à metodologia empregada, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o método cartesiano e no presente relatório, aplica-se o método lógico-dedutivo. Salienta-se que ao longo da pesquisa foram utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica³.

1. A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O ser humano, já desde as suas formas primitivas de organização social, identificou na cooperação entre os membros o elemento fundamental para a superação dos obstáculos cotidianos e alcance de seu desenvolvimento.

A evolução da linguagem e a potencialização da racionalidade humana impulsionaram o ser humano para o topo da cadeia alimentar, a despeito de existirem, na natureza, outros animais dotadas de maior força física, velocidade, destreza e outras capacidades físicas que pudessem superar as do homem.

A socialização é uma das marcas que distingue o homem dos demais animais e o desenvolvimento da linguagem foi fundamental para as formações das mais rudimentares formas de organização social. Segundo Harari:

o *Homo sapiens* é antes de mais nada um animal social. A cooperação social é essencial para a sobrevivência e a reprodução. Não é suficiente que homens e mulheres conheçam o paradeiro de leões e bisões. É muito mais importante para eles saber quem em seu bando odeia quem, quem está dormindo com quem, quem é honesto e quem é trapaceiro⁴

Em função deste espírito cooperativo o homem sempre tentou viver em agrupamentos, daí porque, na filosofia clássica grega, o homem é concebido como um ser político, por natureza, que busca viver em sociedade, sendo que aqueles que não se adaptem a essa convivência é um “sem-

³A metodologia aplicada no presente trabalho tem como base a seguinte obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

⁴HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – Uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017. (Título original: *A Brief History of Humankind*), p. 31.

família”, um “sem-lei” e um “sem-lar”, na definição de Homero. Para Aristóteles, *“a diferença entre o homem e dos demais seres da natureza é que aquele sabe distinguir o bem do mal, o justo do que não o é, e assim todos os sentimentos dessa ordem cuja comunicação forma exatamente o Estado”*.⁵

Entretanto, foi somente por obra do pensamento iluminista, propugnado a partir do Século XVI, especialmente pela corrente denominada “contratualistas”, do Século XVIII, que o Estado passou a ser concebido teoricamente, em suas bases modernas.

Neste pensar, autores como Hobbes, Locke e Rousseau, passaram a formular uma concepção de Estado vinculado à ideia de coatividade, através da qual o Direito passou a ganhar relevância como instrumento do Estado, por meio de sua vinculação ao poder político.

Para estes pensadores, a força do Direito é política e caracteriza o Estado. Ela decorre da fundação do “pacto social”, fórmula que explica a passagem do estado de natureza para o estado de Sociedade Civil: no primeiro, os indivíduos possuem certos direitos naturais que não podem fazer valer, ou não podem possuir de maneira segura, senão chegando ao segundo momento em que instituem um poder político capaz de lhes assegurar esses direitos.

Na expressão de Manuel Atienza, necessitam de *“un poder capaz de imponerse a cada uno de los individuos: ese poder soberano, que surge y se fundamenta com el pacto social, es lo que hace que los derechos naturales pasen a ser derechos civiles”*.⁶

Como se observa, ponto fundamental da constituição do Estado reside precisamente na configuração do elemento “Poder”, categoria capaz de encetar o enlace entre o Estado e o Direito.

Para os juspositivistas, a coação era o elemento central do Direito e se sobrepunha à justiça apregoada pelos jusnaturalistas. Segundo aquela corrente filosófica, o Direito é a justificação do poder do Estado e do governante, afastando-se de outras ordens como, por exemplo, a tradição ou a religião, concepções comuns à Idade Média e que embasavam a justificação jusnaturalista.

Disto resulta que, para uma concepção de Estado calcada na esfera do Direito, o paradigma da legalidade mostrava-se imprescindível que fosse atentamente observado. Assim, predominou-se a ideia de que o governo de leis é melhor do que o governo dos homens.

⁵Aristóteles. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 14.

⁶ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.p. 116.

Neste contexto, com esteio em BÖKENFÖRDE⁷, é possível definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, tal como estavam formulados na tradição da teoria do Direito racional, e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular.

Estes delineamentos do Estado resultaram na proclamação de diversas Declarações de Direitos do século XVIII, com especial destaque para as declarações francesa e a americana – nas quais está posta claramente a ideia de que o governo é que serve o indivíduo, e não o contrário, princípio que exerceu grande influência sobre todas as Constituições que as sucederam.

2. O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

De saída, é importante apontar que há uma tendência em identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser justificado não só pelos fatos históricos que dão origem a um e a outro serem os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante.

Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado Social de Direito, a ser analisado mais detidamente adiante.

Para a compreensão quanto ao desenvolvimento do Estado Liberal de Direito é importante atentar para o momento histórico vivido a partir de sua concepção. Com efeito, o período antecedente ao movimento que se passou a denominar Liberalismo é justamente o apogeu do

⁷BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000. p. 19.

absolutismo que imperou em diversos governos existentes na Europa, anteriormente ao Século XVIII.

A existência de governos despóticos, autoritários e centralizadores, com profunda intervenção na liberdade individual, na vida e nos interesses dos cidadãos era a tônica deste regime. Consequência disso era a forte intervenção estatal nos domínios econômicos, limitando sobremaneira a iniciativa privada e interferindo demasiadamente na liberdade dos indivíduos, especialmente nas áreas afetas ao desenvolvimento econômico.

O movimento liberal passou a ganhar relevo com a ascensão da burguesia, a qual galgava, paulatinamente, por espaços nas esferas de Poder estatal, em razão do privilégio econômico, cada vez mais pujante, que esta classe desfrutava. De outro lado, acentuava-se, em larga escala, o declínio do Poder estatal, em diversas monarquias européias, neste mesmo lapso temporal, culminando, assim com um conflito cada vez mais inevitável, que acabou limitando o poder monárquico e, num momento sucessivo, em alguns casos, aniquilando as classes eclesiásticas e monárquicas que há muito usufruíam das benesses proporcionadas pelo Poder estatal até então estabelecido.

Com a afirmação da burguesia no Poder estatal, assegurar o direito de propriedade passou a ser um dos principais objetivos do Governo. Assim é que a disciplina do direito de propriedade, em suas mais variantes vertentes, por meio da consolidação de codificações legislativas aptas a assegurar a propriedade privada passou a ser uma das marcas do movimento liberal. Exemplo deste movimento foi a instituição do Código Civil napoleônico, na França, no qual a propriedade foi erigida à condição de direito inviolável e sagrado.

A feição negativa, quanto à atuação estatal na ordem econômica, constitui-se em a indelével da doutrina liberal, posto que erigida a ao paradigma de liberdade individual, sobre o qual se edificou os postulados do capitalismo. Assim, para esta corrente ideológica o Estado possui função abstencionista na ordem econômica, por se tratar de seara que não lhe é afeta e, de outro lado, deveria o Estado deter-se na organização da segurança e paz dos indivíduos, com especial destaque, para a proteção do direito de propriedade.

Este aspecto abstencionista do modelo estatal propugnado pelo liberalismo veio a conformar

a ideia de Estado Mínimo, denunciado por Streck e Morais⁸, para quem:

No interregno temporal dos anos 1800, liberal era uma estrutura institucional com funcionamento bastante garantido, sejam Parlamentos, sejam “novas” liberdades. É por isso que o liberalismo, por um tempo se associa à ideia de ‘poder monárquico limitado e num bom grau de liberdade civil e religiosa’, o que gerou uma compreensão protoliberal de estado mínimo, atuando apenas para garantir a paz e a segurança.

Ademais, pelo ideário liberal, a atuação do governo deveria ser regulado por um sistema de freios e contrapesos, com vistas a evitar o abuso do poder, tendo o paradigma da separação dos poderes, concebidos por Montesquieu, constituiu-se em um dos mais importantes marcos doutrinários do liberalismo.

Com efeito, o autor de *“O Espírito das Leis”*, notabilizou-se por promover uma sistematização do poder, estabelecendo como fator fundamental a separação dos poderes, como mecanismo necessário à limitação do poder do governante. Para ele, a divisão do poder não se deve basear em critério quantitativo, qual seja, o número de membros no órgão governante ou soberano, mas sim, deve-se definir o regime de tripartição do poder, em razão da sua estrutura e do seu funcionamento. A partir das idéias de Montesquieu, as relações entre súditos e soberanos ou povos e governos deixaram de ser pensadas no plano da idealidade jurídica e constitucional, para serem examinadas no de sua realização constante.⁹

A ideologia liberal encontrava-se assentada em três núcleos distintos e bastante delimitados de atuação, quais sejam: o moral, o político e o econômico.

O núcleo moral do liberalismo consistia na afirmação de valores imanentes ao ser humano, tais como a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de autorrealização, os quais integram os direitos inalienáveis do homem, em razão de sua própria natureza. Desenvolveu-se no interior do núcleo moral do liberalismo a concepção de três ordens de liberdade, a saber: a) as liberdades pessoais – relativas às proteções individuais contra arbitrariedades do Estado e, para tanto, os indivíduos estariam albergados dentro do critério de legalidade; b) as liberdades civis – estas inerentes às atividades livres e positivas que os indivíduos possam usufruir, com vistas a fomentar a participação humana nas atividades civis; e por fim, c) as liberdades sociais – que são relativas à liberdades de oportunidades de mobilidade social conferida aos indivíduos, outorgando ampla

⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 56.

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 197. Título original: *“L’Esprit Des Lois”*.

possibilidade de o indivíduo galgar posições destacadas na sociedade, a depender da potencialidade individual, guiadas pelo critério da meritocracia, na lógica liberal.

Já, o núcleo Político da doutrina liberal foi assentada sob quatro enfoques vinculados aos direitos políticos. Eram ligados à ideia de representatividade atos governamentais, por meio de eleições, sufrágios, opções políticas, dentre outras. A primeira categoria relacionada ao núcleo político refere-se ao *Consentimento individual*. Aqui se materializa a fonte da autoridade política de poder do Estado, por meio do estabelecimento do 'Contrato Social'. De outro lado, a *Representação* é perfectibilizada como elemento da liberdade política, por meio da qual, as decisões legislativas são delegadas aos representantes eleitos pelo povo. A capacidade de ser eleitor variou em torno da capacidade econômica (voto censitário), nível educacional, além de idade. Também se enquadra no núcleo político, a noção de *Constitucionalismo*, pelo qual se estabeleceram os limites e divisões do poder estatal e a consagração dos direitos individuais através de documento fundante do Estado, a Constituição escrita. Por fim, a última categoria do núcleo político seria a *Soberania Popular*, segundo a qual, a participação popular direta se apresenta como o limite, no ideário rousseuniano. Neste particular, existe uma constante tensão entre os riscos pela formação da vontade geral e a participação por meio de representantes eleitos pelo povo. Daí a importância na defesa de grupos minoritários da sociedade.

E por fim, mas não menos importante. Ao contrário, com grande esforço na construção do ideário liberal, surge o *Núcleo Econômico*. O modelo econômico do liberalismo assenta-se sobre os paradigmas da propriedade privada, da liberdade de mercado e do capitalismo livre de controle estatal.

Conforme apontam Streck e Moraes¹⁰:

O ponto de encontro de várias vontades individuais, onde são estabelecidas as relações contratuais, é o mercado, que se auto-organiza constantemente, sendo sensível tanto à procura por parte do consumidor quanto inteiramente aberto, permitindo a entrada de novos competidores e a saída dos que não tiveram sucesso. A competição é o termômetro regulador.

Sob o viés econômico, o Liberalismo propunha a abstenção do Estado nos assuntos relacionados à economia, os quais eram relegados, exclusivamente, para a iniciativa privada, para a qual lhe era concebida amplos direitos de explorar a atividade econômica com total liberdade, de

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 61.

acordo com os postulados do capitalismo, regidos principalmente pela chamada “mão invisível do mercado”, propugnada por Adam Smith¹¹, em conformidade com a doutrina do “*Laissez-Faire*”.

Assim, na esteira do pensamento de Conde, é possível identificar as principais características do Estado Liberal, as quais podem ser apontadas como: 1) império da lei, sendo esta a expressão da vontade geral; 2) divisão de poderes e submissão da administração pública ao princípio da legalidade, sempre tendo em vista a impossibilidade de concentração de poder nas mãos de um só e a possibilidade de submissão dos atos a controle jurisdicional; e 3) a declaração de direitos e liberdades fundamentais, no caso, direitos de oposição diante do poder do Estado.¹²

Neste contexto, conferidos os elementos e características do liberalismo já se mostra possível apresentar contornos para o conceito desta categoria, formulado por Bobbio, para quem:

“O liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal, se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”.¹³

Como se vê, as razões propiciadoras do florescimento do Estado Liberal de Direito decorreram muito mais dos impactos e benefícios econômicos advindos em proveito para a classe burguesa, do que a preocupação com a implantação de uma ordem democrática resultante deste modelo estatal.

Conforme assevera Bonavides, “*o liberalismo era uma idéia aristocrática que nada tinha que ver com a democracia*”. E arremata: “Antes, o político, (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.”¹⁴

Como se percebe, o enlace entre democracia e liberalismo foi meramente circunstancial, na medida em que a partilha histórica destas duas categorias decorreu apenas de interesses nas lutas travadas contra o inimigo comum, qual seja, a monarquia absolutista, até então existente.

¹¹ As formulações de Adam Smith constam especialmente da obra: SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II. Título original: “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”.

¹² CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I. p. 95.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo. Brasiliense, 1998. p. 7.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54 e 55.

Mas não foi só o *déficit* democrático que a ideologia liberal deixou marcas na história. Outra consequência ainda mais nefasta adveio desta opção política. Com efeito, negar a responsabilidade pela felicidade dos cidadãos para dedicar-se à garantia de sua liberdade deixou e ainda deixa sequelas seríssimas na classe de indivíduos sem acesso à propriedade e aos meios de produção, quais sejam: a parte mais pobre da classe trabalhadora.

Não por acaso que no final do Século XIX, após um momento de liberalismo levado ao extremo, chegou-se a um quadro social dos mais degradantes em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social.

Hobsbawm ao pronunciar-se sobre o esgotamento do modelo de Estado Liberal de Direito, pontua que:

Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar.¹⁵

Em função destes aspectos, houve acentuados questionamentos quanto à opção política do liberalismo. Em alternativa, passou-se a discutir a ideia de um modelo de Estado que tenha por finalidade a promoção social dos indivíduos, o qual se passou a denominar Estado Social de Direito, que passa a ser objeto de análise, em seção separada.

3. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Rousseau¹⁶ abriu a sua obra-prima pontificando: “O homem nasceu livre e por toda a parte ele está agrilhado. Aquele que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles. Como se deu essa mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio poder resolver esta questão.”

Conforme bem observou Bonavides¹⁷:

O Manifesto Comunista, ponto de partida da ideologia de Marx, poderia ter começado com as mesmas palavras do *Contrato Social*. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica

¹⁵ HOBBSBAWM, Eric J. **Era das revoluções**: Europa 1789-1948. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000, p. 20.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9. Título original: “Du Contrat Social – Principes du droit politique”.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 172 e 173.

foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem escravizado”, concluindo mais adiante: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica.”

De fato, a razão fundamental pela qual o liberalismo ocupou-se foi a ausência de liberdade do indivíduo, em face de opções políticas decorrentes do absolutismo, até então vigentes. Após a implementação da ideologia liberal, passado longo período, o aprisionamento do indivíduo continuou sendo a tônica, só que agora, não mais por razões políticas, mas sim por consequências da exclusão econômica de grande parcela da Sociedade.

Com o objetivo de suplantar as dificuldades apresentadas pelo Estado Liberal de Direito, surge, então, como alternativa, modelo do Estado Social de Direito, formulação que intenta adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Além disso, tinha como objetivo demonstrar a incapacidade do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características como, por exemplo, a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo.

Ao longo da metade do século XIX, presencia-se substancial alteração de rumos e da própria substância no bojo do Estado Liberal, o qual, atendendo às pressões de destacada camada da Sociedade, o Estado passa a tomar para si atribuições de natureza positiva, consistente em oferecimento de prestações públicas em benefício dos indivíduos integrantes da Sociedade, concedendo-lhes benefícios sociais, bem como intervindo na ordem econômica, com vistas, num primeiro momento, a eliminar taxas de mercadorias, viabilizar a infraestrutura para o desenvolvimento da economia e, com isso, facilitar a inserção de empresas estratégicas no mercado internacional, melhorando a renda dos cidadãos.

Assim é que a ampla liberdade individual e a economia de mercado sem regulação estatal - paradigmas da doutrina econômica liberal -, passaram a sofrer forte impacto, com a participação ativa do Estado na cena econômica, por meio dos arranjos políticos e utilização de recursos voltados para o fortalecimento da economia nacional, bem como para a consecução da *justiça social*.

Ao analisar as transformações em razão da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, Bonavides preconiza que:

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. [...] O Estado social seria, por conseguinte, meio caminho andado, importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado. Desses direitos, os mais cobiçados seriam, no interesse da classe operária e do ponto de vista democrático, os direitos políticos, visto que permitiram alcançar o poder e utilizar o Estado em seu proveito, operando tranquilamente a almejada transformação social, que a burguesia tanto teme.¹⁸

O amortecimento da luta de classes havidas entre os operários e a burguesia fez o Estado Social assumir para si, a consecução de prestações sociais positivas e a intervenção na ordem econômica, movimento político que caracterizou o *Welfare State*. Trata-se de denominação estadunidense da política intervencionista na economia, que marcou, especialmente, o plano de desenvolvimento da economia daquele país, conhecido por *New Deal*, concebido pelo presidente Franklin Roosevelt, pelo qual, com a implementação de programas de obras públicas, regulamentação do crédito, controle sobre a produção agrícola, regulação das horas de trabalho, fixação de salário mínimo, negociação coletiva e criação de sistema abrangente de seguros sociais, propiciou que os Estados Unidos pudessem superar a grande recessão instaurada naquele país, desencadeada com a crise na bolsa de Nova Iorque, a partir de 1929.

Como bem observado por Streck e Moraes¹⁹:

A intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante; antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características - a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção -, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção. Decorre daí a necessidade de impor uma função social a estes institutos e a transformação de tantos outros. Da propriedade com direito de pleno uso, gozo e disposição, passamos a uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva, e não mais seu limite formal". [E concluem] "Da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital.

Com efeito, a razão de ser do Estado identifica-se sobremaneira com a finalidade social por ele assumida, porquanto, na lógica de totalidade social, expressão cunhada por HELLER²⁰, não se mostra razoável operar a distinção liberal entre Estado e Sociedade Civil, na medida em que se

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. págs. 184 e 185.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 75.

²⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 245. Título original: *Staatslehre*.

confere aos entes integrantes da Sociedade Civil, não somente a detenção de direitos subjetivos de liberdades individuais contra o Estado, mas sim, conferindo-lhe a plenitude dos direitos fundamentais como expressão da soberania popular. Estas características formam os elementos configuradores da cidadania e mostram-se fundamentais para encetar a fusão dos objetivos do Estado com os da Sociedade Civil.

De fato, ao Estado Contemporâneo é atribuída uma função social, a qual pode ser caracterizada, com Pasold²¹, como

[...] ações que - por dever para com a sociedade - o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo ao seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano". [E complementa] "Tal função compactua, em abstrato, com uma condição instrumental do Estado, compromisso com o bem comum e com a dignidade do ser humano, consolidando-se, concretamente, conforme as condições (ex)postas em cada Sociedade e Estado e, tendo como conteúdo finalístico, a idéia de justiça social e, por conseguinte, de socialização das relações interpessoais.

Portanto, a prestação de serviços sociais, especialmente nas áreas da previdência social, saneamento básico, saúde e educação, dentre outras, caracterizam o Estado providência, o que aliado à intervenção nos processos produtivos, notadamente nas relações de trabalho, delineiam os traços característicos do Estado do Bem-Estar, por meio de seu papel interventivo e promocional.

De outro vértice, percebe-se que mesmo os Estados que adotaram o viés Social, em seu modelo organizacional, contudo, em momento algum alteraram o modo de produção capitalista implantado. Ao contrário, a lógica de mercado foi reforçada por meio do processo de globalização, na qual, as empresas transnacionais impõe um sistema de produção que os Estados não conseguem limitar. O efeito deste movimento, especialmente nas searas social e ambiental, são devastadores, porquanto, ausente de limites estatais, empresas buscam maximizar os seus lucros a custas do esgotamento dos recursos naturais, bem como, ampliando a pobreza e a desigualdade social.

Por conta deste cenário, contemporaneamente, passou-se a desenvolver teorias adequadas ao tratamento dos efeitos globais e transnacionais do capitalismo, bem como à superação do *déficit* democrático engendrado nos atuais modelos de Estado de Direito, seja ele de viés liberal, ou mesmo, de cunho social.

Uma importante teoria desenvolvida, neste sentido, é a teoria garantista, idealizada por Luigi

²¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 60. ebook<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

Ferrajoli, a qual passa ser objeto de análise em campo próprio.

4. A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL IDEALIZADA POR LUIGI FERRAJOLI

A adesão do Estado de Direito ao juspositivismo, mais especificamente ao paleojuspositivismo, permitiu que se assegurasse o governo de leis, em alternativa ao governo dos homens. Porém esta passagem não foi possível sem deixar seqüelas.

O maior preço pago em razão da criação do Estado de Direito ancorado na filosofia juspositivista foi justamente a redução do objeto da Ciência Jurídica à lei. Tratou-se de opção meramente formal, pela qual, a validade da lei é examinada tão-somente pelo ângulo de seu modo de produção, vale dizer, se o procedimento de criação da norma foi aquele legalmente previsto, independentemente do conteúdo tratado na regra legal estabelecida.

Do ponto de vista jurídico, a formulação da Teoria do Direito ancorada nos postulados do juspositivismo paleológico, exatamente por se divorciar do conteúdo da lei, assentando-se em um fórmula vazia de conteúdo, contribuiu para o surgimento e desenvolvimento de regimes totalitários, justificando, assim, que alguns Estados formulassem políticas legislativas destituídas de valores morais, especialmente aquelas utilizadas nos regimes nazista e fascista, na primeira metade do Século XX, pelas quais se permitiram perseguições a determinadas raças, desrespeitos à dignidade humana, desprezo pela vida e integridade das pessoas, enfim, várias atrocidades e ataques aos direitos fundamentais bastante conhecidas e que mancharam definitivamente a história da humanidade.

Já, sob o viés político, a concepção do Estado de Direito, seja ele de viés liberal ou social, ancorado no paradigma do juspositivismo paleológico permitiu o enfraquecimento da Democracia, na medida em que o modelo capitalista não só foi afirmado, mas estruturado continuamente, de maneira a ensejar a sua ascensão a mercados globais e transnacionais. Consequentemente, este processo de globalização acentuou cada vez mais a marginalização de indivíduos, o aumento da pobreza, a concentração de riquezas, a degradação ambiental, tudo isso em nome da busca pela maximização dos lucros nas empresas privadas e a imposição de uma cultura consumista exacerbada, que serve aos fins do capitalismo desregrado.

Na atualidade, o Estado encontra-se diante uma grave crise regulatória em relação às grandes corporações transnacionais privadas, as quais dão mostras cotidianas de sua insubmissão

aos regramentos governamentais, a agravar, cada vez mais, as disparidades sociais no planeta.

Uma das causas humanitárias mais dramáticas da ordem do dia diz respeito às questões sociais, especialmente aquelas relacionadas à fome, à sede, às doenças básicas não tratadas e o analfabetismo.

Em escala planetária, nos tempos que correm, aproximadamente 870 milhões de pessoas passam fome. De sede, em razão da falta de acesso à água potável, são mais de 771 milhões de pessoas. Além disso, mais de 2 bilhões de pessoas não têm acesso a medicamentos essenciais. As conseqüências destes dramas são terríveis: Anualmente, mais de 8 milhões de pessoas - em grande parte crianças, falecem pela falta de água e de alimentação de base. Também mais de 10 milhões morrem a cada ano pela ausência de acesso a medicamentos essenciais.²²

Em face dos desequilíbrios econômicos, promovidos pelas grandes empresas transnacionais, na busca insaciável por lucros em esfera global, a custas dos escassos recursos ambientais, o tamanho da emergência por sustentabilidade ambiental apresenta impactos igualmente dramáticos.

Conforme aponta Ferrajoli²³:

A nossa geração provocou danos crescentes e irreversíveis ao nosso meio ambiente natural. Massacramos espécies inteiras de animais, envenenamos os mares, poluímos o ar e a água, desmatamos florestas e desertificamos milhões de hectares de terra. O atual desenvolvimento desregulado do capitalismo, insustentável sob o plano ecológico muito mais do que sob o econômico, está se alastrando como uma metástase no nosso planeta, colocando em risco, em tempos não muito longos, a própria existência humana. Nos últimos cinquenta anos, enquanto a população mundial mais que triplicou, o processo de alteração e de destruição da natureza – as cimentificações, o descongelamento das calotas polares na Groenlândia e na Antártida, o aquecimento global, as poluições do ar e dos mares, a redução da biodiversidade, as explosões nucleares – se desenvolveu de maneira exponencial. Contemporaneamente, estão se extinguindo os recursos energéticos não renováveis – o petróleo, o carvão, os gases naturais – acumulados em milhões de anos e dissipados em poucas décadas. O desenvolvimento insustentável está, em suma, dilapidando os bens comuns naturais como se fôssemos as últimas gerações que vivem sobre a Terra. É novamente um *slogan* – “este é o único planeta que temos” – que denuncia, em termos dramáticos, esta corrida insensata em direção à catástrofe.

Para fazer frente a todas estas ordens de desequilíbrios políticos e jurídicos, as quais

²²As fontes sobre os dados relacionados à fome, sede, analfabetismo e ausência de remédios essenciais no mundo constam, respectivamente, de: FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, Roma, 2012, p. 8; Unesco, *Education for All Global Monitoring Report 2006*. Literacy for Life, Parigi, 2005, p. 19-20; WHO, *The World Medicines Situation*, Genève, 2004, p. 61.

²³FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. págs. 180 e 181.

propiciam um baixo grau de democracia, como alternativa, Ferrajoli desenvolve um modelo teórico de constitucionalismo por ele denominado de *Garantismo*, segundo o qual é compreendido como:

um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. [...] Ele significa, em resumo, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais.²⁴

Como se vê, o ponto de partida do Garantismo é justamente a concepção de um novo paradigma, tanto para o direito, quanto para a democracia, que contemple a validade das leis, não somente pelo ângulo formal – que respeita o processo de criação da regra –, mas também e principalmente que contemple o requisito de caráter substancial da norma, aqui compreendido como o respeito às garantias aos valores constitucionalmente estabelecidos, em especial aqueles consagrados como direitos fundamentais.

A feição política da teoria garantista está ligada à construção de um novo paradigma político vinculado ao reconhecimento de dois significados para a expressão “Estado de Direito”: (1) em sentido fraco ou formal, em que ele será apenas um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos ou, (2) em sentido forte ou substancial, em que será compreendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo.²⁵

Com efeito, a teoria garantista não despreza o viés formal da regra jurídica. Esta tem sua importância como norma fundamental (na teoria kelseniana) ou como norma de reconhecimento (na teoria hartiana) e o procedimento de criação da norma jurídica mostra-se relevante para fins de existência da regra legal instituída.

Contudo, o estágio atual do constitucionalismo exige mais do que o critério meramente formal da norma jurídica, exige também que a norma tenha validade e legitimidade, aspectos que compõem o viés substancial da norma. Para tanto, a norma deve ser vista a partir de seu conteúdo, com vistas a possibilitar a análise quanto à sua validade.

A conexão entre direito e democracia é essencial na visão de Ferrajoli e sobre este tema, assim se pronuncia:

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. págs. 30 e 31.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 856.

El nexo aquí establecido entre democracia y derecho se precisa así como nexo entre (dimensiones de la) democracia y (tipos de) derechos fundamentales. Es inconcebible una democracia sin derechos fundamentales. Al menos serán necesarios los derechos secundarios políticos, sin los cuales, se ha dicho, no cabe hablar de «democracia» en ningún sentido. Por otra parte, una democracia sin derechos primarios, en la que los derechos secundarios de la mayoría y/o del mercado fueran ilimitados y por ello omnipotentes, sería una democracia virtualmente totalitaria, en constante peligro de disolución. La correlación entre democracia y derechos permite en cambio hablar de «grado» de desarrollo y de efectividad de toda democracia en relación con la cantidad y la calidad de los derechos fundamentales en ella incorporados y, sobre todo, con la efectividad de sus garantías, tanto primarias como secundarias.²⁶

Assim é que a garantia e proteção dos direitos fundamentais assumem papel central no desenvolvimento da teoria garantista, na medida em que estes direitos reconhecidos não só no plano das Constituições, mas também nos catálogos e declarações internacionais, assumem rigidez legislativa, enquadrando-se, assim, na esfera do “não-decidível”. Trata-se de núcleo rígido no qual os direitos fundamentais ficam resguardados. Isto se estabelece desta forma, em razão da formulação do “pacto social” de convivência entre Estado e Sociedade.

Ferrajoli propõe uma divisão que – a par das alterações na Teoria do Estado – é encontrada também na Teoria do Direito, já que tal importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade.²⁷

O modelo garantista de direitos amplia a concepção de Estado de Direito – fundamentado apenas no princípio da legalidade - para o paradigma de Estado Constitucional de Direito – fundamentado no conjunto de princípios e regras provenientes da constituição e declarações de direitos internacionais.

Disto decorrem vinculações inexoráveis de duas ordens. A primeira, é relacionada a todos os poderes que integram o Estado, vale dizer: o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A segunda, amplia a vinculação para além dos poderes públicos, abarcando, também, os poderes privados (empresas e corporações não-públicas).

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia**. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid. Trotta, 2011.p. 25. Título original: Principia iuris. “Teoría del diritto e del la democrazia”.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p. 14.

A consequência imediata desta formulação é a ampliação na proteção dos indivíduos, não só com relação aos direitos individuais (caráter negativa), mas também quanto à promoção dos direitos sociais (caráter prestacional ou positivo) de todos os poderes, sejam eles públicos ou privados, em suas relações com os cidadãos.

Além disso, a formulação de um Estado Constitucional de Direito, como objeto da proposta de solidificação de uma democracia substancial, na teoria concebida por Ferrajoli, engendra uma tripla mudança de paradigma, que se reflete na estrutura do Direito, da Ciência Jurídica e, por fim, na Jurisdição.

O primeiro paradigma rompido foi o Direito pré-moderno, abandonado que foi para que se desse a passagem para o segundo: o Estado Legislativo de Direito, momento marcado pela afirmação (1) do monopólio estatal da produção jurídica e (2) do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido e existente. Assim, com a instituição do Estado Constitucional de Direito, os indivíduos deixam de se submeter somente à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação, ficando claro que *“iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas.”*²⁸

O segundo paradigma reflete a mudança na jurisdição, já que na concepção do Estado Constitucional de Direito, a função jurisdicional passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação forem, por isso mesmo, *“um juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidade.”*²⁹

O terceiro paradigma diz respeito à afirmação do constitucionalismo rígido, no âmbito do Estado Constitucional de Direito. Se o primeiro momento foi determinado pelo nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido e vigente, o segundo surge de uma mudança menos radical, que é a subordinação da legalidade a Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis como normas de reconhecimento de sua validade.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p.17.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p.18.

Dentro deste contexto, insere-se a crítica encetada por Ferrajoli ao ativismo judicial. Para o autor italiano, o paradigma garantista do constitucionalismo, que espelha a rigidez do sistema constitucional, *“exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva.”*³⁰. Para Ferrajoli³¹:

Os Juízes não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas ilegítima da política.

Portanto, a teoria garantista proposta por Ferrajoli propõe-se à superação dos obstáculos existentes na Teoria do Direito e da Democracia então vigentes, com vistas, principalmente, a proporcionar as condições de existência, validade e legitimidade das normas, não só do ponto de vista do procedimento voltado para a sua produção, mas também pela coerência dos seus conteúdos com as regras e princípios constitucionalmente estabelecidos.

Na esfera da democracia substancial garantista, justamente em razão de esta decorrer diretamente do constitucionalismo rígido, pelo qual há manifesta subordinação da lei aos princípios constitucionais, a democracia se apresenta em sua dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A racionalidade e a linguagem, características peculiaridades ao ser humano, conferiram-lhe potencialidade de agrupamento e convívio social que o impulsionaram para o topo da cadeia alimentar há milhares de anos de sua existência no planeta.

A sociabilidade e o compartilhamento de funções pelo homem constituíram-se em fatores

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 53.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. P. 53.

fundamentais para a constituição das formas mais primitivas e rudimentais de constituição do Estado.

Ao longo da história, várias Teorias do Estado e do Direito foram desenvolvidas para justificar as mais adequadas formas de organização da sociedade humana. O esforço de teóricos para a sedimentação do progresso da humanidade foi notável. Também é inegável certa melhoria nas condições de vida dos indivíduos, genericamente considerados.

Entretanto, na quadra atual da história humana, surgem novos desafios que necessitam sejam suplantados. A degradação ambiental sem precedentes, a marginalização das pessoas, o aumento da pobreza, a diminuição da solidariedade social são alguns dos exemplos mais dramáticos nos impostos à superação, diariamente.

A teoria garantista direcionada para uma concepção substancial da democracia, idealizada por Luigi Ferrajoli, pode ser um bom começo para despertar na ciência jurídica e na teoria política as bases necessárias para a mudança paradigmáticas.

O aprofundamento das investigações, análises e estudos na busca por alternativas para a melhoria das condições globais da vida humana no planeta constitui-se em elemento essencial para a concretização das promessas formuladas no plano das constituições e documentos internacionais declaratórios de direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Aristóteles. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo. Brasiliense, 1998.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I.

FAO, **The State of Food Insecurity in the World**, Roma, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de IBÁÑES, Andrés Perfecto y GREPPI, Andrea. 2. ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de dos derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 1. Teoría del derecho**. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid. Trotta, 2011. Título original: "Principia iuris. Teoria del diritto e del la democrazia".

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia**. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid. Trotta, 2011. Título original: "Principia iuris. Teoria del diritto e del la democrazia".

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – Uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017. Título original: "A Brief History of Humankind".

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 245. Título original: *Staatslehre*.

HOBBSAWM, Eric J. **Era das revoluções: Europa 1789-1948**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: "L'Espirit Des Lois".

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: “*Du Contrat Social – Principes du droit politique*”.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II. Título original: “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Unesco, *Education for All Global Monitoring Report 2006*. Literacy for Life, Parigi, 2005.

WHO, *The World Medicines Situation*, Genève, 2004.

A NECESSIDADE DAS IMPLICAÇÕES ÉTICAS E ESTÉTICAS NA PRODUÇÃO CONSTITUCIONAL PARA UMA REGULAMENTAÇÃO MAIS FUNCIONAL DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Josemar Soares¹

INTRODUÇÃO

A primeira impressão é aquela de que a Ética e a Estética seriam domínio totalmente diversos e separados, de tal modo que uma pessoa que realiza atos éticos pode ser totalmente desapegada à ideia de Beleza e uma pessoa com sensibilidade estética poderia praticar atos não-éticos. Entretanto esta não passa de uma percepção superficial sobre o tema, que vê a Ética apenas como ação moral no sentido convencional, daquilo que é aceito e estimulado em determinada sociedade, e a Estética como apreciação artística, no sentido de entender ou produzir obras de arte. A Ética engloba toda a vida prática, todas as ações humanas, tanto aquelas direcionadas ao Outro, ao Mundo como a nós mesmos, e a Estética transcende consideravelmente o universo artístico, alcançando também a vida como um todo, pois a Estética pode ser observada desde a organização da casa, o cuidado com o corpo até as mais evidentes atividades estéticas, como compor uma música, pintar um quadro, etc.

O objetivo do presente artigo é apresentar a possibilidade de conexão entre os domínios da Ética e da Estética que, por consequência, permite vínculos com o Direito, mais especificamente na produção de normas constitucionais. A ideia é que a relação entre Ética e Estética pode auxiliar na produção de normas jurídicas de modo que sejam mais efetivas na sua função social de regulação das relações intersubjetivas.

Primeiro se apresentam algumas ideias de relação entre ética e estética, seguindo por breve panorama de grandes pensadores do Ocidente, que sempre vislumbraram a indissociabilidade entre os dois domínios. O artigo encerra-se com a importância da Estética para a produção de normas

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2009), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003), Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria (1999), especialista em Psicologia Social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). É professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. jsoares@univali.br.

constitucionais.

1. POSSIBILIDADES DE RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E ESTÉTICA

Ética deriva do grego *ethos*, que significa hábito, costume. Em geral entende-se ética como a ciência da conduta humana, a busca por tentar identificar tanto as causas que condicionam o agir do homem como a finalidade da ação².

Henrique de Lima Vaz afirma que o termo *ethos* deriva de duas acepções originais, escreve-se *ethos* com eta inicial, ou *ethos* com épsilon inicial.

Ethos com épsilon inicial significa o “[...] processo genético do hábito ou da disposição habitual para agir de certa maneira.”³. *Ethos* é aqui o resultado de um processo de repetição dos mesmos atos, formando um hábito. O *ethos*-hábito é aquilo que ocorre frequentemente, mas não sempre e nem em virtude de uma necessidade natural⁴.

Em sua outra acepção, *ethos* com eta inicial designa o abrigo do animal em geral e a morada do homem. O homem habita sobre a terra acolhendo-se ao recesso seguro do *ethos*. É a partir do *ethos* que o espaço do mundo se torna habitável para o homem. O espaço do *ethos* não é dado ao homem, mas por ele construído e incessantemente reconstruído⁵. É nessa acepção que o *ethos* é entendido como costume.

Antes de habitar o *oikos* (casa) da natureza o homem deve habitar seu *oikos* espiritual, no mundo da cultura, que é constitutivamente ético. A simples preservação do ecossistema natural perderia sua significação humana se não operasse a partir de uma concepção ética da vida e não fosse entendida como um pressuposto necessário, mas não suficiente para a satisfação das necessidades físicas e espirituais do homem⁶.

É no espaço do *ethos* que o *logos* (razão) torna-se compreensão e expressão do ser do homem como exigência radical do dever-ser ou do bem. Heráclito entendeu o *ethos* como o gênio

² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1992. p. 380-381.

³ VAZ, Henrique de Lima. **Escritos de Filosofia II: ética e cultura**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 14.

⁴ RIBEIRO, Elton Vitoriano. **A Questão da Intersubjetividade no Pensamento Ético-Filosófico de H. C. Lima Vaz**. 165 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 29.

⁵ VAZ, Henrique de Lima. **Escritos de Filosofia II: ética e cultura**. p. 12-13.

⁶ VAZ, Henrique de Lima. **Escritos de Filosofia IV: introdução à Ética Filosófica** 1. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 40.

protetor do homem⁷.

Ao se falar em estética no direito, a primeira questão que surge é se de fato existe a possibilidade de haver uma aproximação da Estética e do Direito ou se na verdade não há a possibilidade de aproximar esses dois campos tão diferentes.

Primeiramente poderia se pensar na impossibilidade sendo essas duas áreas aparentemente tão distantes. A Estética é o estudo das formas artísticas, derivadas de uma imaginação solitária. O Direito é o responsável por regular a convivência entre as pessoas, sendo suas normas criadas para resolver questões concretas de uma comunidade. Enquanto a Estética consiste na subjetividade total, na liberdade absoluta, o Direito representa a objetividade do dever, a limitação da liberdade individual em respeito à liberdade alheia⁸.

Estética vêm do grego *aesthesis* que significa emoção, sentimento, remete ao mundo sensível. Estética como adjetivo qualifica uma emoção originada da apreciação de um objeto e suas características que provocam uma espécie de prazer. Estética enquanto substantivo é um saber que se ocupa do julgamento do que é belo e feio⁹.

O Direito, por sua vez, vem do grego *ordos* que significa reto, verdadeiro, situa-se no domínio da razão, que por sua vez vem do grego *logos* associado normalmente ao cálculo, relação, raciocínio, ou seja, o Direito é racional. Seguindo a etimologia, a distância da Estética e do Direito é a mesma da que separa o mundo sensível do mundo inteligível¹⁰.

Se de fato existir a possibilidade de aproximação entre essas duas áreas, não poderia ser de forma a dar mais importância a um ou a outro, e sim de forma a manter a autonomia de ambos. Se fosse privilegiado o ponto de vista estético do Direito, haveria um esvaziamento de seu conteúdo, desvinculando o mesmo do mundo das relações humanas, reduzindo o Direito a um conjunto de elementos formais, esvaziados de objetividade e atingindo assim o fenômeno jurídico apenas de maneira superficial¹¹.

Por outro lado, se o caráter jurídico fosse acentuado, a Estética se tornaria apenas um fenômeno secundário, sendo sua importância para o Direito apenas em relação a identificação de

⁷ VAZ, Henrique de Lima. **Escritos de Filosofia II: ética e cultura**. p. 13.

⁸ SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 631-640, jul./dez. 2010.

⁹ SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica.

¹⁰ SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica.

¹¹ SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica.

uma obra de arte para questões de comercialização e direitos autorais¹².

A Estética e o Direito possuem quatro pontos em comum: a forma, a técnica, o conteúdo e a razão. A obra de arte é constituída de forma e conteúdo articuladas pela razão por meio de uma técnica. Historicamente, essa constituição ocorre em dois momentos de forma oposta. No momento clássico há o ideal de harmonia, transparência e simetria que torna possível a conjunção de arte e direito. No momento moderno as categorias estéticas rompem com as categorias jurídicas, ocorrendo a inserção na lógica complexa da arte¹³.

Isso demonstra que a racionalidade estética é mais rica que a racionalidade jurídica, superando-a em termos de conteúdo de verdade. Conforme Luis Satie: “[...] o conteúdo de verdade da arte moderna nega concretamente o conteúdo de verdade do direito.”¹⁴. Sendo assim, é grande a importância da aproximação entre essas duas racionalidades.

Adriana Clementino, por sua vez, afirma que a subjetivação estética cumpre o papel de conjugação da experiência do indivíduo com o Direito, pois ela se articula com a *práxis* do Direito em um determinado contexto social, cumprindo um papel de transgressão de valores e ideais clássicos para que o indivíduo se aproprie de si mesmo¹⁵.

Sendo a Estética uma área totalmente conectada a arte, a possibilidade de aproximação entre a Estética e o Direito leva a uma segunda discussão, em que se indaga se existe a possibilidade de aproximação do Direito com a Arte.

Bagnall é categórico: “A Lei é um tipo de trabalho artístico”¹⁶. Para o autor o Direito é uma hipótese artística, pois ambos o Direito e a Arte são abstrações construídas sobre outras abstrações e, sendo assim, o processo de conhecimento de ambos são correlatos¹⁷.

Germano Schwartz e Elaine Macedo demonstram o valor da Arte no mundo jurídico

¹² SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica.

¹³ SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica.

¹⁴ SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica.

¹⁵ CLEMENTINO, Adriana Fernandes. A subjetivação estética no direito e seus efeitos hermenêuticos no ato de julgar. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2981.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2012. p. 2.978.

¹⁶ BAGNALL, Gary. Law as Art : An Introduction. In: MORRISON, John; BELL, Christine (Ed.). **Tall Stories?** Reading Law and Literature. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 269.

¹⁷ SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. Pode o Direito ser Arte? Respostas a partir do Direito & Literatura. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2012. p. 1.015.

apresentando três características em comum:

a) a valorização, interpretação e percepção da arte e das normas jurídica variam de pessoa para pessoa;

b) a afeição, o cuidado e o desejo que as pessoas demonstram pelas obras artísticas também pode ser vista na relação dos cidadãos com o Direito, como por exemplo a relação das pessoas com os valores constitucionais;

c) assim como a arte só tem valor a partir do sentido dado por alguém a ela, o que determina na prática se um princípio é mais forte que outro é o sentido que as pessoas dão a eles¹⁸.

Um tipo de arte que cada vez ganha mais espaço no mundo jurídico é a literatura, pois ela dá vazão a um sentimento que vem permeando uma série de juristas em função de um crescente desapego e desapontamento com as clássicas formas de se analisar a Ciência Jurídica, que se dá em grande parte pelo abandono da humanidade no Direito. Conforme François Ost:

Se a literatura é hábil em manejar a derrisão e o paradoxo em seu empreendimento crítico, ela também emprega, ocasionalmente, a análise científica. Com efeito, há tesouros de saberes nas narrativas de ficção – uma mina com a qual as ciências sociais contemporâneas fariam bem em se preocupar¹⁹.

Existe um quadro de inaptidão e desapontamento, tanto da Ciência Jurídica como das pessoas, em relação ao simbolismo que o Direito representa na sociedade moderna. O movimento da pesquisa em Direito e Literatura aparece como uma forma de abordagem diferente do Direito, calçada na superação do modelo positivista, procurando novas formas de observação transdisciplinar que possibilite a constatação e a superação desse distanciamento temporal da sociedade.

A pesquisa em Direito e Literatura normalmente aparece dividida em três segmentos:

a) Direito na Literatura - estuda as formas em que o Direito é representado na Literatura;

b) Direito como Literatura – o Direito e seu conjunto de atos e procedimentos são percebidos como peças capazes de serem observadas como atos literários, assim nesse segmento o estudo do Direito é feito por meio da lógica do sistema de arte; e

c) Direito da Literatura - são as normas jurídicas que protegem a atividade literária,

¹⁸ SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. Pode o Direito ser Arte? Respostas a partir do Direito & Literatura. p. 1.016-1.1017.

¹⁹ OST, François. **Contar a lei**: As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 14.

compreendendo as relações jurídicas do exercício literário e as normas que regulam a criação e a difusão da obra criada²⁰.

Ronald Dworkin²¹ afirma que a compreensão do Direito pode ser melhorada comparando-se a interpretação jurídica com a interpretação de outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.

A prática jurídica é um exercício de interpretação, não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. As proposições jurídicas não são meras descrições da história do Direito, nem são simplesmente valorativas, são interpretativas da história jurídica combinando elementos descritivos e valorativos, mas sendo diferente de ambos.

A ideia da interpretação no Direito não pode servir como descrição geral da natureza ou da veracidade das proposições de Direito, a menos que fique dissociado da intenção do autor, que baseia o valor de sua interpretação numa visão estrita e restrita de suas intenções. Do contrário, torna-se simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições de Direito seguem as decisões tomadas pelas instituições e juristas do passado.

Tendo sido entendido que a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito de proposições de Direito, deve-se ter uma noção maior do que é a interpretação, não como uma simples atividade *sui generis*, mas como uma atividade geral, como um modo de conhecimento.

A interpretação na literatura tenta mostrar a obra como a melhor obra de arte que ela pode ser, sem a modificar em nada, mesmo assim, o crítico cria enquanto interpreta, pois embora esteja limitado pela história da obra, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor, e para isso deve atentar para as características formais de identidade, coerência e integridade, e também para as considerações mais substantivas de valor artístico.

No âmbito jurídico, a interpretação também deve, de modo semelhante, ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor, que no caso do Direito, se mostra em termos políticos, tendo em vista a história que existe, sem jamais inventar uma história nova.

²⁰ SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. Pode o Direito ser Arte? Respostas a partir do Direito & Literatura. p. 1.020-1.1027.

²¹ Sobre esse argumento do autor consultar as obras: DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; _____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

No atual discurso jurídico, em que se dá abertura a inúmeras formas de interpretação, a Estética assume a função de reestruturação do ato de julgar que possa perceber e superar suas próprias limitações em prol das garantias individuais e coletivas dos sujeitos de direito²².

2. ÉTICA E ESTÉTICA NA HISTÓRIA DA FILOSOFIA

O esforço da pedagogia para um critério ético que possibilite o aprimoramento tanto da vida individual como social já possuía ampla dimensão na Grécia antiga, dentro do espírito da Paidéia. Para o célebre pensador alemão Werner Jaeger²³, a Paideia seria o processo histórico e espiritual grego que conduziu à formação de um tipo elevado de homem. Este homem vivia o *ethos* virtuoso e excelente (*arete*) consolidado com o cultivo de uma inteligência aprimorada filosoficamente porém praticada de modo exato na existência em geral.

Essa concepção reflete as ideias de Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco*²⁴, em que situa a ética como a ciência que estuda o agir humano tendo em vista a felicidade, por ser este o sumo bem da vida humana. Da mesma forma, a ética fundamenta a obra *Política*²⁵ na sua procura pelo bem comum.

Aristóteles observa que uma vida feliz se caracteriza conforme a excelência. A procura da conduta Ética não pode estar voltada a valores puramente materiais, a reflexão Ética preocupa-se com a convivência humana. A Ética como obra política do homem, pautada pela busca do exercício moral e intelectual, estabelece condições mínimas para que hajam critérios a serem estabelecidos na relação entre cidadão e Estado²⁶.

A partir da teoria de Aristóteles, desenvolve-se a concepção de Ética que a coloca mais diretamente ligada ao Direito, em que consiste em um caráter normativo, a Ética seria a “[...] conduta esperada pela aplicação de regras morais no comportamento social, o que se pode resumir como qualificação do ser em situação.”²⁷.

²² CLEMENTINO, Adriana Fernandes. A subjetivação estética no direito e seus efeitos hermenêuticos no ato de julgar.

²³ JAEGER, Werner. **Paidéia**: A Formação do Homem Grego. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4.ed. Brasília: EdUnb, 2001.

²⁵ ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

²⁶ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A ética como estética da convivência nas relações humanas judiciais: uma visão prática. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, edição especial – homenagem póstuma ao Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo, 2011. p. 10.

²⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 1, 2006.

Nessa concepção a Ética seria a moral em realização, pelo reconhecimento do outro como ser de direito e principalmente de sua dignidade. Ética é aqui uma forma de tornar a convivência uma coisa bela e correta, relacionando-se com a ideia de Estética²⁸.

Na filosofia, Estética tem significado o estudo da percepção do sensível, daquilo que permite a formulação de juízo sobre o belo. É estético não apenas o que seja intrínseco à obras de arte, mas também o atributo de determinadas ações produzidas pelo homem. Nesse caso, não há o belo em si, mas o belo como resultado da ação do homem, da qualidade de seu ato, de seu comportamento, de sua atitude²⁹.

Muito foi dito sobre Platão condenar a Arte, tendo por base principalmente os vários ataques do filósofo à ética homérica em sua obra *A República*. Entretanto, se interpretadas estas crítica à luz da obra inteira do autor se perceberá que não é uma condenação à Arte em si, mas a determinadas ideias transmitidas pela Arte. Para Platão o mundo em que vivemos não passa de imitação do verdadeiro mundo, o das Ideias, e sendo a Arte uma imitação do nosso mundo não passaria ela de imitação da imitação. Necessário frisar que a arte grega era essencialmente imitativa, como cópia da anatomia humana, da Natureza, etc.

Já no *Banquete*, no *Fedro* e, sobretudo, no *Filebo*, Platão³⁰ esclarece que a natureza do Belo é bastante próxima da natureza do Bem, de tal modo que ele afirma não conseguir conceituar precisamente o que viria a ser o Bem, mas que certamente as ideias de Medida, Belo e Verdade estão bastante próximas, como se o Bem se escondesse por trás destas três categorias. Também por consequência lógica se constata que há relação íntima entre Medida, Beleza e Verdade.

Platão ressalta que toda ação em si mesma não é bela nem feia, mas é na forma com que é feita que resulta em tal. O que é feito de forma bela e correta fica belo, do contrário fica feio. Esse fazer de forma bela e correta seria o fazer de forma ética, que resulta no belo, ou seja, em estética.

É sabido que a Medida representava um elemento central na concepção grega de norma, de Ética e de Direito. Para além da Ética aristotélica, construída inteiramente sobre a medida que estabelece o meio-termo entre vícios opostos, encontrando sempre a virtude como o equilíbrio entre eles, a ideia de medida pode ser observada no pensamento jurídico e ético grego como um

²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito.

²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; CPGD-UFSC, 1994. p. 59.

³⁰ PLATÃO. **Diálogos**: O Banquete – Fédon – Sofista – Político. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p. 21.

todo, que sempre entendeu o mundo como um todo organizado e perfeito, com uma justiça natural que dali decorreria. A norma, seja ela institucionalmente como jurídica e a ética seriam aplicações desta justiça natural à vida humana, que por estar imersa na realidade maior, precisa interiorizar esta ética maior.

Emblemático, nesse aspecto, é o argumento do sofista Protágoras, que a partir de observações empíricas e realistas afirma que *o homem é a medida de todas as coisas, daquelas que são porque são e daquelas que não são porque não são*. Não se trata de defesa de um relativismo extremo, que vê na opinião individual um critério de verdade, mas a constatação de que toda a realidade é percebida a partir do homem.³¹

No aspecto da beleza não há contradição entre sofistas e demais filósofos, há a evidência de que a Natureza é ordenada e que há uma proporção na realidade. Deste modo, a estética precisaria se aproximar desta realidade, colocando o homem em sincronia com o cosmos. Retomando a crítica platônica aos poetas, o cerne do argumento é o antropomorfismo dos deuses, a construção imagética dos deuses em formas humanas, que já havia recebido fortes críticas de Sócrates, e mesmo antes de Xenófanes. Aproximar a Natureza do Homem seria o processo inverso, e a Estética e a Ética precisam captar e aproximar o Homem à Natureza. Por Natureza entende-se aqui no sentido originário do termo, como a própria realidade em si, o que engloba tanto a física como a metafísica.³²

A medida como elemento interno tanto à Ética como à Estética é uma importantíssima herança grega, que sobreviverá ao período medieval e encontrará no Renascimento humanista sua máxima definição, com a busca pela proporção do Universo, uma proporção que seria entendida em conotação divina. Daí nasce a ideia da arte renascentista ser pedagógica, como tentativa de transportar o homem à sua condição metafísica de harmonia com o cosmos e Deus. Por isso o amor à forma, à simetria, à proporção, nas obras-primas de Leonardo, Rafael, Michelangelo. Se o mundo é simétrico, ordenado, proporcional, a Estética precisa captar esta dimensão metafísica, de tal forma que seja mediação entre Deus e o Homem.³³

³¹ REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**. I: Das origens a Sócrates. 4. ed. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

³² REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**. I: Das origens a Sócrates. 4. ed. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002. 1.v.

³³ Recomenda-se a leitura do artigo de Gustavo Portillo intitulado “De la Política a la Estética”, em que se debate a intensa relação entre Estética e Ética no Renascimento, sobretudo enfatizando a questão da harmonia. PORTILLO, Gustavo. De la Política a la Estética. **Investigación y Postgrado**, vol. 22, n. 1, 2007.

Mas até este período a aproximação entre Ética e Estética permanecia implícita, ainda não formulada categoricamente. Será Kant na *Crítica da Faculdade do Juízo*, quando aborda a estética transcendental, o primeiro a definir o Belo como símbolo de moralidade, no sentido de que o Belo possui qualidades universais que o tornam enaltecido por todos, como se representasse a verdadeira elevação da dignidade e nobreza humana. Kant vê nas belas artes a expressão de tudo aquilo que as pessoas elogiam, querem ou sentem como superior no que se refere a humanidade, de tal forma que pode ser modelo para a ação moral.³⁴

Kant transforma a experiência artística em juízo estético, que se difere dos outros juízos na perspectiva de que não pode ser visto como científico. Isto porque o juízo estético nunca alcança o universal, mas refere-se a uma relação particular e subjetiva entre a pessoa e a obra. O juízo de gosto é sempre relativo a esta experiência e não pode ser universalizado para outras pessoas ou todas as situações daquele mesmo sujeito. Isto porque o juízo estético advém de um estado interior e contemplativo. É notório que Kant aborda aqui a apreciação artística como algo profundo e sério, que toca cada pessoa de modo diferente, e não está defendendo um relativismo absoluto da opinião.

Bastante influenciado por Kant, o poeta Schelling, um dos ícones do Romantismo, apresentaria a Estética como o fundamento para a reforma cultural da humanidade, na medida em que a beleza é um exercício de liberdade e de formação, de tal modo que auxiliaria o homem a penetrar o mundo das ideias. A beleza torna-se a tônica para a educação moral.³⁵

Ainda na Alemanha outro pensador notável se aprofundaria no estudo e na contemplação da estética: Schopenhauer. Para o filósofo o mundo e toda a realidade emanam de uma Vontade, que é geral, universal e anterior a todas as coisas. O mundo é relativo, pode existir como poderia não existir, mas a Vontade que o originou é absoluta. Há um projeto, uma vontade que pode ser identificada em todos os elementos. Há uma intencionalidade biológica, por exemplo, que explica o desenvolvimento das plantas, animais e mesmo do corpo dos seres humanos. O problema é que no cotidiano o homem não se depara com a Vontade, mas com sua representação. Quando estamos diante de um animal, trata-se de um exemplar, aqui e agora, e não a ideia de animal, de todos os animais. Desse modo, vivemos sempre na perspectiva singular e subjetiva. Todo juízo que o homem

³⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

³⁵ SCHELLING, Friedrich. **Filosofia da Arte**. São Paulo: Editora da USP, 2001.

profere é subjetivo a esta representação.³⁶

Schopenhauer afirma que a Arte é a forma de superar esta dicotomia e acessar a Vontade, ou seja, a própria realidade. Para isso apresenta as várias formas artísticas, desde a Arquitetura que ainda muito ligada à matéria é a que tem menos contato com a Vontade, até a Música, a arte suprema e que reflete a própria Vontade. A experiência artística, sobretudo a musical, coloca o homem em contato direto com a Vontade criadora, como se o próprio mundo fosse de origem musical, uma ideia que já era compartilhada pelos antigos gregos, sendo a doutrina pitagórica a mais enfática, que afirmava ser o mundo uma realidade matemática, e escrito em notas musicais. A música sempre foi relacionada à harmonia, à media, à ordem que estaria junto da própria realidade.³⁷

Talvez quem melhor tenha sintetizado o novo papel da Estética a partir da Modernidade seja Hegel, que tanto no *Curso de Estética*³⁸ como na *Fenomenologia do Espírito*³⁹ discute a atualização da Arte Antiga para a Arte Moderna.

Para Hegel a modernidade vê o fim da Religião da Arte, que se origina na Grécia Antiga e que se mantém por séculos, até o limiar do Renascimento, consistindo na supremacia do poder religioso e moral sobre a Arte. Isto é, a Arte não é independente, não cria a partir de si mesma, mas deve veicular os valores, conteúdos e ideias emanadas das religiões, seja o politeísmo grego, seja o Cristianismo ou Islamismo, dependendo do contexto histórico.

O Mundo Moderno vê a separação entre Estado e Igreja, entre Moral e Religião, entre o poder político e o poder religioso. A máxima expressão desta cisão é o *Príncipe*⁴⁰, de Maquiavel, que discute o poder do Estado sem referir-se à Religião.

Nesta nova realidade a Arte já não precisa ser Religião da Arte, isto é, uma das formas de atingir a Verdade, tais como a Religião e a Filosofia, mas uma manifestação estética em si mesma. Entretanto, argumenta Hegel, a Arte não é separada do domínio da Cultura, de modo que este vínculo deve ser intensificado. Daí nasceu seu conceito de *Formelle Bildung* para a Arte, de que a mesma deve formar, cultivar, desenvolver os indivíduos. Não estamos, portanto, no campo da Arte

³⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. São Paulo: Editora da UNESP, 2005.

³⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. São Paulo: Editora da UNESP, 2005.

³⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Curso de estética: o sistema das artes**. São Paulo (SP): EDUSP, 1999.

³⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁴⁰ MACHIAVELLI, Niccoló. **O príncipe**: com as notas de Napoleão Bonaparte. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

em si mesma.⁴¹

Ora, a Modernidade é a época que vê a Autonomia como um dos valores fundamentais, de tal forma que pode ser vislumbrada em muitos dos seus autores, tendo Kant como exemplo maior, já que a Autonomia é categoria central de sua ética e de sua Filosofia do Direito.⁴²

Se a Modernidade valoriza nesse patamar a Autonomia, é necessário que a Arte reforce este esforço, forme o indivíduo autônomo. Ou seja, a Estética jamais está desvinculada de sua função cultural e pedagógica.

Para Hegel o público e a coletividade estão sempre em primeiro plano nas discussões sobre Arte (e por consequência da Estética), de modo que esta se torna questão cultural e política. Há, portanto, um forte vínculo entre ethos e estética, entre ética, estética e política.

Após este breve panorama percorrendo grandes pensadores parece consenso ou ao menos um entendimento comum esta conexão entre Estética e Ética. A Estética exalta a beleza, a criatividade, a harmonia, a proporção, o exercício do prazer, entre outras dimensões que por si só contribuem na formação do homem.

3. ESTÉTICA E PRODUÇÃO CONSTITUCIONAL

O Esteticismo é uma expressão usada para significar uma atitude que dê importância superior aos valores estéticos nos fatos da vida. O homem ético é aquele inconformado com o injusto e com o incorreto, o homem estético não pode conformar-se com o feio produzido pelo injusto e pelo incorreto⁴³. Pergunta Osvaldo Ferreira de Melo: “Se a grande função da arte é propiciar prazer espiritual, que prazer maior para o ser humano sensível do que o bem-conviver, a comunicação aberta, o sentir-se aceito na diversidade, e descobrir-se com as condições psicológicas e culturais de aceitar o pensar do outro?”⁴⁴

A arte de viver é uma constante colocação da estética na convivência, é criar um ambiente favorável para o desenvolvimento da tolerância, do pluralismo de ideias, da aceitação dos valores

⁴¹ DOMINGUEZ HERNANDEZ, Javier. Arte como *formelle Bildung* en el mundo moderno en la estética de Hegel. **Estudios Filosóficos**. 2008, n.37, pp. 201-221.

⁴² KANT, Immanuel. **La Metafísica dei Costumi**. Tradução de Giovanni Vidari. Roma-Bari: Laterza, 2004.

⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 62.

⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 62.

dos outros. A democracia, na sua mais elevada acepção, quando transcende simples arranjos políticos, tem sua estética própria⁴⁵.

Buscar o outro como um fim, não como um meio, é relacionar-se de modo estético, de respeitar o outro como ele é, em sua autenticidade, em sua aparência, é situar-se perante o outro para aceitar alegremente sua existência como tal⁴⁶.

O que Osvaldo Ferreira de Melo chama de estetização da convivência é fenômeno que só se torna sensível, ou seja, perceptível como atributo de beleza, quando, ao invés da tentativa de justificar-se por meio de ideologias, fundamenta-se na Ética do homem⁴⁷.

Na atual sociedade, uma vivência ética-estética parece cada vez mais longe da vida cotidiana dos indivíduos. Vive-se em uma sociedade de consumo, em que tudo que é gerado deve ser consumido rapidamente para que assim novas produções surjam. Por um lado isso é bom, pois impele o homem a criar e produzir cada vez mais, mas por outro é ruim, pois cria um estado de finitude existencial para o indivíduo, que busca a felicidade apenas no consumo momentâneo de bens⁴⁸.

Zygmunt Bauman afirma que vivemos em uma modernidade líquida, que difere dos períodos anteriores em que havia solidez⁴⁹. As instituições relativizam o espaço, o modo de ser e agir, o tempo, para que no fundo continuem fortalecidas. Seu modo é relativizado, mas a sua estrutura interna e propósito continuam intactos. Há então instituições líquidas que se retroalimentam. Hoje, são os próprios membros que cobram de seus participantes o atendimento às regras e valores morais daquela instituição. As instituições, junto com seus dogmas, existem ao mesmo tempo em todo lugar, o que torna ainda mais difícil a busca pela identidade individual do homem.

Hoje discute-se muito como o Direito pode se tornar mais eficiente socialmente, e muito ênfase é dada ao papel da Constituição e das normas constitucionais. É a partir da Carta Magna que se estabelecem as regras e princípios que estabelecem a base das normas de convivência que se busca para a sociedade.

Em âmbito nacional, a importância da criação de normas constitucionais, as alterações que

⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 62.

⁴⁶ LAPOUJADE, María Noel. Notas para una ética de la estética. **Revista de Filosofía**, Maracaibo, v. 27, n. 61, abr. 2009.

⁴⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 63.

⁴⁸ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: Olympio, 1979.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

são feitas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 por meio de emendas, é muito maior do que a produção infraconstitucional, devendo-se ter um cuidado muito maior na sua produção, pois as normas constitucionais irradiam por todo o sistema político e social. É na Constituição que se positivam os direitos fundamentais, elemento substancial das democracias contemporâneas e centro de todo ordenamento jurídico.

O Direito por meio de suas normas constitucionais precisa criar um ambiente em que se permite a estética do conviver, que permite aos homens um mínimo de auto-respeito e reconhecimento recíproco da dignidade de cada um, tanto no relacionamento entre si quanto no relacionamento com o ambiente, com o mundo⁵⁰.

Se existe uma proporção natural, uma medida que se aplicada dá o melhor ponto de algo, toda norma constitucional criada deve respeitar essa proporção para garantir um convívio estético. É necessário encontrar a proporção necessária na produção normativa constitucional, e isto é algo que a formação pela Estética pode contribuir com bastante eficácia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre Ética e Estética ainda é um campo aberto e que oferece múltiplas pesquisas, sobretudo aquelas enfocadas na área jurídica. Em um primeiro momento parece necessária a indicação de um vínculo entre os dois domínios, vez que ambos partem de dados anteriores e buscam alcançar certo padrão ideal. A Ética se baseia em determinados critérios para indicar o melhor agir, enquanto a Estética também parte de princípios hermenêuticos para encontrar a proporção, medida, harmonia. Ideia esta, inclusive, que norteia o pensamento jurídico, pois a melhor decisão em cada caso é aquela considerada mais justa, isto é, mais equilibrada e harmoniosa com os interesses das partes. Não se fala aqui em harmonia no sentido de meio-termo, como uma exata metade entre dois pontos, mas na melhor decisão possível, que em alguns casos pode inclusive significar conferir verdade total a uma parte e nada para a outra, se o caso assim indicar.

O fundamental a entender é que tanto a Ética como a Estética pressupõem que existe uma realidade ideal, uma interpretação ideal, e que com alguns critérios é possível alcançá-la ou aproximar-se dela. Não se fala aqui em dimensão metafísica, por mais que seja compatível, e várias

⁵⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 63.

teorias éticas e estéticas de fato possuem profundas ligações com a Ontologia, mas de que este ponto ideal, esta verdade natural para cada caso é algo evidente, presente inclusive em autores que não podem ser alinhados como favoráveis à metafísica, como Dworkin.

Deste modo, a proporção parece ser o vínculo essencial entre Ética e Estética, e a forma de se relacionar de modo prático e profundo ao mundo do Direito, principalmente em algo de tamanha importância como é a produção de normas constitucionais. Pesquisas nesse viés podem acrescentar bastante à novos pensamentos sobre legística constitucional de forma a permitir uma regulação mais harmoniosa das relações sociais e desenvolvimento das instituições.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1992.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A ética como estética da convivência nas relações humanas judiciais: uma visão prática. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, edição especial – homenagem póstuma ao Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo, 2011. p. 10.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4.ed. Brasília: EdUnb, 2001.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

BAGNALL, Gary. Law as Art : An Introduction. *In*: MORRISON, John; BELL, Christine (Ed.). **Tall Stories?** Reading Law and Literature. Dartmouth: Aldershot, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CLEMENTINO, Adriana Fernandes. A subjetivação estética no direito e seus efeitos hermenêuticos no ato de julgar. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2981.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2012.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Curso de estética**: o sistema das artes. São Paulo (SP): EDUSP, 1999.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005.
- DOMINGUEZ HERNANDEZ, Javier. Arte como *formelle Bildung* en el mundo moderno en la estética de Hegel. **Estudios Filosóficos**. 2008, n.37, pp. 201-221.
- JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- KANT, Immanuel. **La Metafísica dei Costumi**. Tradução de Giovanni Vidari. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- LAPOUJADE, María Noel. Notas para una ética de la estética. **Revista de Filosofía**, Maracaibo, v. 27, n. 61, abr. 2009.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: Olympio, 1979.
- MACHIAVELLI, Niccoló. **O príncipe**: com as notas de Napoleão Bonaparte. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 1, 2006.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; CPGD-UFSC, 1994.
- OST, François. **Contar a lei**: As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004. RIBEIRO, Elton Vitoriano. **A Questão da Intersubjetividade no Pensamento Ético-Filosófico de H. C. Lima Vaz**. 165 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.
- PORTILLO, Gustavo. De la Política a la Estética. **Investigación y Postgrado**, vol. 22, n. 1, 2007.
- PLATÃO. **Diálogos**: O Banquete – Fédon – Sofista – Político. São Paulo: Abril Cultural, 1972.
- REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**. I: Das origens a Sócrates. 4. ed. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002. 1.v.
- SATIE, Luis. Direito e Estética: nota crítica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 631-640, jul./dez. 2010.
- SCHELLING, Friedrich. **Filosofia da Arte**. São Paulo: Editora da USP, 2001.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. São Paulo: Editora da

UNESP, 2005.

SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. Pode o Direito ser Arte? Respostas a partir do Direito & Literatura. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do**

CONPEDI – **Salvador.** Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2012. VAZ, Henrique de Lima. **Escritos de Filosofia II: ética e cultura.** São Paulo: Loyola, 1993.

SEPARAÇÃO DOS PODERES, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

Bárbara Guasque¹

Maurizio Oliviero²

INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes teve papel fundamental na conformação dos sistemas jurídicos que se deram após as Revoluções Inglesa, Francesa e Americana e que se generalizaram por todo o Ocidente nos últimos dois séculos. Elevado à categoria de princípio constitucional, a separação dos poderes se faz presente na estrutura organizativa da ampla maioria dos Estados constitucionais contemporâneos e advém do amálgama de uma série de ideias ao longo da história que se concretizaram em contextos histórico-políticos muito diversos, assumindo formas manifestamente incompatíveis.

O presente estudo pretende, através das diferentes conotações assumidas pelo princípio da separação dos poderes ao longo da história, traçar as bases da teoria constitucional europeia e norte-americana, assim como decifrar de que maneira se deu a introdução do Poder Judiciário ao esquema da balança dos poderes e, com ele, o poder de declarar as leis inconstitucionais – instituto portador de questionável carga democrática.

Utilizou-se, para tanto, quer na fase de investigação quanto na fase do relatório da pesquisa,

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí com bolsa PROSUP da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013). Advogada graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003).

² Embaixador Erasmus para a Itália. Doutor em Direito Público pela Università di Roma (Itália). Realizou curso de especialização em Direito Público pela Universidade de Alicante (Espanha); curso de especialização em Direito Público Econômico junto a Università Karlova IV v Praze (República Tcheca); curso de especialização em Direito Parlamentar e Técnica de Legislação junto a Università degli Studi di Firenze em parceria com a Câmara dos Deputados (Itália); curso em Direito Comunitário no Istituto Guiridico della Repubblica di San Marino (São Marino). É Professor Titular de Direito Público Comparado na Università degli Studi di Perugia (Itália). Professor Visiting na Columbia University - New York (EUA). Professor Visitante na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Brasil); na Universidad de Alicante (Espanha); na Al-Quds University of Jerusalem e na Üniversite Eskesir (Turquia). Nomeado consultor científico para a redação do Estatuto da região da Umbria. Conselheiro jurídico junto a Presidência da Câmara dos Deputados da Região da Umbria. Conselheiro jurídico da Presidência da Câmara dos Deputados do Parlamento Italiano. Responsável científico do Programa Justice Now para a Primeira Câmara Arbitral na Palestina pelo Ministério do Exterior Italiano. É membro do Tavolo Internazionale per la Cooperazione e la Pace in Medio Oriente. Enviado à Conferência Mundial de Atenas (1996) e relator do Colóquio Internacional de Beirut (1998) pela Câmara dos Deputados do Parlamento Italiano. Detentor de Comenda conferida pela Autoridade Palestina em reconhecimento aos serviços prestados na redação da Constituição local.

o método indutivo. O método procedimental utilizado foi o monográfico e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

1. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Todos os modelos constitucionais modernos partiram da afirmação do indivíduo com sua autonomia individual perante o Estado e a sociedade e, tiveram, por denominador comum, o princípio da separação dos poderes. Ocorre que referido princípio assumiu distintas e antagônicas conotações no continente americano e europeu, consolidando modelos constitucionais contrapostos em cada um dos lados do Atlântico.

Em sua interpretação tradicional o princípio da separação dos poderes se traduz na delimitação entre as funções estatais, delegando cada uma delas a um órgão específico com autonomia e independência. Essa delimitação tem por fim que nenhum dos poderes detenha a totalidade do poder estatal e que, ao mesmo tempo, sirvam de freios e contrapesos, um para com os outros, a fim de que seja evitado o controle e consequente abuso do poder em prol das liberdades individuais.

Todavia referido princípio é oriundo de uma fusão de inúmeras ideias ao longo da história sofrendo as mais diversas interpretações.

A acepção do princípio da separação dos poderes no sentido que distingue as funções do Estado, prescrevendo as atribuições de cada uma à diferentes órgãos autônomos com vistas às liberdades individuais, tem origem moderna, mas precisamente no século XVII na Inglaterra.³ Por lá, uma separação dos poderes, na concepção básica de um poder pluralmente estruturado, se fazia necessária a fim de que todos os estamentos participassem do exercício do poder político, de modo que, na escala política, não havia distinção de ordens. Portanto, somente com o desenvolvimento do sistema constitucional representativo inglês, que distribuiu o poder entre o Rei, os Lordes e os

³ No que diz respeito a uma concepção simplista de limitação ou moderação do poder político e garantia da liberdade, é na antiguidade greco-romana e na teoria da constituição mista que referido princípio encontra suas raízes históricas. No entanto, segundo Nuno Piçarras, nessa antiguidade narrada, a teoria da constituição mista não passou de uma “tradição literária” que no mais serviu para impor algum limite ao poder monárquico mediante a intervenção dos demais estamentos sociais nas decisões políticas, quase que exclusivamente nas questões de caráter financeiro ou fazendário. Somente com o desenvolvimento do sistema constitucional representativo inglês, que distribuiu o poder entre o Rei, os Lordes e os Comuns, consolidou-se a repartição dos poderes como “teoria política dominante” PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 17.

Comuns, consolidou-se a repartição dos poderes como “teoria política dominante”.⁴

É ressabida a atribuição, quase que unânime, da doutrina da separação dos poderes à Montesquieu, em referência ao capítulo VI do livro XI do clássico “Espírito das leis”. No entanto Piçarras explica que Montesquieu, no período em que passou estudando na Inglaterra, foi influenciado por autores ingleses, como Locke e Bolingbroke, e também pela realidade constitucional inglesa que havia concretizado a separação dos poderes. Para o autor, a versão apresentada por Montesquieu constitui tão somente uma “síntese sincrética” do que o autor considera como as verdadeiras raízes da doutrina.⁵ Embora não seja o criador da doutrina da separação dos poderes, esta encontrará em Locke e Montesquieu seus grandes sistematizadores; o inglês, pioneiro, através do “Segundo tratado sobre o governo civil” e o francês no célebre “Do Espírito das Leis”.⁶

Na Inglaterra, a separação dos poderes surgiu como um imperativo de se limitar o poder e por fim à tirania. No entanto, a tirania que justificou a adoção do princípio não veio do rei, conforme logo se cogita, mas do parlamento. O rei Carlos I, após ter dissolvido o parlamento em 1629 foi levado a convocá-lo para efeito de lançamento de impostos – primeiro o Curto Parlamento, depois o Longo Parlamento o qual embrenhou uma oposição ferrenha ao governo autocrático de Carlos I. Assim, o Longo Parlamento se utilizou sistematicamente do *impeachment* contra titulares de cargo público. Segundo Kluxen,⁷ 98 (noventa e oito) pessoas foram alvo de *Impeachment*, desde funcionários civis a membros da hierarquia eclesiástica. A fim de frear os abusos e arbitrariedades cometidas pelo Longo Parlamento foi invocada uma necessária separação dos poderes, nomeadamente para que um mesmo órgão não aglutinasse a função legislativa e a aplicabilidade das mesmas leis as quais criou, a exemplo do que acontecia com o *impeachment*.

Portanto, o princípio da separação dos poderes foi originariamente concebido como uma conotação estritamente jurídica para se assegurar a primazia da lei e garantir as liberdades individuais das arbitrariedades do Estado.⁸

Em que pese haver a separação entre os Poderes Executivo e Legislativo é certo que as

⁴ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 43.

⁵ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 19.

⁶ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010.

⁷ KLUXEN, Kurt. *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*. Frankfurt-am-Main, 1983, p. 60 *apud* PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 48.

⁸ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 53.

funções se misturavam e, nem Rei, nem o Parlamento exerciam somente as funções que lhe seriam inerentes. Foram os niveladores⁹, mais precisamente seu maior representante, *John Lilburn*, quem arguiu a separação entre executivo e legislativo ao decretar que: “o povo é, após Deus, a origem de todo justo poder e os Comuns na Inglaterra, reunidos em Parlamento, escolhidos pelo povo e seus representantes, detêm o poder supremo da nação”. Dessa maneira coube ao Poder Legislativo a exclusividade para legislar em nome da soberania popular.¹⁰

Denota-se, nessa fase da história, uma conotação política da teoria da separação dos poderes, diferentemente do aspecto jurídico anterior em que o objetivo da separação era a fim de garantir o *rule of law* – a primazia da lei, igualdade perante a lei e segurança jurídica. Aqui o sentido político da separação dos poderes era necessário para excluir o poder executivo de qualquer possibilidade de legislar, que caberia apenas à uma assembleia de representantes eleitos pela soberania popular.¹¹

Nuno Piçarras separa as teorizações da separação dos poderes em uma teoria de caráter jurídico, cujo cerne era a primazia da lei (*rule of law*); e a versão democrática-radical proposta pelos Niveladores, calcada no princípio da supremacia popular, e, portanto, supremacia do parlamento, na qualidade de representante do povo. A mistura entre referidas teorias deu origem àquela que veio a ser a teoria constitucional típica da Inglaterra no século XVIII: a doutrina da balança dos poderes. A nova teoria pregava a separação entre os poderes executivo e legislativo como condição para o controle e limitação recíproca do poder público exercido por cada órgão separadamente – em suma, que atuassem como freios e contrapesos.¹²

Como se vislumbra, o Poder legislativo ocupou posição central na teoria política do século XVIII, tida como a principal função do Estado. Duas doutrinas se formaram: uma delas, de caráter liberal, arguia o necessário equilíbrio, estabelecimento de limites internos na própria estrutura legislativa e a fiscalização recíproca.¹³ A outra, de caráter democrático, bradava pela soberania popular e supremacia dos representantes eleitos pelo povo, para os quais, o único meio de controle, eram os próprios representados.¹⁴

⁹ Partido que detinha a maioria do *Rump Parliament* inglês, no ano de 1649, antecedendo a proclamação da república. PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 54.

¹⁰ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 54.

¹¹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 57.

¹² PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 60.

¹³ seguindo o traçado da constituição mista aristotélica.

¹⁴ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 65-79

A primeira acepção liga-se diretamente com a teoria da balança dos poderes e possui duas variantes: a primeira prega um parlamento pluralista que represente a diversidade de estamentos sociais com fins ao equilíbrio e controle de suas funções pelos próprios ramos que o compõem. Em outras palavras, o rei, a nobreza e os representantes do povo equilibrando-se e servindo de controle um para com os demais de modo que cada lei que de lá resultasse, seria mediante um consenso entre todos, o que garantiria uma lei justa. Além do que, sendo o rei também o representante do executivo, esse impediria um avanço do parlamento sobre o executivo e a usurpação de poder. Para essa variante a balança de poderes se daria internamente entre os ramos que compõem o próprio Poder Legislativo.¹⁵

Já para a segunda variante, essa balança de poderes deve acontecer entre órgãos distintos e independentes. Essa concepção dada à teoria da balança de poderes serviu de embrião à concepção apresentada pelos constituintes norte-americanos – dos *checks and balances* (pesos e contrapesos).¹⁶

Foram os norte-americanos que integraram o poder judicial no processo de equilíbrio entre os poderes estatais, vez que o esquema da balança dos poderes, conforme instituído pelos ingleses, era constituído apenas pelo poder legislativo e o poder executivo.

Ao contrário da Inglaterra, os Estados Unidos era um país fundado na igualdade dos cidadãos, o modelo de sociedade estamentária, detentora de privilégios de acordo com o respectivo estamento, era desconhecido. Os cidadãos eram todos livres e iguais. Não se fazia necessária uma separação de poderes que garantisse a participação de todos os estamentos no poder. Uma acepção dessas poderia constituir uma fonte de divisões e lutas e fomentar uma diferença de classes. Conforme implantado nos Estados Unidos da América, o princípio da separação dos poderes se prestou a garantir o pluralismo de centro de poderes, organizando os órgãos estatais em funções pré-determinadas de modo que, autônomos e independentes, procedessem em equilíbrio e recíproco controle um dos outros.¹⁷

Na França o princípio da separação dos poderes foi originariamente concebido para se assegurar a primazia da lei e a supremacia do poder legislativo, garantindo, deste modo, as

¹⁵ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 79-83.

¹⁶ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 79-83.

¹⁷ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 151.

liberdades individuais das arbitrariedades do Estado. Já na América ele assumiu a função de separação entre os poderes, de modo que cada um tivesse suas funções delimitadas e atuassem como pesos e contrapesos um dos outros – *the checks and balances*. Isto porque, na França, o perigo de arbitrariedades historicamente advinha da Coroa já nos Estados Unidos, ele apareceu em uma maioria legislativa não proprietária de terras.

Na América do Norte, tal fato se deu uma vez que, a despeito da existência de uma igualdade jurídica e política entre os americanos, este fator não impediu a formação de grupos cuja maior fonte de revolta era a distribuição desigual da propriedade. Não era viável a composição de um único grupo contemplando os grandes proprietários e os que não possuíam propriedades, formando grupos de interesses opostos e rivais.

Como os não proprietários eram maioria na assembleia, era necessário um instrumento que servisse de limite no caso de essa maioria decidir legislar segundo seus próprios interesses – o veto presidencial. O veto presidencial ressurgiu¹⁸ não somente como um escudo ao poder executivo para evitar usurpação de poder por parte do legislativo, mas também como um instrumento de controle dentro do legislativo, a fim de evitar maiorias tirânicas. Em outras palavras, para salvaguardar o direito de propriedade.

À esta proposta de equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo mediante o veto presidencial, os americanos, conforme já salientado, incluíram o Poder Judiciário ao esquema da balança dos poderes e, com ele, o poder de declarar as leis inconstitucionais.

2. JUDICIAL REVIEW

A princípio, conforme descreve *Hamilton*, não era evidente a forma pela qual o Poder Judiciário atuaria no esquema de pesos e contrapesos. Isso porque, até então, dito poder restringia sua atuação ao julgamento das causas colocadas para sua apreciação. Neste contexto, a sua independência não era apta a provocar o efeito pretendido.¹⁹

No entanto, o autor parte das seguintes premissas: sendo o campo de atuação do Poder Judiciário a interpretação das leis, estas devem sempre se ater à Constituição como lei básica. Isto quer dizer que, se em virtude de sua atividade interpretativa restar latente que determinada lei,

¹⁸ Tendo em vista que já existia na Inglaterra e foi derrubado pelos radicais niveladores em nome da supremacia do poder legislativo.

¹⁹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 203.

aplicada ao caso concreto, está em contradição com a constituição, é de rigor que os juízes se atenham ao contido na constituição, denegando vigência à lei que a infringir. Desta forma o Poder Judiciário poderia controlar a lei emitida pelo parlamento, coibindo a manutenção de leis contrárias ao ordenamento constitucional.

Para *Hamilton*, essa prerrogativa de controle de constitucionalidade atribuída ao Poder judiciário não o torna superior ao legislativo nem fere o princípio da separação dos poderes, vez que o poder do povo, materializado na Constituição, é superior á todos os demais, ou seja, é supremo tanto em relação ao Poder Legislativo como ao Poder Judicial. Todos os poderes estão à ela submetidos e devem estar em conformidade com seus ditames, sendo que essa atuação judicial, com vistas ao controle de constitucionalidade, tem por primado, justamente, a defesa do conteúdo da Constituição.²⁰

Como não houve modificação do teor do texto constitucional, os representantes do povo e integrantes do poder legislativo não poderão efetuar leis que não estejam em consonância com o mesmo. Da mesma forma, e com respeito à soberania da Constituição, expressão máxima da soberania popular, o Poder Judiciário não poderá deixar de declarar a nulidade de leis contrárias aos ditames constitucionais. Conforme *Hamilton*

[...] perante o poder do povo, o poder da constituição, o poder legislativo, executivo e judiciário estão em pé de igualdade, e as recíprocas relações só podem ser de paridade. Tão subordinando à constituição está o poder legislativo, como o executivo ou o judicial. Por isso se podem mutuamente contrabalançar.²¹

Hamilton parte de uma concepção de lei, de Constituição e de Poder Judicial muito diversa das que fundamentaram a tradição jurídica europeia, na qual o papel do juiz era limita ao de “boca da lei”, exprimindo tão somente o conteúdo da lei feita pelo poder legislativo – elevado a poder supremo com a Revolução Francesa.²² O autor concebe a existência de leis injustas e maus legisladores, contrariamente à ideia do legislador racional de *Rousseau* pregado pelo iluminismo. Assim o autor atribui função ativa ao Poder Judiciário, ao contrário da atuação de mero “boca da lei”. Enquanto o modelo europeu alçava o Poder Legislativo à superioridade hierárquica perante os demais, não havendo equilíbrio nem controle e limitação de uns perante os outros, vez que os

²⁰ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 203.

²¹ HAMILTON *apud* PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 205.

²² MARAVALL, José María. **El control de los políticos**. Madrid: Taurus, 2003.

poderes não se encontram no mesmo patamar de igualdade necessário para este fim.

Além da construção deste entendimento americano sobre a lei e a supremacia constitucional, tão diverso do propagado com a Revolução Francesa, soma-se às razões que impulsionaram a adoção do controle de constitucionalidade pelos norte-americanos, a *common law*. Pertencente à tradição inglesa e adotada pelas colônias americanas essa tradição jurídica anglo-saxã subtrai a criação da lei do legislador e a entrega aos juízes.

Marques *Guedes*²³ afirma que a atribuição de competência aos juízes para aferir a constitucionalidade das leis possui natureza política, contrapondo-se à competência judicial normal que lhe seria inerente. Assertiva ratificada por *Piçarras* aduzindo que a própria história se encarregou de demonstrar:

Entre 1880 e 1935, a Suprema Corte Americana afirmou claramente o seu poder contra o poder legislativo, erigiu-se, de fato, em contralegislador, num sentido conservador da ordem social capitalista, tendo dado origem ao chamado governo dos juízes.²⁴

Apesar de toda esta interpretação doutrinária, a Constituição Federal americana de 1787 não previu expressamente o controle de constitucionalidade, sendo que o mesmo só se consagrou definitivamente, passando a integrar o ordenamento jurídico constitucional, em 1803, através do emblemático caso *Marbury vs Madison*.²⁵

No velho continente, o desenvolvimento da justiça constitucional deu-se mais tarde devido a resistência a se impor limites ao Poder Legislativo, tido como poder soberano, por ser a expressão da soberania popular. A França atravessava uma crise imobiliária resultante das isenções fiscais concedias à nobreza e ao clero. Os intentos da Coroa a fim de convencer os grandes proprietários de aumentarem sua participação fiscal não foram bem-sucedidas e o Parlamento de Paris impôs ao rei a reunião dos Estados Gerais. No entanto Luís XVI não consentia a retirada de privilégios de ditas

²³ GUEDES *apud* PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 206.

²⁴ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 206.

²⁵ O presidente Federealista John Adams perde a eleição para Thomas Jefferson, no entanto, antes de Adams deixar a presidência para o democrata, o Congresso passa o "Judiciary Act" de 1801 que além de outras alterações aumenta o número de juízes, modificando o "Judiciary Act" de 1789. Adams, dias antes de deixar a presidência aponta diversos juízes para cortes federais, dentre eles William Marbury. Quando Jefferson assume a presidência ele ordena que Madison, o novo secretário de estado, não conclua o processo de nomeação de alguns juízes que Adams previamente teria apontado, Marbury sendo um desses. O Congresso, para apoiar Jefferson passa o "Judiciary Act" de 1802 que altera a composição do Judiciário novamente, desta vez voltando as alterações do "Judiciary Act" de 1789. Marbury então, entra com uma ação junto a Suprema Corte Americana contra Madison de modo a reaver a sua chamada comissão que concluirá o processo de nomeação dele como juiz. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 que concluiu, segundo interpretação própria, que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

categorias, o que conduziu a reivindicação de uma Constituição passível de colocar o Poder Legislativo – a lei – acima da vontade da Coroa. Em vez da repartição dos poderes e de competências na Constituição Federal, uma das interpretações do princípio da separação dos poderes, a Constituição francesa tinha por base o princípio da vontade geral que se expressava na soberania do Legislativo. A lei era a expressão da vontade geral e a supremacia da lei garantia o desaparecimento de privilégios e a igualdade de direitos e deveres.

O controle de constitucionalidade só foi introduzido no continente europeu no século XX, com a criação, em 1920, do Tribunal Constitucional Austríaco. Nesta mesma época, também a República de Weimar estabeleceu um controle de conformidade dos atos normativos com a lei fundamental. No entanto, somente após a Segunda Grande Guerra foi que a justiça constitucional realmente se expandiu na Europa. Primeiramente na Alemanha, em 1951, com o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) seguido da Itália que instaurou seu Tribunal Constitucional instaurado em 1956. Devido à forte resistência democrática, o instituto só foi adotado na França em 1958 com a instituição do *Conseil Constitutionnel*. Em 1978 a Espanha cria o seu Tribunal Constitucional, o que foi feito em Portugal em 1983.²⁶

Essa variação genuinamente americana ao princípio da separação dos poderes espalhou-se pelo velho continente e se propagou em todo o mundo ocidental. Ainda que sob fortes resistências doutrinárias que, ainda atualmente, o qualificam como uma violação da separação dos poderes e um atentado aos preceitos democráticos.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA JUDICIAL

É precisamente na questão da legitimidade do controle de constitucionalidade, em *Marbury vs. Madison*, na interpretação judicial da Constituição e no antagonismo destes mecanismos com os preceitos democráticos que Ricardo Sanín *Restrepo* tece suas considerações em “Teoria crítica constitucional”.

O autor elucida que “Os Federalistas” foi uma compilação de artigos publicados nos diários da cidade de Nova York por John Jay, James Madison y Alexander Hamilton durante um período de aproximadamente quatro anos, nos quais se explica a Constituição da Filadélfia após a

²⁶ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política*. Poder judicial y democracia. Madri: Taurus, 1999, p. 115.

independência do Reino Unido da Grã-Bretanha. As ideias propostas nos textos formam a base de todo o arcabouço constitucional americano. No entanto, alerta o autor, “é um erro comum e crasso atribuir aos Federalistas como uma obra monolítica, de unidade material, as divisões são profundas e ilustram bem a tensão entre Federalista- Republicana”.²⁷

Dentre todos os escritos destaca-se o livro 78 o qual contém a semente da revisão judicial e os fundamentos de onde nasce a supremacia judicial.

Restrepo descreve o contexto histórico norte-americano em que devido a derrota eleitoral que os Federalistas sofreram, em 1800, para os Republicanos, e o forte apelo advindo de um constitucionalismo popular, os Federalistas se viram compelidos a se refugiarem no Poder Judiciário, nomeadamente na Suprema Corte. Tendo em vista não se tratar de órgão eletivo e não dispor de mecanismos democráticos como o *Accountability*. Não havia outra alternativa vez que os Federalistas haviam perdido a presidência, o congresso e todos os cargos de eleição popular. E foi sob o escudo de proteção da Suprema Corte que a elite americana, encurralada pela onda de constitucionalismo popular que se generalizou nos Estados Unidos, pode disseminar suas ideias e “impor uma forma de governo apta a dominar ideologicamente o mundo inteiro”. “De maneira que *Marbury vs. Madison*, em vez de ser a terra firme e pacífica onde nasce e cresce toda a história constitucional americana, se oferece como uma jogada estratégica de uma elite encurralada, que busca em seus últimos suspiros defender sua visão de mundo”.²⁸

O presidente americano John Adams, 19 dias antes de sair da presidência, teve a nomeação aprovada pelo congresso de 3 magistrados para integrarem a Suprema Corte. Dentre eles figurava seu Secretario de Estado, John Marshall, como novo Presidente da Suprema Corte de Justiça. E foi neste órgão desprovido de responsabilidade política, não eletivo, com membros portadores de mandatos vitalícios que se desenvolveu o que *Restrepo* denomina a “serpente antidemocrática”.²⁹

O autor alerta que *Marbury vs Madison* consagrou não somente a simples revisão judicial mas a supremacia judicial a qual se instalou na consciência e obra coletiva como um paradigma indestrutível. Na exposição feita pelo juiz Marshall se vislumbra a supremacia judicial em oposição

²⁷ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 118.

²⁸ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 120.

²⁹ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 120.

ao simples ato de revisão: “se a Constituição é a norma das normas, um juiz dentro de qualquer conflito judicial deve aplicá-la com preferência sobre toda norma derivada que lhe contradiga, inaplicando esta em favor daquela; é a essência da judicatura”.³⁰

As críticas de *Restrepo* são ainda mais incisivas. Ele afirma que a ideologia pregada em *Marbury vs. Madison* decretou o fim do poder constituinte, reduzindo o seu potencial criativo e seu caráter ilimitado a uma mera dialética de redução do poder constituinte a poder constituído. Uma simples frase proferida pelo juiz Marshall, em que afirmava que o poder constituinte original não deve e não pode exercer-se constantemente, embora pareça inofensiva, é portadora da sentença de morte do poder constituinte, pois fica a seu critério quando o poder constituinte pode manifestar-se e como deve se comportar.³¹

Como fecho e remate deste golpe à democracia o autor salienta o papel das universidades e escolas de direito que propagaram o discurso de acordo com o qual a interpretação da constituição é um assunto reservado ao mais exigente exercício jurídico, o que se constituiu em um eficiente mecanismo para concentração de poder, resguardando a compreensão dos ditames constitucionais a um punhado de eruditos capazes de desvendar seu alto teor de complexidade.

“A linguagem se especializa até a incompreensão. As cortes do povo começam a falar em uma linguagem privada. Um processo gradual de apropriação da linguagem, de definição de seus sentidos, arrebatamento de seu conteúdo “quem define a linguagem tem o poder.”³²

Deste modo, descreve *Restrepo*, a justiça desligou-se da democracia, ficando restrita a um seleto grupo de juízes:

A justiça não mais era uma questão imanente a democracia, mas referida a uma lei transcendente e inflexível cuja interpretação estava reservada a um punhado de eruditos. E o povo se converteu em leigo de sua própria constituição, um sujeito inanimado de sua própria obra. As instituições tomam o lugar o ser humano e contra o ser humano. O ser humano lhe prove uma animação – a linguagem – que se volta contra ele. A instituição sequestra a linguagem, a petrifica, preservando a instituição pela instituição. Parece que o totalitarismo não é atributo exclusivo do século XX.³³

³⁰ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 124.

³¹ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 133.

³² RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 133.

³³ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 126.

Há aqui uma inversão do poder, que sai das mãos do povo para os juízes, os quais terão o poder de dizer o direito a partir de um caso judicial. A constituição será o que os juízes dizem. O poder constituinte funda o Estado com seu ato original de criação e depois se esgota, ficando, a partir de então, subordinado às regras do Estado, restando esse com o lugar de criação do poder político, caracterizando, segundo *Restrepo*, a negação da democracia.³⁴

Se é certo que o Estado é o lugar de origem do poder político, isto só quer dizer a negação da democracia. Tal como estabelece Jean Luc Nancy, a democracia seria uma demo-arquia se o poder do povo somente estabelecer uma origem a que deve ser leal e a qual o supera e limita. O liberalismo nos propõem um nicho contraditório das origens políticas, um poder original criando um poder que o substitua, o descreva e o limite, em outras palavras, a negação mesma do poder ou da cracia (krátos) do demos. A CRACIA de democracia significa poder ilimitado, fundante (não fundado) e sempre presente, cuja categoria definitiva é uma potência que não se pode ser reduzida a um marco que o contenha e determina.³⁵

Em suma, o discurso constitucional da concepção liberal relega o povo e o poder constituinte, aos poderes constituídos. Condena-o ao exaurimento após o ato de criação e o limita por regras e procedimentos, trasladando o poder político ao Estado. O Poder Judiciário reconhece e enaltece a soberania popular mas a linha seguida determina que o judiciário é quem tem a última palavra acerca dos conteúdos da Constituição.

É possível predicar algum tipo de supremacia quando a autoridade que se reconhece como suprema não pode determinar os próprios conteúdos de sua obra e estes são deslocados a uma autoridade secundária que tem a palavra final, fundada pela suprema? [...] É o juiz quem realmente parece ter todas as qualidades de um poder ilimitado e conclusivo, um poder político formidável que decide sobre toda a associação entre a Constituição e o povo.³⁶

O fato é que *Marbury vs Madison* denota com clareza a maneira como o Princípio da Separação dos Poderes foi recebido nos Estados Unidos, mediante a supremacia do Poder Judiciário e da Constituição; contrastando com o outro lado do Atlântico que primava pela supremacia do Legislativo. A divergência entre a forma dada ao Princípio da Separação dos Poderes, entre Estados Unidos e Europa (nomeadamente Inglaterra e França) resta flagrante quando da consagração do *judicial review*.

³⁴ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 133.

³⁵ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 133.

³⁶ RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 136.

4. OBJEÇÕES DEMOCRÁTICAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma das principais polêmicas arguidas, desde seu surgimento, em desfavor do instituto do *judicial review*, seria sua natureza antidemocrática, vez que delega a representantes não eleitos pelo povo (juízes) a prerrogativa de anular as leis formuladas pelos legisladores eleitos democraticamente.

Em que pese o fato de que em quase todo o mundo as nações, gradativamente, optaram por aderir ao controle de constitucionalidade, criando, cada uma, seus tribunais constitucionais, as divergências seguem e a discussão acerca da legitimidade democrática do instituto, bem como dos limites da atuação política do Poder Judiciário, estão longe de um consenso.

A fim de contrapor as objeções democráticas do controle de constitucionalidade, Sebastián Linares traz à calva o debate entre dois dos principais filósofos políticos da atualidade: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Dworkin visualiza a questão do controle de constitucionalidade, não sob a ótica de sua compatibilidade com a democracia, mas sim designando o que é, para ele, a democracia. E a democracia, em Dworkin, tem por objetivo definidor o fato de que “as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito”.³⁷

Com base nessa definição de democracia com fulcro na ideia de direitos, Dworkin defende que os juízes têm melhores condições de defender ditos direitos que as legislaturas, vez que raciocinam com base em princípios. Dworkin defende que os juízes apresentam uma condição estrutural que torna mais provável que raciocinem com fundamento nos princípios do que se movam por interesses egoístas, agindo, portanto, de maneira melhor que as legislaturas.

Já para Waldron essa assertiva é infundada. Para ele não é certo que os juízes sempre decidem conforme princípios morais dando maior atenção, na maioria das vezes, para argumentos “colaterais e moralmente irrelevantes”. “Os magistrados, preocupados com sua legitimidade para resolver estas questões em nome da coletividade, se sujeitam obsessivamente ao texto legal e aos precedentes em vez de discutir as razões morais que são o centro das controvérsias políticas”.³⁸

³⁷ DWORKIN, 2004, p. 117 *apud* LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 63.

³⁸ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 72.

Para rechaçar a afirmação de que os juízes não se movem por interesses egoístas, Waldron colaciona inúmeros casos norte-americanos em que restou patente a atuação do judiciário em defesa de um setor específico, como no caso *Schenck v. United States*, onde a Corte decidiu que qualquer crítica ao serviço militar obrigatório durante a Primeira Guerra Mundial era análogo a disparar com armas de fogo dentro de um teatro abarrotado de gente; ou no caso *Korematsu v. United States*, em que a Corte se negou a proteger os cidadãos americanos descendentes de japoneses dos campos de concentração estadunidense durante a Segunda Guerra Mundial.³⁹

Alguns autores, a exemplo de Michael Moore, defende a atuação judicial em detrimento da legislativa em virtude de que os juízes dispõem de casos concretos para apreciar os conflitos morais que a eles se apresentam. No entanto este argumento não prospera, segundo Waldron, tendo em vista que a grande maioria dos tribunais, nomeadamente os europeus, ao tratar acerca do controle de constitucionalidade, o fazem de maneira abstrata e desvinculada dos casos individuais. Nem mesmo os juízes americanos, que decidem sobre o controle de constitucionalidade sobre casos concretos, se encaixam na defesa de Moore. Isto porque, quando o caso finalmente chega às instâncias superiores, perdem toda essa ligação com o caso individual e com as partes que o juiz singular teve para analisar e decidir, tornando o debate genérico produzindo uma decisão que estende seus efeitos para além do caso individual, abrangendo todos os casos similares.⁴⁰

Waldron considera o ambiente do legislativo mais apropriado para considerações de casos individuais através do *lobby*, das audiências públicas e aduz que, assim como os juízes, os legisladores também se preocupam com princípios, raciocinam de acordo com critérios objetivos, oferecem suas razões de voto mediante o debate que ocorre nas comissões legislativas e dentro do plenário, e estas razões também são publicadas. O autor cita como exemplo de qualidade de debate legislativo, de decisões fundamentadas emergentes do processo de deliberação pública, os ocorridos na década de 1960 no Reino Unido, pelo Parlamento britânico, a respeito da liberalização do aborto, da abolição da pena de morte e sobre a legalização da conduta homossexual. Waldron resume que a diferença entre o debate judicial do debate legislativo reside no fato de que, enquanto o judicial se abstrai em questões interpretativas, hermenêutica, competência, doutrina e precedentes; o legislativo tem o condão de focar sua atenção na questão crucial, no problema moral

³⁹ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 72.

⁴⁰ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 73.

e suas implicações⁴¹. O autor reconhece a possibilidade do debate legislativo se desvirtuar ou serem estéreis, mas considera que a probabilidade de os juízes e os legisladores caírem em suas respectivas patologias é simétrica, e, na qualidade de simétricas, a premissa de que o controle de constitucionalidade defende melhores os direitos individuais do que o legislador deve ser afastada.⁴²

Portanto, para *Waldron*, uma vez que não se pode aferir que as razões de decidir do Poder Judiciário são superiores qualitativamente às deliberações das legislaturas, sendo que são ambos poderes imperfeitos, falíveis e sujeitos a agirem movidos por interesses e não com respeito a princípios; então é salutar que se dê primazia ao procedimento mais democrático, àquele poder que melhor “respeita o direito a participar em pé de igualdade” – O Poder Legislativo.

A conclusão trazida por *Linares*, com fundamento no filósofo neozelandês, é a de que, por vezes, o controle de constitucionalidade far-se-á necessário e figurará com primazia ante a deliberação da legislatura. Que defender a supremacia legislativa não sugere uma “defesa dogmática das leis do Congresso”. Cita com exemplo um Congresso aprovar uma lei mediante suborno de seus congressistas, a qual, posteriormente, é invalidada pelo judiciário através do controle de constitucionalidade. Por certo que referida decisão será acertada e justa. No entanto, referido acontecimento e conclusão não leva, necessariamente, à defesa geral do instituto do controle de constitucionalidade. É inegável que há países portadores de legislaturas desvirtuadas, corruptas, com legados racistas, onde o controle de constitucionalidade se mostra extremamente salutar. Mas a instituição do controle de constitucionalidade deve sempre se pautar na excepcionalidade e máxima cautela em vez de elevá-lo à categoria de “chave para a defesa dos direitos e uma instituição normal da democracia”.⁴³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Separação dos Poderes é fruto da fusão de inúmeras ideias ao longo da história sofrendo as mais diversas interpretações. As diferentes concepções dadas a referido

⁴¹ O autor dá o exemplo da questão do aborto onde o *status* do feto, a escolha da gestante, os riscos, a sua privacidade e os conflitos morais são questões que encontram um debate mais focado e amplo no âmbito do poder legislativo que na argumentação judicial. LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 75.

⁴² LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 75.

⁴³ LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 98.

princípio, impulsionadas pelos diferentes contextos políticos e sociais de cada continente, materializaram-se em antagônicos modelos estatais fundados em diferentes valores constitucionais. O que Valdés denomina *El valor de la Constitución*.

Enquanto na França o princípio da separação dos poderes foi originariamente concebido para se assegurar a primazia da lei e a supremacia do poder legislativo, garantindo, deste modo, as liberdades individuais das arbitrariedades do Estado; na América ele assumiu a função de separação entre os poderes, de modo que cada um tivesse suas funções delimitadas e atuassem como pesos e contrapesos um dos outros – *the check and balances*.

À esta proposta americana de equilíbrio entre os Poderes, que até então se dava entre Legislativo e Executivo, os americanos incluíram o Poder Judiciário ao esquema da balança dos poderes e, com ele, o poder de declarar as leis inconstitucionais.

O instituto do *Judicial Review* foi fundamentado na supremacia da Constituição na qualidade de materialização do poder do povo. Ou seja, uma vez que o poder do povo materializado na Constituição é superior a todos os demais, todos os poderes estão à ela submetidos e devem estar em conformidade com seus ditames, cabendo ao Poder Judiciário primar pela defesa dos ditames constitucionais.

Apesar de toda esta interpretação doutrinária, a Constituição Federal americana de 1787 não previu expressamente o controle de constitucionalidade, sendo que o mesmo só se consagrou definitivamente, passando a integrar o ordenamento jurídico constitucional, em 1803 através do emblemático caso *Marbury vs Madison* – uma jogada dos federalistas americanos para permanecerem no poder.

Referido caso demonstra com clareza a maneira como o princípio da separação dos poderes foi recebido nos Estados Unidos, mediante a supremacia do Poder Judiciário e da Constituição; contrastando com o outro lado do Atlântico que primava pela supremacia do Legislativo. A divergência entre a forma dada a referido princípio, nos Estados Unidos e Europa (nomeadamente Inglaterra e França) resta flagrante quando da consagração do *judicial review*.

Uma das principais polêmicas arguidas, desde seu surgimento, em desfavor do instituto do *judicial review*, seria sua natureza antidemocrática, vez que delega a representantes não eleitos pelo povo (juízes) a prerrogativa de anular as leis formuladas pelos legisladores eleitos democraticamente.

Foi exatamente essas objeções que tardaram a adoção de referido instituto no velho continente – a grande resistência a se impor limites ao poder legislativo, tido como poder soberano por ser a expressão da soberania popular.

No entanto, o limite de atuação judicial delimitado no constitucionalismo francês desmitificou-se e demonstrou sua fragilidade. Referido modelo cedeu no confronto com a realidade, vez que o Estado não se deixou reduzir ao Direito e a lei parlamentar se revelou arbitrária e injusta, sendo necessária a posterior ampliação do poder jurisdicional ante a possibilidade de controle de constitucionalidade da legislação por parte dos juízes.

Em que pese as objeções democráticas aludidas por inúmeros críticos, dentre os quais se destaca o filósofo neozelandês Waldron, o instituto do *judicial review* consagrou-se no continente europeu e na ampla maioria dos Estados constitucionais contemporâneos, como o meio apto a garantir a supremacia constitucional bem como a salvaguarda dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **Los jueces y la política**. Poder judicial y democracia. Madri: Taurus, 1999.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madri: Marcial Pons, 2008.

MARAVALL, José María. **El control de los políticos**. Madrid: Taurus, 2003.

PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madri: Marical Pons, 2005.

CONTITUCIONALISMO EUROPEU E A *GOOD GOVERNANCE* DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS NA UNIÃO EUROPEIA

Carla Piffer¹

Bruno Smolarek Dias²

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar que o atual constitucionalismo europeu, precedido pelo projeto da Constituição europeia, foi fundado a partir da chancela de Estados que hoje, ao invés de possuírem ordens jurídicas nacionais, possuem ordens jurídicas parciais. Apresenta-se, pois, uma discussão acerca do paradigma do constitucionalismo clássico, em que o Estado soberano vivencia alterações e adequações frente às novidades vivenciadas pelos Estados.

Por consequência, visando atingir o objetivo central deste estudo, que é uma análise da *good governance* dos fluxos migratórios a partir do atual constitucionalismo europeu, se faz necessário analisar as previsões dos Tratados constitutivos em matéria de proteção aos Direitos Humanos, notadamente aquelas relativas às migrações e asilo.

Por fim, partindo-se da proposta de *good governance* apresentada por Canotilho, pretende-se demonstrar, por meio da análise de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que os países de fronteira, notadamente a Itália, inserida em ambiente de política comum, mas agindo quase que isoladamente, possuem consideráveis dificuldades em administrar os fluxos migratórios que atingem o seu território.

¹ Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado - PNPd da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES.

² Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduiche na Universidade do Minho, Portugal; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR; Professor da Graduação das Universidades Paranaense - UNIPAR - e Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE; e-mail: brunosmolarek@gmail.com

1. ESTADO E SOBERANIA FRENTE AO PROJETO CONSTITUCIONAL EUROPEU

O projeto da Constituição Europeia fomentou uma intensa discussão acerca do paradigma do constitucionalismo clássico, pois o elemento Estado foi, e ainda é, utilizado como argumento contra a criação de uma Constituição Europeia, ainda sob premissas calcadas no Estado como “[...] categoria política ontologicamente pré-existente e pré-condição constitutiva de qualquer ordenamento jurídico constitucional”³.

Ora, não é novidade que o Estado soberano vem, há tempos, passando por desgastes nominados como colapso, recessão, crise ou enfraquecimento. Porém, de acordo com Miranda⁴, não significa que se chegou ao fim da história, mas ao fim de certa era, nem mesmo, seguindo a concepção de Cruz⁵, seria este abolido, pois não está fadado a desaparecer. Não seria o caso, também, como menciona Habermas, de se cogitar a criação de um Estado mundial⁶, o qual, por meio de uma fórmula mágica, resolveria todas as mazelas, dilemas e imperfeições que assombram tanto os Estados nacionais – individuais – quanto a União Europeia. Todas essas ocorrências possuem estreita relação e afetam diretamente a soberania estatal, sendo necessário tecer alguns comentários acerca da mesma.

Kelsen, na década de 1920, já afirmava que “[...] o conceito de soberania deve ser radicalmente mudado [...]”⁷. Mal sabia ele o que estava por vir. Ainda nas primeiras décadas do século passado, Heller já pronunciava que a soberania “é dinâmica e encontra-se em constante reconstrução. Neste contexto, somente seria considerado soberano o Estado destinado à satisfação das grandes necessidades da era moderna”⁸.

É claro que os fundamentos dos autores para tais afirmações eram originados de pontos de vistas diversos, porém convergentes: ao passo que Heller atribuía à soberania uma qualidade essencial do Estado, buscava compreendê-lo não a partir do direito que o constitui, mas ligado à

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 201.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 42-43.

⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2011. p. 55.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 74.

⁷ KELSEN, Hans. **O problema da soberania e a teoria do direito internacional**. Contribuição para uma doutrina pura do direito. 1920. Tradução de A. Carrino. Milão: Giuffrè. 1989. p. 469.

⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre. p. 336.

realidade social - o qual não poderia ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social -; Kelsen, por sua vez, analisava o Estado soberano como um sistema de normas, a partir de um ângulo legitimamente jurídico⁹ - afirmando que qualquer enfoque distinto não seria científico, mas político.

Ao analisar a relação entre Direito Internacional e soberania, vez que o intuito do presente estudo é ater-se à atual estrutura normativa e ao constitucionalismo da União Europeia, os citados autores possuem posições divergentes. Para Kelsen, “[...] os Estados são soberanos na medida em que não existia Direito Internacional ou que não se suponha a sua existência”¹⁰. Assim, soberania e Direito Internacional teriam se tornado forças opostas, pois seu conceito teria sido relativizado ante a evolução deste, afirmando que a existência de qualquer ordem normativa que regule a conduta dos Estados em suas relações com seus iguais é incompatível com a soberania do Estado¹¹. Heller, em contraposição, aponta que o caráter absoluto da soberania não é abalado pelo Direito Internacional e pela interdependência entre os Estados, pois tal interdependência ocorre em razão de tratados, nos quais o elemento volitivo sobeja¹².

Embora os citados doutrinadores tenham contribuído para com a temática ainda no século passado, é inegável que tanto lá quanto cá o conceito de soberania dá azo a fervorosas discussões e sofre, atualmente, consideráveis modificações, ou relativizações, em consequência da transnacionalização das mais variadas relações que perpassam e atravessam o planeta.

E é nesse contexto que se chama atenção para o fato de que o conceito de soberania não pode ser reduzido ao conceito de soberania estatal. Streck e Moraes, citando Antonio Tarantino, discorrem que:

O discurso, no plano da teoria geral do direito, e não no plano da teoria geral do Estado, é o que especifica os elementos do conceito geral de soberania, sem resolver-se nos critérios da competência territorial e da competência pessoal, e o que reconhece que os cidadãos de cada Estado podem ser destinatários de normas de muitos ordenamentos soberanos não estatais, e admite, por isso, o reconhecimento de um pluralismo de ordenamentos soberanos, entre os quais se inclui o ordenamento estatal. É um problema apresentado pela crise atual do conceito de soberania do

⁹ KELSEN, Hans. **O problema da soberania e a teoria do direito internacional**. Contribuição para uma doutrina pura do direito. p. 17-18.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 526.

¹¹ KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Prólogo de Luis R. Siches. 2. ed. 1. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 106.

¹² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.

Estado, em virtude da proliferação de ordenamentos soberanos transnacionais, paralelamente ao do Estado¹³

Diante desta mudança de paradigmas, vários elementos de ordem principalmente externa deram origem a uma nova ordem interdependente, impulsionada pela globalização, de intensas e acirradas relações entre os mais variados sujeitos, em que as normas de uma pluralidade de Estados se comportam em um mesmo espaço.

Como afirma Canotilho, “Nenhum Estado pode permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional”¹⁴, coadunando com a ideia de que a abertura ao Direito Internacional seria uma das caracterizações do Estado de direito e, “[...] que o direito internacional recorta hoje *pré-condições* políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito”¹⁵. Por conta disso, segundo o mesmo autor, demonstra-se inegável a transição de um Estado soberano para um Estado não soberano, ou a transição de um Estado soberano para um Estado internacionalmente orientado e um Estado supranacionalmente vinculado, este último ante os motivos justificadores da criação, construção e aprimoramento da União Europeia¹⁶.

Assim, também as ordens jurídicas sofrem alterações, passando a ser readequadas frente às novidades vivenciadas pelos Estados, notadamente quando o assunto é a União Europeia. É neste sentido a orientação de Canotilho¹⁷:

Qualquer “patriotismo constitucional” será, aqui, um sentimento débil, pois, com a recusa e rejeição, por parte dos Estados, de uma “soberania nacional” e de um “poder soberano exclusivo”, também a magna carta de um país perde uma parte de seu simbolismo, da sua força normativa e do seu papel identificador. A “internacionalização” e a “europeização” [...] tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”.

Desse modo, mesmo que as constituições continuem a ser a Magna Carta de identidade nacional, a sua força normativa terá de ceder, ao menos parcialmente, perante os novos fenótipos políticos-organizatórios, e consequentemente adequar-se nos planos político e normativo¹⁸. Aliás,

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 169.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 232

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. p. 233.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. p. 110.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. p. 110.

diante de modelos integracionistas, cujos fundamentos se calcam, para muitos, na supranacionalidade¹⁹, e para outros, em um projeto constitucional europeu, qualquer esforço é desnecessário no sentido de encontrar na União Europeia semelhanças com o Estado nacional. São figuras diversas, com algumas funções semelhantes e outras discrepantes: este é o constitucionalismo europeu.

Ao redesenhar o velho desenho da soberania, o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no ano de 1963, proferiu o Acórdão 26/62, frisando que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, seus direitos soberanos e cujos sujeitos, não são só os Estados-membros, mas também os seus nacionais”²⁰. O mesmo Tribunal confirmou tal posicionamento no ano seguinte por meio do Acórdão n. 6/64, afirmando que os Estados “[...] limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios”²¹.

Da análise dos dois acórdãos, um pouco distantes no tempo, mas atuais quanto à matéria, a discussão acerca da cessão ou transferência de parcela da soberania estatal em favor da Comunidade demonstra ser condição fundamental para o funcionamento da mesma²². Nesse sentido, Neves expõe que em razão desse compartilhamento de parcelas de soberania a partir dos Estados-membros, a “[...] a União Europeia constitui a única experiência de supranacionalismo”²³, implicando em uma relação complementar entre o direito da União e o dos Estados-membros, em “uma rede de elementos constitucionais”²⁴, o que resultou no que se pode chamar, atualmente, de constitucionalismo europeu.

¹⁹ SILVA, Karine de Souza. As instituições da União Europeia e as alterações trazidas pelo Tratado de Lisboa. In: SILVA, Karine de Souza. **Mercosul e União Europeia: o Estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Modelo, 2010. p. 140.

²⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão n. 26/62 de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/Van_Gend_en_Loos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão n. 6/64 de 15 de julho de 1964. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FPC_MA_24700.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

²² Tais decisões foram seguidas por inúmeras outras no sentido de afirmarem que a “atribuição à Comunidade dos direitos e poderes que constam das disposições dos Tratados, efetuada pelos Estados-membros, origina uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, contra a qual não pode prevalecer a invocação de disposições de direito interno, sejam de que natureza for”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão n. 48/71 de 13 de julho de 1972. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db5b05b2474f4047b9a2389f055c8807e4.e34KaxilC3qMb40Rch0SaxuKch50?text=&docid=88200&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1956682>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 152

²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 154

2. O CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

Surgido a partir de um misto entre a interdependência propiciada pela globalização e a necessidade de integração regional, o atual constitucionalismo europeu se fundou a partir da chancela de Estados que, ao invés de possuírem ordens jurídicas nacionais, hoje possuem ordens jurídicas parciais. Diz-se isso, pois, as Constituições nacionais dos Estados-membros da União, ao perderem sua primazia ante a transferência de poderes soberanos, são agora constituições dos Estados-membros da União Europeia, cujos conteúdos devem ser adaptados às normativas desta, vez que o Direito da União se sobrepõe às normas constitucionais internas.

Independentemente da rejeição quanto à aprovação de uma Constituição europeia, entende-se que, na mesma ordem que os Estados possuem as suas Constituições, a União Europeia, como “União de direito”²⁵, se fundamenta nos seus Tratados constitutivos²⁶, os quais funcionam como se fossem “a densidade programática”²⁷ do que deveria ser a Constituição europeia, e que nesse estudo é chamado de constitucionalismo europeu²⁸.

Isso porque a criação da Comunidade Europeia e a implementação de seus objetivos exigiram a criação de um ordenamento interno, com extensão e alcance muito mais consideráveis do que as regulamentações internas de outras organizações internacionais. O que se pretende é chamar atenção para o que hoje se chama de constitucionalismo europeu, no sentido da composição ímpar

²⁵ Da mesma maneira que se faz referência ao Estado de direito, a expressão “União de Direito” significa que o poder público da União deve estar submetido ao direito. A decisão proferida pelo Acórdão 294/83 fez, pela primeira vez, menção à existência de uma Comunidade de direito, expondo que: “Impõe-se salientar primeiramente, a este respeito, que a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão n. 294/83. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92818&pageIndex=0&doclang=PT&mo>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

²⁶ Os Tratados constitutivos da União Europeia são: o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, os Tratados de Roma (Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atômica e Tratado da Comunidade Económica Europeia) e suas modificações em virtude dos alargamentos, o Tratado de Maastrich (ou Tratado da União Europeia de 1992) e suas várias adaptações, o Tratado de Amsterdã de 1997, o Tratado de Nice de 2001 e o Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009. No entanto, as fontes do direito da União Europeia são três, a saber, as fontes primárias, as fontes derivadas e as fontes de direito subsidiário. As fontes primárias, ou direito primário, incluem essencialmente os tratados constitutivos da União Europeia. As fontes derivadas são constituídas por elementos do direito baseados nos tratados. Tanto o direito derivado unilateral como o direito convencional fazem parte do direito derivado. As fontes subsidiárias são formadas por elementos do direito que os tratados não preveem. Trata-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça, do direito internacional e dos princípios gerais de direito. Fonte: UNIÃO EUROPEIA. Sínteses da legislação da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14534_pt.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 201.

²⁸ Vale ressaltar que quando se defende a existência do constitucionalismo europeu, não se cogita uma teoria de análise das relações entre as Constituições dos Estados-membros da União, pois esta já é muito bem apresentada por Canotilho a partir de uma “teoria da interconstitucionalidade” que, “[...] como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 266.

da ordem jurídica da União Europeia e sua base institucional, visto que, além dos já citados Tratados constitutivos, define os processos de decisão das instituições comunitárias e regula as suas relações. Assim, tendo em vista que o aparato jurídico funciona como base de sustentação da União, o constitucionalismo europeu se apresenta hoje com as seguintes características: oferece mecanismos à União para a tomada de decisões, com instrumentos capazes de torná-las vinculantes aos Estados e aos cidadãos; possui um sistema de fontes (composto tanto pelos Tratados constitutivos quanto pelos atos normativos – regulamentos e diretivas) que impõe direitos e deveres; resolve litígios para obrigar os Estados-membros ao cumprimento das determinações da União; e regula as relações entre a União e seus Estados-membros.

Assim, como explicita Canotilho, em um contexto de discussão acerca de uma Constituição para a Europa,

[...] assiste-se a uma espécie de *procedimento constituinte evolutivo* que: (1) obriga a alterações formais das constituições dos Estados-membros; (2) produz “revisões não convencionais” no direito constitucional nacional [...]. Se o processo constituinte colectivo europeu é, simultaneamente, um processo constituinte dos Estados-membros, o direito primário dos Tratados acaba, de facto e de direito, por se impor ao direito constitucional interno²⁹.

Vale destacar que já em 1967, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu que o tratado que instituiu a Comunidade Europeia (TCE) teria características, em certa medida, de uma “Constituição da Comunidade”³⁰. Em 1991, o Tribunal de Justiça das Comunidades (TJCE) definiu os tratados constitutivos como sendo atos fundantes da Comunidade (Gründungsakte) com estatutos de carácter constitucional (Verfassungsurkunde)³¹.

Acerca do assunto, Häberle³² afirma que a União Europeia vive sob um arranjo de várias Constituições parciais escritas e não escritas, em um ambiente de Direito europeu em sentido amplo – formado pelo Conselho Europeu, contando hoje com 28 Estados-membros – e em sentido estrito – integrado pelos Tratados constitutivos. Para o autor,

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. p. 826.

³⁰ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **BVerfGE** **22**, 292-296. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/10/rk20031009_2bvr104803.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

³¹ TRATADO DA COMUNIDADE EUROPEIA. **TJCE** **1991**, **6079** - **Parecer** **1/91**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbd2ee1fa2a7734a8e889de34090299f29.e34KaxilC3qMb40Rch0SaxuLc390?text=&docid=97775&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=396042>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³² HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional em desarrollo. Tradução de Francisco B. Callejón. **ReDCE**, nº 1, Enero-Junio de 2004, 11-24. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/1.%20Peter%20Haerberle.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 12.

Cualificar jurídicamente la Europa que se agrupa en la UE resulta particularmente difícil. La fórmula del TCFA de una “confederación de Estados” [...] ha sido muy criticada. La UE no es ya sólo una “confederación de Estados” y no es todavía un “Estado federal”, es una figura constitucional peculiar. Clasificaciones dignas de discusión son el concepto de “orden fundamental de la Unión” o “confederación constitucional” [...] ³³.

E mais, o autor infere que quando se fala da União Europeia, são evidentes as características de uma “comunidade constitucional” *sui generis*, cujos Tratados são constituições parciais³⁴. O próprio Tratado Schengen, ao criar o Espaço Schengen, como bem exemplifica o autor, removeu as fronteiras estatais da teoria tradicional dos elementos do Estado, e as nações participantes se tornam “nações amigas” ante à aceitação de acabar com os controles nas fronteiras internas dos 26 países participantes.

Deste modo, no caso de se conceber a União Europeia como uma organização de natureza próxima à do Estado ou de uma forma democrática dotada de soberania, atinge-se um problema de conceituação. Porém, a própria União Europeia é uma novidade, um modelo único que não necessita, nem mesmo almeja, comparações ou conceituações antigas.

Finalizada essa etapa, no tópico seguinte pretende-se, a partir da ideia de um constitucionalismo europeu, apresentar quais as previsões normativas em vigor a respeito da matéria de migrações e asilo em um contexto de respeito aos Direitos Humanos.

3. O CONSTITUCIONALISMO EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS E SUA PREVISÃO EM MATÉRIA DE MIGRAÇÕES E ASILO

Como bem afirma Häberle, “La función limitadora del poder es clásica en todo el pensamiento constitucional”³⁵. O constitucionalismo europeu, nos moldes como hoje se apresenta, apresenta tal função a partir do teor do artigo 7º do Tratado de Lisboa³⁶ que, diante de eventual

³³ HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional em desarrollo. Tradução de Francisco B. Callejón. **ReDCE**, nº 1, Enero-Junio de 2004, 11-24. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/1.%20Peter%20Haeberle.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 12.

³⁴ HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional em desarrollo. Tradução de Francisco B. Callejón. **ReDCE**, nº 1, Enero-Junio de 2004, 11-24. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/1.%20Peter%20Haeberle.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 13.

³⁵ HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional em desarrollo. Tradução de Francisco B. Callejón. **ReDCE**, nº 1, Enero-Junio de 2004, 11-24. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/1.%20Peter%20Haeberle.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 13.

³⁶ “Artigo 7º. 1. Sob proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia, o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º por parte de um Estado-Membro. Antes de proceder a essa constatação, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em questão e pode dirigir-lhe

lesão aos princípios fundamentais e aos direitos do homem por parte de um Estado-membro, a União pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo no Conselho.

Outra função clássica do pensamento constitucional é a da integração dos cidadãos e dos povos, sob uma perspectiva pluralista. Na União Europeia, tal função perpassa os seus Tratados constitutivos em vários momentos, notadamente quando referencia o respeito aos Direitos Humanos:

Artigo 2º. A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres³⁷.

É claro que outras funções atribuídas ao pensamento constitucional clássico podem ser verificadas nos Tratados constitutivos da União Europeia. No entanto, aquelas ora apresentadas – função limitadora do poder e integração dos cidadãos e dos povos – corroboram com o pensamento de Häberle, no sentido de que a União Europeia se apresenta como uma “comunidad constitucional en desarrollo, un conjunto rico en relaciones dosificado de manera variable en diferentes grupos de artículos y que contribuye a hacer madurar ya hoy la CE/UE hacia una impresionante ‘comunidad constitucional’ [...]”³⁸. Vale ressaltar que além dos citados artigos do Tratado de Lisboa, existem tantas outras disposições no constitucionalismo europeu acerca dos Direitos Humanos, as quais orientam essa “comunidad constitucional”.

Embora em 1950 tenha sido promulgada a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais - CEDH³⁹ - estabelecendo a Comissão de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH⁴⁰, complementada pela Carta Social Europeia de 1961 - à época da Comunidade Europeia, a inserção formal da matéria não foi tão simples assim. A

recomendações, deliberando segundo o mesmo processo [...]”. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa** – versão consolidada. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa** – versão consolidada. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³⁸ HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional en desarrollo. Tradução de Francisco B. Callejón. **ReDCE**, nº 1, Enero-Junio de 2004, 11-24. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/1.%20Peter%20Haerberle.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 14.

³⁹ A Convenção foi promulgada em 04.11.1950, na cidade de Roma, tendo entrado em vigor em 03.09.1953.

⁴⁰ Também conhecido como Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Tribunal de Estrasburgo ou simplesmente TEDH. O novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem começou a funcionar em 1 de Novembro de 1998, data da entrada em vigor do Protocolo nº 11.

preocupação com os Direitos Humanos no âmbito Comunitário passou a ser verificado somente no preâmbulo do Ato Único Europeu de 1986⁴¹ e no preâmbulo, artigo 2º e parágrafo 2º do artigo 6º do Tratado de Maastricht de 1993⁴², também conhecido como Tratado da União Europeia – TUE, os quais passaram a compor o início do constitucionalismo europeu em matéria de Direitos Humanos.

No ano 2000 ocorreu a formal adesão da Comunidade aos preceitos da CEDH, e o Conselho Europeu decidiu por reconhecer seu conteúdo como preceitos comuns no âmbito da União Europeia. Foi nesse contexto que nasceu a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, dotada de amplo aparato de respeito aos Direitos Humanos, tornando-se vinculativa em toda a União com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, significando que as suas instituições são obrigadas a respeitar os direitos consagrados na Carta⁴³.

Pode-se dizer que, a partir de então, o constitucionalismo europeu é dotado de importantes preceitos em matéria de Direitos Humanos, destacando-se, para este estudo, as previsões que tratam das migrações e asilo verificáveis nos seguintes artigos: 4º - proibição da tortura e de tratamento ou penas desumanas; 18 - garantia do direito de asilo, nos moldes da Convenção de Genebra de 1951 e do Protocolo de 31 de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia; 19 – que proíbe as expulsões coletivas; 20 – que prevê a igualdade de todos perante a lei; e 21, sobre a proibição da discriminação em razão de sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual⁴⁴.

Especificamente quanto à matéria aplicável às migrações, e conforme previsão do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE⁴⁵, a sua política de asilo tem por objetivo a

⁴¹ O Ato Único é constituído por um preâmbulo e por quatro títulos e inclui uma série de declarações adotadas pela Conferência.

⁴² Artigo 6º, parágrafo 2 do Tratado de Maastricht: “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.1.3.html www.europa.eu>. Acesso em: 01 jun. 2017.

⁴³ Além disso, o Tratado de Lisboa previu que a UE irá aderir à CEDH, passando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH, com sede em Estrasburgo, a ser competente para rever os atos da UE. UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais**. Publicada no *Jornal Oficial* nº C 364 de 18/12/2000 p. 0001 – 0022. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:PT:PDF>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais**. Publicada no *Jornal Oficial* nº C 364 de 18/12/2000 p. 0001–0022. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:PT:PDF>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁴⁵ Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o TFUE ficou com 358 artigos que cobrem diversos aspectos da vida interna da União, dos seus mecanismos democráticos, das suas políticas internas, e da sua ação externa. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o**

harmonização de tais procedimentos aplicados pelos Estados-membros, com a implementação de um regime comum de asilo, destinado a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão, baseada na solidariedade entre os Estados-membros⁴⁶. Convém destacar o teor do Artigo 78 do TFUE:

Artigo 78.

1. A União desenvolve uma **política comum em matéria de asilo**, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão. Esta política deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra, de 28 de julho de 1951, e o Protocolo, de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e com os outros tratados pertinentes.

2. Para efeitos do n. 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam as medidas relativas a um sistema europeu comum de asilo que inclua:

- a) Um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros, válido em toda a União;
- b) Um estatuto uniforme de proteção subsidiária para os nacionais de países terceiros que, sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional;
- c) Um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a proteção temporária das pessoas deslocadas;
- d) Procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária;
- e) Critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária;
- f) Normas relativas às condições de acolhimento dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária;
- g) A parceria e a cooperação com países terceiros, para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária.

3. No caso de um ou mais Estados-Membros serem confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas provisórias a favor desse ou desses Estados-Membros. O Conselho delibera após consulta ao Parlamento Europeu⁴⁷. (grifo da autora)

funcionamento da União Europeia – TFUE. Disponível em: <<http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=913>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁴⁶ De acordo com o Artigo 67, n. 2 do TFUE, “A União assegura a ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas e desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas que se baseia na solidariedade entre Estados-Membros e que é equitativa em relação aos nacionais de países terceiros. Para efeitos do presente título, os apátridas são equiparados aos nacionais de países terceiros”. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia – TFUE.** Disponível em: <<http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=913>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia – TFUE.** Disponível em: <<http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=913>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Da análise destes dispositivos, torna-se inegável que a matéria afeta ao asilo, regada por um regime comum, deve ser seguida pelos Estados-membros da União Europeia, os quais, se eventualmente desrespeitarem tais previsões, estariam desobedecendo ao disposto nos citados tratados. Além disso, é também comum a política da União em matéria de gestão das fronteiras externas, fator que deve ser levado em consideração quando o assunto envolve os fluxos migratórios em direção aos países da União Europeia⁴⁸. E por fim, tais políticas comuns não podem se dissociar do respeito aos Direitos Humanos.

É nesse ponto que os Estados-membros da União, aplicando a política comum de asilo, devem atentar para não desrespeitar nenhuma previsão dos Tratados constitutivos da União no que toca à proteção dos direitos do contingente humano que compõe os atuais fluxos migratórios em direção à Europa. Mas a grande questão que surge é: diante do constitucionalismo europeu que hoje se apresenta, conseguiriam os países da União Europeia que mais recebem os fluxos migratórios atuais – destaca-se aqui a Itália – realizar a “*good governance*” das migrações com vistas ao respeito dos Direitos Humanos e cumprimento da política comum de asilo? Estes serão os assuntos abordados na sequência.

4. A GOOD GOVERNANCE DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS NA UNIÃO EUROPEIA

No ano de 2016, segundo dados da Agência da ONU para Refugiados – ACNUR, 362.753 pessoas compuseram os números de um chocante fluxo migratório que chegou à Europa pelo mar. Neste ano de 2017, até a primeira semana do mês de julho, esse número está em 102.578, sendo 6.524 pessoas que chegaram à Espanha, 9.566 à Grécia e 86.101 à Itália, todos pelo mar. Somente no mês de junho deste ano, 27.899 pessoas chegaram em terras Europeias por esta via⁴⁹.

Não são necessárias maiores informações para concluir que a situação é muito complexa, notadamente para a Itália, quando o assunto é a *good governance* dos fluxos migratórios, pois muitos problemas surgem tanto de ordem prática quanto financeira, de controle de saúde pública e impossibilidade de fornecer condições mínimas de sobrevivência a pessoas que, na grande maioria, buscam uma possibilidade de recomeço na condição de refugiados.

⁴⁸ A gestão das fronteiras externas na União está prevista nos artigos 67 e 77 do TFUE. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia – TFUE**. Disponível em: <<http://euroglobe.com/dicionario.asp?definition=913>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁴⁹ ACNUR - Agência das Nações Unidas para Refugiados. **Refugee situations**. Disponível em: <<http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

Antes de adentrar ao assunto específico ao qual se propõe esta parte do estudo, se faz necessário tecer alguns comentários acerca da expressão *good governance* ou bom governo, utilizadas como sinônimo por Canotilho. Segundo o autor, a expressão *good governance* é um conceito de enormes potencialidades, podendo ser utilizada sob várias perspectivas.

Neste sentido, destacam-se aquelas que mais interessam a este estudo: a *good governance* no sentido da condução responsável dos assuntos do Estado; a *good governance* como instrumento que acentua a interdependência internacional dos Estados, “[...] colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais”⁵⁰. Mas, segundo Canotilho, a “governança responsável” se refere também à “essência do Estado”, “[...] pois o desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana, envolve como elementos essenciais o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, incluindo o respeito pelos direitos sociais [...]”⁵¹, além da democracia calcada no Estado de direito e um sistema de governo transparente e responsável.

A partir desta percepção de *good governance*, o assunto deve ser analisado sob a perspectiva dos fluxos migratórios internacionais, especificamente daqueles que possuem como direção ao sul da Itália, cuja rota é o mar Mediterrâneo.

Utilizando-se dos preceitos que compõem o constitucionalismo europeu em matéria de migrações e asilo, a sua *good governance* deve atender às potencialidades apresentadas por Canotilho: deve se dar mediante a condução responsável dos assuntos em questão por parte de todos os Estados que compõem a União Europeia, por meio do Conselho Europeu e demais instituições da União, que em conjunto devem deliberar sobre a matéria, vez que um único Estado-membro não possui condições de conduzir, responsavelmente, assuntos tão impactantes como a gestão dos fluxos migratórios.

Também, se trata a *good governance* de instrumento que acentua a interdependência tanto dos Estados que compõem a União Europeia quanto dos demais Estados envolvidos, os quais devem abordar o tema em conjunto, por não se tratar de um fenômeno isolado. Por esta razão que a União inseriu em seus tratados constitutivos a matéria de imigração e asilo e definiu a adoção de políticas

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 327

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 201. p. 328.

comuns sobre o tema.

Ao final, sendo o respeito aos Direitos Humanos condição primordial para uma “governança responsável”, a própria União Europeia, ao adotar a CEDH, demonstrou que se comprometeria com a proteção de tais direitos, devendo os seus Estados-membros agirem na mesma ordem, sob pena de serem responsabilizados por eventuais ofensas atentatórias a tais direitos. No entanto, esta condução responsável não tem se demonstrado muito satisfatória. Tal afirmação se dá pelo fato de a União Europeia ter “virado as costas” para os principais países recebedores dos fluxos migratórios. Não se viu, até o momento, qualquer mobilização concreta – além da Declaração UE - Turquia, de março de 2016⁵² - por parte desta no sentido de adotar medidas a favor da Itália em cumprimento ao item 3 do artigo 78 do TFUE, no sentido do Conselho adotar medidas provisórias a favor dos Estados-membros confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros.

Ocorre que a própria União Europeia, apenas alguns meses antes de firmar a Declaração, alegou que houve um recuo da Turquia com relação à democracia, incluindo a proteção aos Direitos Humanos, sendo esta um país considerado não seguro. A esse respeito afirmou a Anistia Internacional que “*Nessun rifugio sicuro: richiedenti asilo e rifugiati privati di protezione effettiva in Turchia*”⁵³, denunciando o inadequado sistema de asilo do país, chamando o citado acordo de ilegal e privo de escrúpulos, da parte da União Europeia.

Outrossim, embora exista a previsão de direcionamento de fundos específicos com vistas a contribuir com parte dos custos, uma *good governance* da matéria não envolve somente cifras, nem mesmo se faz mediante políticas migratórias policíescas. Especificamente com relação à atual situação vivida pela Itália, as instituições da União não podem fazer de conta que tal problema não existe, nem mesmo fazer crer que a Itália – isoladamente em um espaço que deveria ser regido por engajamentos comuns – deva realizar a *good governance* dos seus fluxos. Já está mais do que

⁵² No tocante à Declaração UE - Turquia, um mero instrumento de *soft law*, amplamente criticado internacionalmente, prevê que todos os migrantes irregulares - se não forem requerentes de asilo ou se forem requerentes de asilo cujos pedidos tenham sido declarados inadmissíveis -, ao cruzarem as fronteiras da Turquia para a Grécia, seriam devolvidos ao país turco. Ainda, a Turquia adquire a obrigação de realizar medidas preventivas a fim de que nenhuma rota - marítima ou terrestre - seja criada a fim de continuar o fluxo de migração irregular; ademais, também é mencionado que, para cada sírio que seja obrigado a retornar das ilhas gregas para a Turquia, outro sírio será reassentado na União Europeia. UNIÃO EUROPEIA. **Declaração UE – Turquia**. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

⁵³ REPUBBLICA. Divisione Stampa Nazionale. **Accordo UE-Turchia sull'immigrazione: “Irresponsabile e illegale sospendetelo”**. Disponível em: <http://www.repubblica.it/solidarieta/immigrazione/2016/06/03/news/turchia_illegale_irresponsabile_e_illegale_amnesty_internazionale_chiede_la_sospensione_dell_accordo_in_materia_d_immigraz-141210091/>. Acesso em: 01 jul. 2017.

comprovado que isso é inatingível e a própria Itália recorre à União para se fazer ouvir.

No mês de junho deste ano, após receber doze mil migrantes pela rota Mediterrânea, o país enviou uma mensagem oficial à Comissão Europeia definindo como “grave” a situação vivenciada, declarando estar analisando a hipótese de fechar os portos italianos aos navios estrangeiros, vez que além das ONGs, operam no Mediterrâneo navios da Frontex e de outros Estados da União Europeia, os quais recolhem os migrantes e os levam até a costa italiana. A esse respeito, o próprio Presidente da República italiana se manifestou no sentido de que se o fenômeno dos fluxos migratórios continuarem com estes números, a situação se demonstrará ingerível, inclusive para um país grande e aberto como a Itália, enfatizando que se trata de “un fenomeno epocale che non si può cancellare alzando muri ma occorre governarlo con serietà”⁵⁴.

Por fim, outro problema que atinge a Itália e os demais países recebedores de migrantes tem sido a constante condenação dos mesmos pelo TEDH, por descumprimento do constitucionalismo europeu, notadamente por descumprirem a CEDH. Algumas das principais decisões deste Tribunal serão analisadas na sequência, e são mais um forte elemento de impossibilidade de se realizar a *good governance* dos fluxos migratórios.

5. A GOOD GOVERNANCE DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS COLOCADOS À PROVA NO TEDH

Países como Espanha, Grécia e Itália tiveram a governança das migrações colocadas à prova, por inúmeras vezes, pelo TEDH. O primeiro Estado da União a ser condenado em virtude da tutela e dos direitos de acolhimento dos refugiados, com base no artigo 3º da CEDH (proibição de tortura e tratamentos desumanos), foi a Grécia: no processo S.D. contra Grécia, um requerente de asilo esteve detido enquanto aguardava uma decisão sobre tal pedido. Neste caso, o TEDH declarou que ele tinha estado numa situação de vazio jurídico devido à inexistência de qualquer disposição relativa à reapreciação direta da sua detenção enquanto a expulsão não era executada⁵⁵.

Outras decisões também envolveram a Grécia, especialmente no tocante às condições de detenção dos solicitantes de asilo e a possível violação do citado artigo 3º. Nos casos Dougoz, Peers

⁵⁴ REPUBBLICA. Divisione Stampa Nazionale. **Migranti, l'Italia alla Ue**: ipotesi blocco alle navi straniere. Mattarella: "Situazione ingestibile". Disponível em: <http://www.repubblica.it/cronaca/2017/06/28/news/migranti_italia_ue_sbarchi-169383917/>. Acesso em: 06 jul. 2017.

⁵⁵ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - TEDH, **S.D. c. Grécia**, n.º 53541/07, 11 de junho de 2009. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_POR.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

e S.D. contra Grécia, o Tribunal enunciou, em 2009, princípios importantes acerca das condições de detenção, além de esclarecer que os requerentes de asilo detidos eram particularmente vulneráveis devido às experiências vividas quando fugiam à perseguição, as quais poderiam agravar a sua angústia durante a detenção⁵⁶. Também no processo M.S.S. contra Bélgica e Grécia⁵⁷, o Tribunal concluiu que havia ocorrido a violação do artigo 3º da CEDH, não só em relação às condições de detenção do requerente, mas também no tocante às suas condições gerais de vida (acolhimento) na Grécia.

Na condição de país receptor de constantes fluxos migratórios, a Itália também vem sendo alvo de condenações por violação ao artigo 3º da CEDH. Em fevereiro de 2008 o Tribunal, no caso Sellem contra Itália⁵⁸, entendeu, unanimemente, que a proibição da tortura prevista possui caráter absoluto, com o fito de proteger, inclusive, indivíduos que são considerados perigosos por ligação com organizações terroristas islâmicas⁵⁹.

No ano de 2012, a Itália foi novamente condenada pelo TEDH no caso Hirsi Jamaa e outros⁶⁰ por ter, no ano de 2009, interceptado em águas internacionais um barco com 24 estrangeiros. Estes teriam sido colocados em um navio de bandeira italiana e levados à Líbia para serem entregues ao governo daquele país. A sentença reconheceu violação de quatro núcleos de proteção: (i) o princípio da não expulsão de refugiados, (ii) a proibição da tortura ou de outros tratamentos desumanos, (iii) a proibição de expulsões coletivas e (iv) a garantia de acesso às instâncias administrativas do país onde se encontravam os possíveis refugiados⁶¹. A Corte ainda determinou que a Itália arcasse com

⁵⁶ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - TEDH, Dougoz c. Grécia, n.º 40907/98, 6 de março de 2001; e caso Peers c. Grécia, n.º 28524/95, 19 de abril de 2001; TEDH, S.D. c. Grécia, n.º 53541/07, 11 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_POR.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁵⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - TEDH, M.S.S. c. Bélgica e Grécia [GS], n.º 30696/09, 21 de janeiro de 2011. Disponível em: <<file:///C:/Users/CARLAP~1/AppData/Local/Temp/Dialnet-TEDHSentenciaDe21012011GranSalaMSSCBelgicaYGrecia3-4019346.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

⁵⁸ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - TEDH, Sellem c. Italia, Ricorso n. 12584/08, 05 maggio 2009. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=ZSJ65PtL2QYeqj4ykzef4jGg?facetNode_1=1_2\(2009\)&facetNode_2=1_2\(200905\)&facetNode_3=1_2\(20090505\)&contentId=SDU146653&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=ZSJ65PtL2QYeqj4ykzef4jGg?facetNode_1=1_2(2009)&facetNode_2=1_2(200905)&facetNode_3=1_2(20090505)&contentId=SDU146653&previousPage=mg_1_20)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁵⁹ Neste caso, o Tribunal entendeu que a eventual expulsão de um cidadão tunisino para seu país de origem, que não oferecia plena garantia e respeito aos ditames do artigo 3º, seria considerada ilegítima. Restou evidenciado também os princípios gerais relativos à responsabilidade dos Estados no caso de afastamento que causasse danos ao estrangeiro, o qual deveria ser protegido pelo Estado acolhedor (a Itália) contra os riscos que pudesse vir a sofrer no seu país de origem.

⁶⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - TEDH, Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_60&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU743291>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶¹ Embora a Itália, neste caso, tenha argumentado que havia firmado tratado bilateral com a Líbia em 2007 - segundo o qual os dois países estabelecem cooperação para evitar a imigração clandestina de africanos para a Europa - e, em 2008 firmou um Tratado de Amizade, Parceria e Cooperação para coibir a imigração clandestina, a CEDH consagrou o entendimento de que o Estado possui obrigações relativas à proteção internacional da pessoa humana que devem ser respeitadas mesmo que isso implique desrespeitar

todos os custos processuais do processo e indenizasse cada um dos estrangeiros em 15 mil euros.

Nesta decisão, a Corte reconheceu que os Estados que fazem parte das fronteiras externas da União Europeia têm assumido, principalmente nos últimos anos, consideráveis dificuldades quanto à gestão dos fluxos migratórios e acolhimento de milhares de solicitações de asilo. No entanto, enalteceu que os mesmos não podem ser exonerados das obrigações assumidas tanto internacionalmente, quanto com a própria União. Vale ressaltar que, também nesse caso, o Estado condenado foi a Itália, não tendo a União Europeia, em qualquer momento, se manifestado no sentido de suportar eventuais ônus da condenação como forma de compensar os eventuais prejuízos.

Nos anos seguintes, a Itália foi condenada por inúmeras vezes pelo mesmo Tribunal em matéria referente à solicitação de asilo. Em 2014, por meio da sentença Sharifi e outros contra Itália e Grécia⁶², tais Estados foram condenados por proceder à expulsão de potenciais solicitantes de asilo vindos do Afeganistão, em direção à costa Grega. Segundo a Corte, a Itália, ao expulsar alguns estrangeiros em direção à Grécia, mesmo esta sendo Estado-membro da União Europeia, havia violado três disposições da CEDH: (i) proibição de expulsões coletivas; (ii) proibição de tratamentos desumanos ou degradantes; (iii) direito a recurso judicial. Além disso, constou que a expulsão foi ilegal, pois o direcionamento dos estrangeiros à Grécia não poderia ocorrer, mesmo que este tenha sido o Estado de ingresso dos mesmos, pois a mesma já havia sido repetidamente condenada por possuir um sistema insuficiente de asilo, sendo considerada um Estado “não seguro”.

Em outras situações específicas, a Corte reconheceu o caráter de extensão territorial do Estado, entendendo que atos de contenção dos fluxos migratórios no mar, mesmo que praticados fora do território do Estado, se sob o controle efetivo deste, são de sua responsabilidade, por levar em consideração a bandeira das embarcações envolvidas no controle dos fluxos. No caso Xhavara contra Itália e Albânia⁶³, julgado em 2001, em virtude da embarcação onde estavam a bordo 54 pessoas ter afundado após ter sido abalroada por um navio italiano da Guarda Costeira, o Tribunal

tratado bilateral em vigor entre os Estados. Sobre esse assunto, TERRASI, Alfredo. I respingimenti in mare di migrante alla luce della Convenzione europea dei diritti umani. **Diritti umani e diritto Internazionale**. 2009, n. 3, p. 591-607. p. 596.

⁶² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS – TEDH, Ricorso n. 16643/09 - Sharifi e altri c. Italia e Grecia. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=4R-8Fjqw+J+n9rsIHnUzrdB-?facetNode_1=0_8_1_60&facetNode_2=1_2\(2014\)&facetNode_3=0_8_1_85&contentId=SDU1109298&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=4R-8Fjqw+J+n9rsIHnUzrdB-?facetNode_1=0_8_1_60&facetNode_2=1_2(2014)&facetNode_3=0_8_1_85&contentId=SDU1109298&previousPage=mg_1_20)>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁶³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS – TEDH, Caso **Xhavara e outros c. Itália e Albânia**. No 39473/98. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2001_01_26_ENG_815318.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

entendeu que a CEDH é aplicável a todos os que estão “sob a jurisdição” de um Estado-membro da União Europeia, citando, inclusive, que as pessoas são abrangidas pela jurisdição do Estado que exerce controle em alto mar.

Outro caso julgado em novembro de 2014 é o Tarakhel e Habibi contra Itália e Suíça. Um casal de origem afegã, com seus 6 filhos menores, deixaram o Irã em direção à Turquia, e de lá para a Itália. Chegaram à Calábria em 2011, fizeram a solicitação de refúgio com a utilização de identidades falsas e foram transferidos para um centro de acolhimento em Bari. Sem permissão, fugiram para a Áustria, onde tiveram o pedido de asilo rejeitado. Em novembro de 2011 a família se deslocou para a Suíça e apresentou novo pedido de asilo, o qual foi negado pois, nos termos do Regulamento de Dublin, a Itália foi o Estado responsável pela análise do pedido inicial. No mês seguinte, os requerentes interpuseram recurso ao Tribunal Administrativo Federal, o qual foi negado, resultando no recurso ao TEDH para solicitar uma medida provisória de suspensão da execução da deportação para a Itália. Baseando-se no artigo 3º da CEDH, os candidatos alegaram que, se eles fossem devolvidos para a Itália “na ausência de garantias individuais relativos à seu cuidado”, eles seriam submetidos a tratamento desumano e degradante ligada à existência de “deficiências sistêmicas” nas medidas de acolhimento dos requerentes de asilo na Itália. Nos termos do artigo 8º da mesma Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar), argumentaram que seu retorno à Itália, onde eles não tinham laços e não falavam a língua, seria uma violação ao direito do respeito à vida familiar.

Quando do julgamento do caso, o TEDH entendeu que as autoridades suíças deveriam obter garantias de seus parceiros italianos que, em sua chegada à Itália, a família seria recebida em instalações e em condições adequadas para a idade das crianças. Mesmo sem informações detalhadas sobre tais garantias, as autoridades suíças os enviaram para a Itália, havendo, conseqüentemente, uma violação do artigo 3º da CEDH, além da obrigação do Estado pagar aos requerentes 7.000 euros a título de custos e despesas.

Outra recente sentença acerca foi proferida em dezembro de 2016. Trata-se do caso Khlaifia e outros contra Itália⁶⁴, no qual os três requerentes foram interceptados pela Guarda Costeira italiana quando atravessavam o mar Mediterrâneo numa embarcação, juntamente com outras

⁶⁴ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS – TEDH. Ricorso n. 16483/12 - Causa Khlaifia e altri c.Italia. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=xHdU7WaEEe7RPyt99u05Or7J?contentId=SDU1314191&previousPage=mg_1_20>. Acesso em: 28 jun. 2017.

peçoas. Encaminhados ao centro de acolhimento de Lampedusa, foram-lhes prestados os primeiros socorros e as autoridades procederam às suas identificações. Todavia, os requerentes alegam terem sido instalados num espaço insalubre e, poucos dias após, organizaram um motim que incendiou o centro, forçando as autoridades a transferi-los para um parque desportivo. No dia seguinte, os requerentes, juntamente com um grupo de 1.800 estrangeiros, escaparam para a vila de Lampedusa e organizaram manifestações, tendo sido interpelados pelas autoridades policiais, detidos e reconduzidos ao centro de acolhimento. Posteriormente, foram embarcados com destino a Palermo, tendo sido transferidos para navios ali atracados e então encaminhados para a Tunísia.

Quando da análise do caso pelo TEDH, este condenou a Itália por violação de seis disposições consagradas na CEDH: (i) violação do n. 1 do artigo 5º - direito à liberdade e segurança (pois os requerentes não eram livres de abandonar quer o Centro de Acolhimento, quer, posteriormente, os navios para onde foram transferidos, além de estarem sujeitos a vigilância constante pela polícia e proibidos de se comunicarem com o exterior); (ii) violação do n. 2 do artigo 5º – direito a ser informado das razões da prisão no mais breve prazo (como consequência do fato de não terem sido informados das razões da sua detenção, não puderam os requerentes questionar a legalidade da sua privação de liberdade); (iii) violação do n. 4 do artigo 5º - direito a avaliação da legalidade da detenção; (iv) violação do artigo 4º do Protocolo n.º 4 - proibição de expulsão coletiva de estrangeiros; (v) violação do disposto no artigo 13 - direito a um recurso efetivo; (vi) violação do artigo 3º - proibição de tortura e tratamentos desumanos.

Em síntese, o Tribunal destacou que os requerentes se encontravam vulneráveis após a realização da travessia marítima e, por este motivo, mesmo apesar de terem permanecido detidos por somente quatro dias, a sua detenção nas condições referidas diminuiu a sua dignidade humana, ultrapassando a situação decorrente do sofrimento resultante da detenção, constituindo tratamento desumano. Ao final, foi o Estado italiano condenado ao pagamento de uma indenização por danos não patrimoniais no valor de 10.000 euros a cada um dos requerentes e ao pagamento de 9.344,51 euros a título de custas e despesas processuais.

As decisões ora analisadas demonstram, por si só, que se a questão da *good governance* não for objeto de discussão junto à União Europeia, o TEDH deverá afrontar, com maior frequência, a questão dos fluxos migratórios na Itália e em outros países. Também, não é de se afastar a possibilidade de verificação de outras “falhas estruturais” do sistema italiano, as quais tendem a agravar-se na exata proporção que um número maior de estrangeiros são “desembarcados” na

costa italiana por navios de vários Estados da União.

A esperança é que esta linha de casos possa ser esgotada nos próximos anos, não porque a realidade italiana tenha sido adequada ao recebimento dos solicitantes de asilo, mas sim porque espera-se que, a nível europeu, possa encontrar uma solução sistêmica para a crise humanitária na região do Mediterrâneo e que, portanto, todos os Estados-membros - não só, portanto, os países fronteiriços -, possam compartilhar juntos, em solidariedade, a responsabilidade, a fim de resolver um problema que afeta apenas alguns Estados diretamente, mas pertence a toda União como uma comunidade constitucional, política e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fluxos migratórios que hoje assolam alguns países da União Europeia – notadamente aqueles que possuem posição geográfica estratégica como a Itália – demonstram um momento de crise. Crise esta que, além de humanitária, é institucional, pois questiona algumas políticas comuns da União Europeia, e principalmente a política de migração e asilo.

Ao se defender a existência do constitucionalismo europeu, foi apresentado que a União Europeia, como comunidade constitucional *sui generis*, funda-se nos seus Tratados constitutivos. Em matéria de Direitos Humanos a União, ao incorporar a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, avançou muito na matéria, gerando consideráveis obrigações dos seus Estados-membros quanto ao respeito destes direitos. E de outra forma não poderia ser.

Com relação à política de migração e asilo, os Estados da União seguem regras comuns, orientadas por uma política comum, que prevê, inclusive, a cooperação e solidariedade entre estes, caso seja verificada uma situação de emergência quanto aos fluxos migratórios. No entanto, o que se tem verificado, na prática, é que algumas previsões ora elencadas não são cumpridas pela própria União. E tal fato atinge, diretamente, a *good governance* dos fluxos migratórios, vez que um país, agindo isoladamente em um ambiente comum, não consegue e não conseguirá realizar a boa governança do tema.

Conforme restou verificado neste estudo por meio das decisões do TEDH, os países que mais sofrem condenações por não cumprirem as políticas comuns de migração e asilo e por desrespeitarem os Direitos Humanos dos estrangeiros envolvidos, são aqueles localizados nas fronteiras externas da União Europeia, enfatizando aqui a Itália.

No entanto, defende-se que tais condenações são inevitáveis, pois demonstram mais do que um desrespeito ao constitucionalismo europeu: uma evidente impossibilidade de cumprir com tais obrigações. O que se espera, na verdade, é que a União Europeia desperte para a necessidade de encontrar uma solução sistêmica para a crise humanitária na região do Mediterrâneo e que, portanto, todos os Estados-membros compartilhem, em solidariedade, a responsabilidade, sob pena de colocar em xeque a própria eficiência – tanto jurídica quanto política – da própria União europeia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACNUR - Agência das Nações Unidas para Refugiados. **Refugee situations**. Disponível em: <<http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **BVerfGE** **22**, 292-296. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/10/rk20031009_2bvr104803.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Almedina. 2008.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2011.

HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional em desarrollo. Tradução de Francisco B. Callejón. **ReDCE**, nº 1, Enero-Junio de 2004, 11-24. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/1.%20Peter%20Haeberle.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Prólogo de Luis R. Siches. 2. ed. 1. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O problema da soberania e a teoria do direito internacional**. Contribuição para uma doutrina pura do direito. 1920. Tradução de A. Carrino. Milão: Giuffrè. 1989.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REPUBBLICA. Divisione Stampa Nazionale. **Accordo UE-Turchia sull'immigrazione: "Irresponsabile e illegale sospendetelo"**. Disponível em: <http://www.repubblica.it/solidarieta/immigrazione/2016/06/03/news/turchia_illegale_irresponsabile_e_illegale_amnesty_international_chiede_la_sospensione_dell_accordo_in_materia_d_immigraz-141210091/>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. **Migranti, l'Italia alla Ue: ipotesi blocco alle navi straniere. Mattarella: "Situazione ingestibile"**. Disponível em: <http://www.repubblica.it/cronaca/2017/06/28/news/migranti_italia_ue_sbarchi-169383917/>. Acesso em: 06 jul. 2017.

SILVA, Karine de Souza. As instituições da União Europeia e as alterações trazidas pelo Tratado de Lisboa. In: SILVA, Karine de Souza. **Mercosul e União Europeia: o Estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Modelo, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TERRASI, Alfredo. I respingimenti in mare di migrante alla luce della Convenzione europea dei diritti umani. **Diritti umani e diritto Internazionale**. 2009, n. 3, p. 591-607.

TRATADO DA COMUNIDADE EUROPEIA. **TJCE 1991, 6079 - Parecer 1/91**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30dbd2ee1fa2a7734a8e889de34090299f29.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLc390?text=&docid=97775&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=396042>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Acórdão n. 26/62** de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/Van_Gend_en_Loos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. **Acórdão n. 6/64** de 15 de julho de 1964. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FPC_MA_24700.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. **Acórdão n. 48/71** de 13 de julho de 1972. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db5b05b2474f4047b9a2389f055c8807e4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKch50?text=&docid=88200&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1956682>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Acórdão n. 294/83.** Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92818&pageIndex=0&doclang=PT&mo>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS – TEDH. **S.D. c. Grécia**, n.º 53541/07, 11 de junho de 2009. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_POR.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Dougoz c. Grécia**, n.º 40907/98, 6 de março de 2001; e caso **Peers c. Grécia**, n.º 28524/95, 19 de abril de 2001; TEDH, **S.D. c. Grécia**, n.º 53541/07, 11 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_POR.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. **M.S.S. c. Bélgica e Grécia [GS]**, n.º 30696/09, 21 de janeiro de 2011. Disponível em: <<file:///C:/Users/CARLAP~1/AppData/Local/Temp/Dialnet-TEDHSentenciaDe21012011GranSalaMSSCBelgicaYGrecia3-4019346.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017

_____. **Sellem c. Italia**, **Ricorso n. 12584/08**, 05 maggio 2009. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=ZSJ65PtL2QYeqj4ykzef4jGg?facetNode_1=1_2\(2009\)&facetNode_2=1_2\(200905\)&facetNode_3=1_2\(20090505\)&contentId=SDU146653&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=ZSJ65PtL2QYeqj4ykzef4jGg?facetNode_1=1_2(2009)&facetNode_2=1_2(200905)&facetNode_3=1_2(20090505)&contentId=SDU146653&previousPage=mg_1_20)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

_____. **Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia**. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_60&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU743291>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. **Ricorso n. 16643/09 - Sharifi e altri c. Italia e Grécia**. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=4R-8Fjwq+J+n9rsIHnUzrdBfacetNode_1=0_8_1_60&facetNode_2=1_2\(2014\)&facetNode_3=0_8_1_85&contentId=SDU1109298&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=4R-8Fjwq+J+n9rsIHnUzrdBfacetNode_1=0_8_1_60&facetNode_2=1_2(2014)&facetNode_3=0_8_1_85&contentId=SDU1109298&previousPage=mg_1_20)>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Caso **Xhavara e outros c. Italia** e Albania. No 39473/98. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2001_01_26_ENG_815318.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

_____. Ricorso n. 16483/12 - Causa **Khlaifia e altri c. Italia**. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=xHdU7WaEEe7RPyt99u05Or7J?contentId=SDU1314191&previousPage=mg_1_20>. Acesso em: 28 jun. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Sínteses da legislação da União Europeia**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14534_pt.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. **Tratado de Lisboa** – versão consolidada. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. **Tratado de Maastricht**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.3.html>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. **Carta de Direitos Fundamentais**. Publicada no *Jornal Oficial* nº C 364 de 18/12/2000 p. 0001 – 0022. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:PT:PDF>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia – TFUE**. Disponível em: <<http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=913>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. **Política de asilo**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Declaração UE – Turquia**. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

OS CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO DA NACIONALIDADE PELOS ESTADOS MEMBROS E O RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA: A EXIGÊNCIA DO CRITÉRIO DA CONEXÃO EFETIVA COMO FORMA DE LIMITAÇÃO À COMPETÊNCIA ESTATAL

Aline Beltrame de Moura¹

INTRODUÇÃO

No contexto de um processo de integração regional complexo e altamente avançado como aquele da União Europeia, a escolha por determinada orientação de políticas nacionais em relação a uma dada matéria pode se mostrar relevante também no âmbito supranacional, a partir do momento que venha a ocasionar implicações diretas ou indiretas nos interesses dos demais Estados-membros. Nesse sentido, a regulamentação dos critérios de atribuição da nacionalidade por parte das legislações internas destes Estados deve respeitar os princípios e as normas do ordenamento jurídico da União, haja vista os inevitáveis efeitos transfronteiriços que a disciplina da nacionalidade pode ocasionar nos demais Estados-membros.

É notório que ao conceder a nacionalidade a um determinado sujeito, ele adquire automaticamente a cidadania da União europeia e, assim, a titularidade de inúmeros direitos que se repercutem diretamente nos interesses de outros Estados-membros, nomeadamente os decorrentes do exercício da liberdade de circulação e de residência no espaço territorial europeu. Desse modo, compreende-se por qual motivo a utilização de certos critérios de atribuição da nacionalidade possa provocar consequências além do plano interno, adentrando na esfera de atuação do direito e da política da União Europeia e, por conseguinte, da competência jurisdicional do Tribunal de Justiça comunitário.

Partindo, portanto, de tais premissas, o presente estudo pretende verificar se, e em qual medida, a chamada “naturalização de massa” ocorrida na Romênia, se configure como uma resposta

¹ Professora Adjunta do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Internacional pela *Università degli Studi di Milano* (UNIMI), Itália. Coordenadora do Grupo de Pesquisas de Direito Internacional CNPQ/UFSC. E-mail: alineb.moura@gmail.com

à política ostensiva de influência russa nas regiões que haviam pertencido à antiga União Soviética, em especial na Moldávia. Num segundo momento, pretende-se analisar eventuais incompatibilidades de certas políticas de naturalização que concedem, com extrema facilidade, o privilégio da nacionalidade a estrangeiros que literalmente “comprem” a nacionalidade de um Estado-membro através de investimentos externos ou mesmo por meio do pagamento de um determinado montante em dinheiro. O escopo final é verificar se tanto a política de “naturalização de massa” romena quanto a “venda” da nacionalidade realizada recentemente por outros países, como Portugal, Áustria, Malta e Chipre estejam, ou não, em contraste com o ordenamento jurídico e as políticas supranacionais da União Europeia.

Depreende-se, assim, como as questões que envolvam o tradicional instituto da nacionalidade ainda se apresentem como atuais e sujeitas às vicissitudes contextuais e de toda sorte pelas quais passam os países na contemporaneidade, notadamente aquelas de cunho político e econômico, fato que exige um estudo constante e rigoroso acerca das inovações nesta matéria.

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DA NAÇÃO ROMENA

A fim de compreender as questões jurídicas que envolvem os motivos pelos quais foram, na atualidade, privilegiados certos critérios de atribuição da nacionalidade romena em detrimento de outros, imprescindível se torna realizar uma breve análise dos precedentes históricos relativos à formação da chamada Nação romena.

A Romênia foi formada em 1858, durante o Congresso de Paris, por meio da unificação dos Principados da Moldávia e da Valáquia, alcançando a sua completa independência em 1878 no Congresso de Berlim. A denominação “Grande Romênia” surgiu após a Primeira Guerra Mundial por meio de uma importante expansão territorial que fez duplicar a sua superfície inicial. Com a Declaração de Alba Iulia, de 1º de dezembro de 1918, institui-se a nova Romênia que compreendia além dos principados da Moldávia e da Valáquia, também Banato, Transilvânia, Bessarábia, Bucovina, Maramures.²

Nessa época, segundo Constantin Iordachi³, aproximadamente 28% da população era

² LEONCINI, Francesco. Tra passato e presente: la Romania nell’Europa Centrale. In: ROMANIA, TURCHIA E NUOVI EUROPEI. **Europa e regione – collana di studi, saggi e documentazioni**. Pordenone: IRSE, 2007.

³ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

composta por minorias nacionais (húngaros, alemães, hebreus, ucranianos, russos), situação que acabou dificultando a criação de um Estado-nação homogêneo. No período posterior à Declaração de 1918, a Romênia iniciou uma intensa política de nacionalização. O país perdeu os territórios do Leste (Bessarábia e Bucovina) e, assim, uma considerável parte da população. Além disso, durante a época comunista, sob pressão soviética e por meio da presença militar, vigorou o princípio da autodeterminação nacional de Vladimir Lênin, impulsionando a atribuição de uma espécie de *status* autônomo às cidades habitadas por húngaros.

Percebe-se, desse modo, como a herança histórica deixada pelas diferentes etnias acabou por influenciar de modo decisivo a política em matéria de nacionalidade, não somente na Romênia, mas também em grande parte dos Países que faziam parte do regime comunista, tais como Albânia, Bulgária, Hungria e Polónia. Muito embora nenhum destes países tenha sofrido modificações territoriais ou intensos movimentos migratórios após 1989, nos últimos anos todos têm realizado uma completa revisão das suas leis sobre nacionalidade. O principal objetivo destas reformas legislativas é, de um lado, refletir a nova realidade política destes Estados e, de outro, enfrentar as diferentes variações do território e de população que ocorreram no período que compreendeu a Segunda Guerra Mundial e aquele anterior à dissolução da União Soviética.⁴

Com relação ao caráter reparador de tais políticas, salienta Andre Liebich⁵ que

[...] a peculiaridade dos novos Estados da União Europeia é que as leis sobre nacionalidade preveem disposições que foram elaboradas com a intenção de reparar os erros passados. A função compensatória ou reconstitutiva é particularmente forte em relação ao recente passado comunista, muito embora também alcance períodos mais remotos.

A Romênia, portanto, é um claro exemplo de país pertencente à ex-União Soviética que, com a queda do regime comunista, colocou em prática uma série de políticas destinadas à restauração do *status quo ante*, cujos conteúdos compreendiam tanto a reintegração dos direitos e dos bens de uma determinada categoria de indivíduos quanto a reconstrução do sentimento de pertença perdido no decorrer do tempo em razão das sucessivas alterações territoriais e de população.

Após décadas de isolamento político da diáspora e da proibição da dupla nacionalidade, muitos destes países retomaram as políticas de “*positive discrimination*” em relação aos seus

⁴ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

⁵ LIEBICH, Andre. Introduction. In: BAUBÖCK, Rainer; PERCHINIG, Bernhard; SIEVERS, Wiebke (Ed.). **Citizenship Policies in the new Europe**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007, p. 27.

“compatriotas” no exterior, salienta Iohana Iordachi⁶. Além disso, nota-se que durante o regime comunista, as legislações sobre a nacionalidade na Romênia foram utilizadas como instrumento de repressão e de controle, tendo em vista que as autoridades controlavam rigorosamente as imigrações internas e monitoravam o movimento dos estrangeiros no território.

2. A POLÍTICA DE “NATURALIZAÇÃO DE MASSA” COMO FORMA DE “RESTITUIÇÃO” DA NACIONALIDADE PERDIDA E CONSOLIDAÇÃO DO PODER GEOPOLÍTICO

Inicialmente, cumpre esclarecer que através da naturalização, o estrangeiro, que possui uma outra nacionalidade, ou o apátrida, pode adquirir a nacionalidade do país no qual se encontra, sempre que satisfaça todos os requisitos exigidos por lei. Segundo Jacob Dolinger⁷, a naturalização é um ato unilateral e discricional realizado pelo Estado no exercício da sua soberania. Completamente diferente é a questão da “naturalização em massa”, em relação a qual se deve verificar se, e em qual medida, ela pode constituir um abuso de poder por parte do Estado à luz do ordenamento jurídico internacional e, principalmente, do direito da União europeia, como no caso ora em apreço.

Na tentativa de restabelecer a ideia de Nação romena, uma das principais medidas adotadas pelo governo foi a implementação da política de reconstrução da noção de pertença nacional, considerando que, principalmente nos anos quarenta do século passado, aconteceram diversas mudanças nos limites territoriais da região romena, fator considerado determinante para a dispersão da população. Visando minorar os efeitos decorrentes dessa dispersão, o governo romeno tem facilitado a “restituição” da nacionalidade a todos aqueles que a possuíam e que, em razão das citadas alterações territoriais, a tenham perdido. Cumpre recordar que os beneficiários de tal política são tanto os indivíduos que tenham perdido a nacionalidade em virtude das circunstâncias acima expostas como também os seus descendentes.

Essa política implicou uma grande (re)naturalização, sobretudo, dos habitantes da Moldávia e de algumas províncias da Ucrânia, privados da nacionalidade romena nos períodos entre 1940 e 1941 e posteriormente a 1944, isto é, logo após a ocupação soviética da Bessarábia e da Bucovina

⁶ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013, p. 124.

⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado (parte geral)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

setentrional.⁸

A democratização política, iniciada em 1989 com a queda do Muro de Berlim, teve um grande impacto na disciplina da nacionalidade, em particular, na redefinição dos seus critérios de atribuição. Neste ponto, oportuno recordar que as bases legais da moderna nacionalidade romena foram definidas pelo respectivo Código Civil de 1865, cuja inspiração foi buscada no sistema jurídico francês disciplinado no Código Napoleônico de 1804. O princípio basilar para a atribuição da nacionalidade era, assim, o *ius sanguinis*, escolha legislativa que implicava uma política seletiva de naturalização dos estrangeiros no sentido de privilegiar aqueles que tinham nascido e crescido no país. Todavia, o modelo de inspiração francesa foi modificado em diversas oportunidades pela Romênia, tendo sido introduzidos outros critérios não previstos inicialmente pelo *Code Civil*, tais como o culto da religião cristã e a comprovação de possuir a etnia romena.

Atualmente em vigor, a Lei romena sobre a Nacionalidade de 1991 consagrou duas importantes inovações: a primeira refere-se à permissão concedida ao nacional romeno de possuir dupla nacionalidade e a segunda diz respeito à possibilidade de os indivíduos da antiga Grande Romênia readquirirem a nacionalidade romena. De fato, a citada lei prevê três possibilidades para a reaquisição do *status civitatis* romeno: a repatriação (art. 8), a (re)naturalização por solicitação sem repatriação (art. 11) e a recuperação da nacionalidade pelos ex-nacionais romenos que vivem no território da Grande Romênia que foram perdidos no período das duas Guerras Mundiais (art. 35). Tendo como base jurídica esta nova legislação e segundo pesquisas não oficiais, entre 1991 e 2000, o governo romeno teria concedido a sua nacionalidade para mais de 300 mil moldavos e estima-se que em 2003 cerca de 40% da população da Moldávia gozava da dupla nacionalidade de países como a Romênia, Bulgária, Israel ou Rússia.⁹

O fato que chama a atenção é a ausência da obrigação de residir na Romênia ou de ter que entrar no País para dar início ao procedimento de “reaquisição”. Em comparação com um tradicional processo de naturalização, a restituição da nacionalidade para esta categoria de beneficiários observa um simples procedimento que poderia consistir no envio por correio da citada solicitação ou mesmo na presença de um terceiro junto às embaixadas ou aos consulados romenos

⁸ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

⁹ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

no exterior. Segundo Constantin Iordachi¹⁰, os interessados poderiam demonstrar a sua origem étnica mediante meros testemunhos ou certificados emanados pelas comunidades romenas no exterior, tendo que ulteriormente demonstrar o conhecimento básico da língua romena. Era uma prática conhecida como “reconhecimento” da nacionalidade.

Aos requerentes não era exigida a realização de uma entrevista oficial ou mesmo da presença pessoal do interessado em Bucareste, uma vez que o juramento de fidelidade poderia ser realizado junto às representações diplomáticas ou consulares da Romênia situadas no exterior. Até este ponto pode-se dizer que se trata de um procedimento comum praticado por diversos Estados no tocante à concessão da nacionalidade a indivíduos que residam no exterior. Porém, o que causa certa surpresa é o fato de existir um tratamento diferenciado dependendo da “categoria” de estrangeiro interessado. De fato, os requerentes que solicitavam o chamado “reconhecimento” da nacionalidade eram exonerados, por exemplo, do pagamento das taxas consulares e também das exigências do procedimento de naturalização que, ao invés, eram necessárias para a concessão da naturalização de um estrangeiro “tradicional”.

No mais, ressalta-se que a aplicação desta lei teve vários períodos de suspensão entre dezembro de 2001 e setembro de 2007 em razão do grande número de solicitações, sobretudo após a permissão dada aos nacionais romenos de circularem no espaço Schengen sem a necessidade de visto. Nesse sentido, as instituições da União Europeia manifestaram preocupação acerca do fato de que, no momento da adesão da Romênia ao bloco europeu, a sua política de restituição da nacionalidade “[...] poderia se tornar um portão incontrolável de acesso ao espaço Schengen por parte de cidadãos não-europeus e que isto teria o condão de suplantar as políticas migratórias restritivas [...]”¹¹ impostas pelo bloco regional no tocante à circulação de extracomunitários.

Essa “corrida” à nacionalidade romena, especialmente por parte dos moldavos, foi motivada também por outros acontecimentos ocorridos no início do século XXI. Dentre os quais, destaca-se o forte debate promovido pelos partidos políticos para que fosse designado o russo como língua oficial, muito embora a Constituição reconhecesse o moldavo como única língua oficial do Estado. O debate intensificou-se, pois, tecnicamente, o moldavo é considerado um dialeto romeno, levando também a Romênia a travar sérias discussões com a Rússia pelo domínio geopolítico da região.

¹⁰ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

¹¹ IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013, p. 3.

Políticos moldavos, e também ucranianos, acusaram a Romênia de utilizar a questão da dupla nacionalidade como estratégia para aumentar a sua influência na região, com o objetivo de readquirir os territórios perdidos no passado. Por tais motivos, muitos acreditam que a política de nacionalidade adotada pela Romênia ao invés de buscar uma justiça retroativa e de integração acabou favorecendo o crescimento da instabilidade na região.¹² Nesse contexto, o governo da Romênia emitiu uma forte crítica à proposta de designação do russo como língua oficial, alegando a frágil relação histórica entre Rússia e Moldávia e a ameaça de que, dessa forma, o país tornaria ao *status* pré-1989, no qual o russo era predominante e a língua das comunicações. No tocante a essa situação, Steven Roper¹³ salienta que “[...] o medo combinado com as iminentes restrições da União Europeia sobre o viajante moldavo, criaram uma enorme demanda pelos passaportes romenos”.

A este temor uniu-se o fato que a União Europeia em 2001 havia solicitado que o governo romeno exigisse de todos os viajantes moldavos a apresentação de um passaporte internacional válido, imposição que causou preocupação sobre o eventual bloqueio das fronteiras romenas, tal qual o fechamento ocorrido durante o período soviético, determinando um aumento vertiginoso das solicitações da nacionalidade romena por parte dos moldavos. A questão ganhou ainda mais relevância em 2003, quando o Parlamento moldavo aprovou uma reforma na lei que passou a permitir a titularidade de dupla nacionalidade.

Diante desta desenfreada “corrida” à naturalização e das preocupações do governo moldavo quanto à manutenção da sua soberania, foram tomadas algumas medidas, dentre as quais se destaca a promulgação uma nova lei sobre o estatuto dos funcionários públicos, adotada em 2007, que passou a excluir o acesso aos cargos públicos dos moldavos que possuíssem dupla nacionalidade ou que residissem no exterior. De acordo com Steven Roper¹⁴ trata-se de uma tentativa de reduzir o número de naturalizações estrangeiras, eliminar os conflitos de interesses com outros Estados e consolidar a soberania do país. Todavia, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Tanase*¹⁵ em 2010, decidiu que a Moldávia deveria rever tal legislação a fim de permitir àqueles

¹² IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

¹³ ROPER, Steven D. Education as an Instrument of Moldovan Identity Formation, *In*: IEDA, Osamu; UYAMA, Tomohiko (Ed.). **Reconstruction and interaction of Slavic Eurasia and its neighboring worlds**. Sapporo: Slavic Research Center Hokkaido University. 2006, p. 190.

¹⁴ ROPER, Steven D. Education as an Instrument of Moldovan Identity Formation, *In*: IEDA, Osamu; UYAMA, Tomohiko (Ed.). **Reconstruction and interaction of Slavic Eurasia and its neighboring worlds**. Sapporo: Slavic Research Center Hokkaido University. 2006, p. 190.

¹⁵ CEDH, Grande Câmara, **Tanase and Chirtoaca v. Moldova**, n. 7/08, julgado em 24 de abril de 2010.

que possuíssem dupla nacionalidade a possibilidade de ocupar cargos públicos, bem como de concorrer às eleições.

Tendo em vista tal situação, o Parlamento Europeu foi ativado por meio de perguntas parlamentares à Comissão acerca, por exemplo, do reconhecimento da nacionalidade romena aos habitantes de língua romena, pertencentes à República Moldava e as consequências dessa concessão para a Moldávia, à Romênia e à União Europeia¹⁶; da adesão da Romênia à União Europeia e as relações de tal país com a Moldávia¹⁷; bem como do temor que a “permeabilidade” da fronteira entre Romênia e Moldávia pudesse levar a um aumento do ingresso de pessoas de modo ilegal, já que tal região limítrofe representa igualmente um perímetro externo da própria União Europeia¹⁸. Em resposta a este último quesito, a Comissão afirmou que a disciplina em matéria de nacionalidade entra na esfera de competência de cada Estado-membro e que a Comissão, por sua vez, considera-se incompetente para comentar a situação da emissão dos passaportes romenos.

Todavia, em resposta a uma ulterior pergunta parlamentar sobre questão análoga que ocorre na Bulgária¹⁹ – onde diariamente, segundo o eurodeputado Auke Zijlstra, umas duzentas pessoas oriundas da Macedónia, da Moldávia e da Ucrânia, batem ansiosamente à porta da Direção da Nacionalidade Búlgara, em Sófia, a fim de solicitarem o passaporte búlgaro, desde que, pura e simplesmente, elas possam demonstrar ser originalmente de descendência búlgara –, a Comissão, fazendo referência ao acórdão *Rottmann*²⁰, adicionou que “[...] as condições para a obtenção e perda da nacionalidade dos Estados-membros são regulamentadas pela lei nacional de cada Estado membro, *no respeito* ao direito da União”²¹.

Nesta última ocasião, portanto, a Comissão foi um pouco além da tradicional postura de neutralidade e sustentou a necessidade de os Estados-membros respeitarem o direito da União ao disciplinarem as questões atinentes à escolha dos critérios de atribuição e de perda das suas nacionalidades. A diferença pode parecer sutil, mas tem fortes implicações práticas, tendo em vista

¹⁶ Pergunta escrita de Erik Meijer (GUE/NGL) à Comissão, em 26 de outubro de 2006.

¹⁷ Pergunta oral H-0811/06 de Danutė Budreikaitė para o período de perguntas da sessão de outubro de 2006, apresentada nos termos do artigo 109 do Regimento à Comissão em 19 de setembro de 2006. Salienta-se que esta pergunta não foi respondida pela Comissão.

¹⁸ Pergunta escrita E-3784/2010 de Andreas Mölzer (NI) à Comissão em 27 de maio de 2010.

¹⁹ Pergunta escrita E-012058/2011 de Auke Zijlstra (NI) à Comissão em 20 de dezembro de 2011.

²⁰ Acórdão do TJUE, C-135/08, julgado em 2 de março de 2010, *Rottmann*.

²¹ *Cursivo* nosso.

que se está perante uma limitação de cunho jurídico, ainda que genericamente explicitada, da competência dos entes estatais no tocante à definição dos contornos desta matéria tão sensível como é a da nacionalidade.

Muito embora as inúmeras perguntas dirigidas à Comissão por parte do Parlamento Europeu, nenhuma postura concreta foi tomada pelas instituições europeias. Não tendo recebido nenhuma advertência formal sobre a situação além daquelas de conotação meramente política, a Romênia, nos últimos anos, tem intensificado as políticas de facilitação da abertura do processo de naturalização, ocasionando o aumento do número de nacionais moldavos que adquirem a nacionalidade romena. Na prática, todavia, o procedimento burocrático ainda é muito lento, dado que a Lei n. 171 concernente à aprovação do GEO n. 147/2008, publicada em 14 de maio de 2009, prevê a concessão do limite máximo de 30 mil naturalizações por ano. Do exposto, Constantin Iordachi²² deduz que no geral, a legislação sobre a reaquisição da nacionalidade romena foi extremamente expansiva, embora legalmente ambígua. De fato, a imprecisão de certas disposições torna o próprio texto criticável do ponto de vista jurídico.

Orientados pela política que permite a concessão da dupla nacionalidade com base em critérios puramente étnicos, e com isso alcançando indivíduos que residem fora do território do Estado, vários outros países do Leste europeu seguiram a mesma iniciativa romena, tais como a Bulgária (artigos 26 a 28 da Lei sobre a nacionalidade, com alterações de 19 de fevereiro de 2013) e a Hungria (Lei sobre a dupla nacionalidade em vigor desde 1º de janeiro de 2011). Além disso, no âmbito do Parlamento Europeu, esta última lei foi objeto de Pergunta Parlamentar elaborada à Comissão²³, na qual o eurodeputado Jaroslav Paška afirma que, de acordo com informações veiculadas pelos meios de comunicação ucranianos, o Consulado da Hungria em Berehove teria aberto um gabinete especial onde, de meia em meia hora, um cidadão ucraniano requer a emissão de um passaporte húngaro, sendo que os requisitos exigidos seriam mínimos: bastaria indicar conhecimentos da língua húngara e fazer referência a “raízes húngaras”. Em resposta ao questionamento sobre quais medidas pretende a União Europeia tomar, e quando, a fim de eliminar os efeitos indesejáveis da lei húngara em matéria de dupla nacionalidade, a Comissão reafirmou a sua incompetência em relação às questões que envolvam a atribuição da nacionalidade por parte

²² IORDACHI, Constantin. **Romania Country Report**: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013.

²³ Perguntas escritas P-3549/2011 e P-3475/2011 de Jaroslav Paška (EFD), respectivamente, ao Conselho e à Comissão, ambas de 11 de abril de 2011.

de um dos Estados-membros.

Sob a perspectiva mais abrangente do processo de integração regional europeu, pode-se dizer que a atribuição da nacionalidade à luz dos critérios utilizados por países como a Romênia e a Bulgária possui duas finalidades distintas. Do ponto de vista político, a atitude de tais Estados visa expandir e consolidar o poder geopolítico na região, afastando-a do campo de ação russo. Por outro lado, segundo uma perspectiva jurídica, a finalidade última dessas opções legislativas é compartilhar os benefícios e as prerrogativas que esses países gozam como Estados-membros da União, em particular, por meio da atribuição do *status* de cidadão europeu a tais indivíduos.

Certamente, ao emitir o passaporte europeu a estes indivíduos, concede-se igualmente a posse de um estatuto jurídico composto por inúmeros direitos, tais como o direito de liberdade de circulação e residência, eleitorado ativo e passivo às eleições europeias e àquelas municipais, proteção diplomática e consular, petição ao Parlamento Europeu e denúncia ao Provedor de Justiça e direito de iniciativa cidadã e, com isso, uma posição muito vantajosa dentro de todo o espaço europeu. Pode-se, ademais, verificar na prática o interesse de muitos estrangeiros em se tornarem titulares do *status* de cidadão europeu. A título exemplificativo, destaca-se que o número dos pedidos de reconhecimento da nacionalidade polonesa aumentou quase cinco vezes no momento da adesão da Polônia à União Europeia no ano de 2004. Do mesmo modo, na Itália, o número de matrimônios entre italianos e nacionais romenos diminuiu drasticamente após a adesão da Romênia à União em 2007, demonstrando que o interesse principal não era a nacionalidade italiana adquirida através do casamento, mas o *status* de cidadão europeu.²⁴

Os reiterados pronunciamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁵ corroboram o entendimento de que os efeitos jurídicos das legislações estatais em matéria de nacionalidade podem de alguma maneira tocar a esfera supranacional. Assim, torna-se plausível fazer uma breve alusão a alguns princípios do direito da União Europeia com a finalidade de avaliar a (des)conformidade destes eventuais efeitos com os princípios norteadores da interpretação e da aplicação das normas europeias.

A relação entre a União, como instituição supranacional, e os Estados-membros, países que

²⁴ KOCHENOV, Dimitry. Rounding up the circle: the mutation of Member States' nationalities under pressure from EU Citizenship. In: EUI WORKING PAPERS. RSCAS 2010/23. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2010.

²⁵ Acórdãos do TJUE: C-369/90 de 1º dezembro de 1990, *Micheletti*; C-135/08, de 2 de março de 2010, *Rottmann*; C-34/09 de 8 de março de 2011, *Zambrano*; C-434/09 de 5 de maio de 2011, *McCarthy*, dentre outros.

voluntariamente aderiram a este processo, é regulada por alguns princípios que visam nortear o bom andamento do fenômeno integracionista. No tocante à questão ora em análise, destacam-se dois princípios que, em um primeiro momento, podem parecer conflituosos, mas que devem ser interpretados harmoniosamente a fim de que a dimensão teleológica de integração possa prevalecer.

O primeiro deles é o princípio da leal cooperação, em virtude do qual “a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados”, sendo previsto no artigo 4, parágrafo 3º do Tratado da União Europeia. O que deve imperar é o espírito de confiança recíproca e o rigoroso respeito das disposições pertinentes contidas nos tratados. Seria difícil para a União cumprir de modo eficaz a sua função se o princípio da leal cooperação, que implica que os Estados-membros adotem todas as medidas necessárias, gerais ou especiais, adequadas a assegurar a execução das suas obrigações derivadas do direito comunitário²⁶, não se impusesse no âmbito da atribuição da nacionalidade estatal, uma vez que esta comporta a automática aquisição da cidadania europeia.

Sob tal perspectiva, é claro que uma política de atribuição da nacionalidade de modo desenfreado e sem a observância dos princípios supranacionais pode ocasionar efeitos indesejáveis nos ordenamentos e nas políticas dos outros Estados-membros. De fato, “[...] o tipo de situação que poderia resultar em uma violação das obrigações previstas pelo direito da União Europeia poderia se dar quando fossem constatadas naturalizações de massa de indivíduos originários de Estados terceiros sem uma consulta prévia dos parceiros da União.”²⁷

No caso específico da Romênia, o governo italiano demonstrou expressamente sua preocupação com relação às medidas que tornaram possíveis a recuperação da nacionalidade romena por parte de tantos nacionais da Moldávia²⁸. Tal comportamento reflete o interesse dos Estados-membros em limitar o número de indivíduos que, ao adquirirem a nacionalidade de um destes Estados, obtenham o direito à liberdade de circulação e residência no território de qualquer

²⁶ Acórdão do TJUE, C-105/03 de 16 de junho de 2005, *Pupino*.

²⁷ SHAW, Jo. Setting the scene: the Rottmann case introduced. In: EUI WORKING PAPERS. RSCAR 2011/62. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2011. p. 2.

²⁸ Departamento de Políticas Europeias da Presidência do Conselho de Ministros da Itália. *Moldova, Ronchi: "Preoccupazione su cittadinanza romena a moldavi"*, de 23 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.politichecomunitarie.it/comunicazione/16576/moldova-ronchi-preoccupazione-su-cittadinanza-romena-a-moldavi91>>. Acesso em: 5 out. 2013.

um dos 28 países hoje pertencentes ao bloco de integração regional europeu.²⁹

O segundo princípio referenciado é aquele consagrado no artigo 4, parágrafo 2º do Tratado sobre a União Europeia. De acordo com a sua redação, a União deve respeitar a igualdade dos Estados-membros perante os tratados ao mesmo tempo em que admite a diversidade das identidades nacionais refletidas nas suas estruturas políticas e constitucionais, incluindo a autonomia local e regional. Assim, é também verdade que a União não pode deixar de respeitar as identidades nacionais que se exprimem através das mais variadas modalidades de relação entre o instituto jurídico da nacionalidade e as ligações, por vezes históricas e étnicas, com determinados Estados terceiros.

Por tal razão, como visto, em diversas oportunidades a Comissão declarou a sua incompetência para pronunciar qualquer comentário acerca da disciplina referente às questões relativas aos critérios de atribuição e de perda da nacionalidade elaborados por qualquer Estado-membro. De qualquer modo, as numerosas perguntas parlamentares e as manifestações de cunho político de alguns países, demonstram a preocupação com a expansão deste tipo de política que visa naturalizar em massa extracomunitários.

3. A “VENDA” DA NACIONALIDADE POR PARTE DE ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA COMO MEIO DE COMBATE À CRISE ECONÔMICA

Com a finalidade de complementar o estudo até então proposto, mostra-se oportuno igualmente acenar algumas situações em que as legislações de outros países europeus estabeleceram formas de concessão da nacionalidade a determinados estrangeiros que se mostram um tanto quanto questionáveis do ponto de vista jurídico e de conveniência política. Nesse sentido, destacam-se os recentes programas adotados por alguns países da União Europeia que, perante a crise econômica que aflige a região, têm facilitado o procedimento de atribuição das suas nacionalidades em troca de investimentos estrangeiros ou mesmo da mera “venda” da nacionalidade mediante o pagamento de uma soma em dinheiro. Certamente, são situações diferentes daquelas observadas na hipótese da “naturalização de massa” romena, mas se apresentam igualmente problemáticas em razão dos tênues vínculos de ligação do indivíduo com o

²⁹ CLERICI, Roberta. Freedom of States to Regulate Nationality: European versus International Court of Justice? In: BOSCHIERO, Nerina *et al.* (Ed.). **International Courts and the Development**. The Hague: Asser Press, 2013.

Estado.

No tocante às recentes reformas de legislações nacionais de alguns Estados-membros da União Europeia no sentido de permitir a “venda” da sua nacionalidade, um dos casos mais em voga atualmente é aquele do pequeno arquipélago de Malta localizado no Mar Mediterrâneo e dotado de uma população de pouco mais de 400 mil habitantes. Por meio de uma reforma na lei sobre a nacionalidade, ocorrida em 12 de novembro de 2013³⁰, o país passou a prever a possibilidade de o interessado obter a nacionalidade maltês por meio de pagamento de uma “taxa” no valor de 650 mil euros em favor do Fundo para o Desenvolvimento Nacional do país, já o cônjuge e os filhos menores de idade devem, por sua vez, efetuar o pagamento de apenas 250 mil euros. Desde a entrada em vigor da nova lei, mais de 200 pedidos foram protocolados no governo maltês, representando mais de 30 nacionalidades diferentes.³¹

Diante da particularidade desta situação, inúmeras foram as Perguntas Parlamentares formuladas por eurodeputados de diversos grupos políticos a fim de que a Comissão e o Conselho se pronunciassem a respeito³². Todas as interrogações convergem no sentido de que as decisões sobre questões de nacionalidade e cidadania sejam da exclusiva competência dos Estados/-membros, mas afirmam que a decisão de Malta é problemática, pois permite que novos cidadãos viajem na União e tenham acesso ao resto do espaço Schengen, sem que os outros Estados-membros tenham sido consultados. Desse modo, na visão dos eurodeputados, tal atitude pode ser interpretada como um abuso dos direitos que o país adquiriu através de sua adesão e como uma falta de respeito para com os outros Estados. Além disso, também alegam que a adoção desta política pode causar eventuais discriminações, dado que somente os estrangeiros mais ricos poderão comprar a nacionalidade maltês, bem como pôr em risco o próprio conceito de cidadania europeia. Ocorre que, estranhamente, a Comissão nem o Conselho pronunciaram-se sobre o assunto, não tendo ainda respondido a nenhuma das perguntas formuladas pelos eurodeputados

³⁰ Capítulo 188 da Lei sobre a nacionalidade maltês.

³¹ MCDONALD, Vanessa. Over 200 apply for citizenship. In: *Times of Malta*. Publicado em 10 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.timesofmalta.com/articles/view/20140810/business-news/Over-200-apply-for-citizenship.531295>>. Acesso em: 13 out. 2014.

³² Perguntas escritas O-145/2013 e O-144/2013 de Judith Sargentini, Raúl Romeva i Rueda, Jan Philipp Albrecht, Hélène Flautre, Franziska Keller, Ulrike Lunacek, Jean Lambert, em nome do Grupo Verts/ALE, respectivamente, à Comissão e ao Conselho, ambas em 06 de dezembro de 2013; Perguntas escritas O-138/2013 e O-137/2013 de Jan Mulder, Renate Weber, Sonia Alfano, Jens Rohde, Cecilia Wikström, Nils Torvalds, Leonidas Donskis, Alexander Graf Lambsdorff, Sir Graham Watson, Louis Michel, Nathalie Griesbeck, Sylvie Goulard, Ramon Tremosa i Balcells, Marielle de Sarnez, Jelko Kacin, Olle Schmidt, em nome do Grupo ALDE respectivamente, à Comissão e ao Conselho, ambas em 04 de dezembro de 2013; Perguntas escritas O-135/2013 e O-134/2013 Manfred Weber, Véronique Mathieu Houillon, em nome do Grupo PPE, respectivamente, à Comissão e ao Conselho, ambas em 29 de novembro de 2013.

no final de 2013.

Na mesma linha de reforma legislativa, a Bulgária, com a modificação da sua lei nacional em 2013³³, passou a prever a atribuição da nacionalidade búlgara aos interessados que, dentre outras possibilidades, invistam pelo menos 512 mil euros de capital em uma empresa do país e mantenham o investimento por no mínimo três anos. Transcorrido o segundo ano, a nacionalidade é concedida. Com a intenção de facilitar o acesso às informações acerca do procedimento solicitado, o governo búlgaro dispõe de um site oficial destinado à captura dos potenciais investidores³⁴.

Por sua vez, podem obter a nacionalidade do Chipre os interessados que efetuem um investimento de ao menos 2 milhões de euros ou que comprem um bem imóvel no valor de 500 mil euros³⁵. O governo do Chipre também possui um site na internet com todas as informações a respeito da aquisição da chamada “Nacionalidade por Investimento”³⁶. Interessante notar que os rumores acerca da concessão a título excepcional da nacionalidade cipriota a qualquer indivíduo estrangeiro que depositasse uma importante soma de euros num banco cipriota já havia sido levantada antes mesmo da alteração da lei em 2013, por meio de Pergunta Parlamentar encaminhada à Comissão³⁷.

Além destes países, é possível citar as políticas do mesmo tipo adotadas por Portugal³⁸, o qual criou, em outubro de 2012, a chamada “Autorização de Residência para atividade de investimento” ou “visto dourado”, destinado aos nacionais de países terceiros. Com base nesta lei, em 2013, Portugal emitiu 471 desses vistos por conta de 306,7 milhões de euros investidos no país, 80% dos quais concedidos a cidadãos chineses³⁹. Os requisitos para a obtenção do “visto dourado” é que o estrangeiro, pessoalmente ou através de uma sociedade, invista em Portugal, por um período mínimo de cinco anos, um montante igual ou superior a um milhão de euros ou gere pelo menos dez postos de trabalho. É possível ainda que ao invés de investir na qualidade de empresário no país, o estrangeiro simplesmente compre imóveis num valor mínimo de 500 mil euros. Este visto

³³ As alterações ao “*Bulgarian Citizenship Act*” e ao “*Foreigners in the Republic of Bulgaria Act*” entraram em vigor em 23 de fevereiro de 2013.

³⁴ Site do governo búlgaro: <<http://www.investbulgaria.eu/a/en/home.html>>.

³⁵ Seção 111- A da Lei de registro civil, de 24 de maio de 2013.

³⁶ Site do governo cipriota: <<http://www.investcyprus.org.cy/citizenship-by-investing/>>

³⁷ Pergunta escrita E-3203/2011 de Graham Watson (ALDE) à Comissão, em 31 de março de 2011.

³⁸ Art. 90-A da Lei n. 23/2007 sobre o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, alterada pela Lei n. 29/2012 de 9 de agosto de 2012.

³⁹ Pergunta escrita P-641/2014 de Ana Gomes (S&D) à Comissão em 23 de janeiro de 2014.

autoriza o investidor de um país terceiro a circular livremente no espaço Schengen, a trabalhar sem restrições e a se beneficiar do direito de reagrupamento familiar. Depois de cinco anos com o “visto dourado” os estrangeiros podem candidatar-se à cidadania portuguesa e obtê-la ao fim do sexto ano.

As indagações formuladas pelos eurodeputados à Comissão e ao Conselho⁴⁰ são no sentido de que este sistema de atribuição de “vistos dourados” pode pôr em risco os direitos e obrigações da cidadania europeia e a segurança no Espaço Schengen, originando um esquema de venda da nacionalidade a prazo e fomentando uma situação de desigualdade no tratamento de nacionais de países terceiros desejosos de aceder ao espaço europeu, mas sem avultados recursos financeiros. Em resposta, a Comissão afirmou que não existem normas harmonizadas no direito da União acerca da concessão de residência a investidores estrangeiros provenientes de Estados terceiros e, por isso, Portugal possui competência para determinar as suas regras nacionais em relação aos vistos de longa duração e às autorizações de residência. No mais, a concessão da residência em Portugal não confere, por si só, o direito destes indivíduos de residirem em outro Estado-membro, já que, segundo o artigo 21 do Acordo de Schengen, a eles é permitida a livre circulação durante um período máximo de três meses no território das outras Partes Contratantes e não a residência.

Da mesma forma, para ter direito a nacionalidade da Áustria, país da Europa Central com cerca de 8 milhões de habitantes, o investimento mínimo que deve ser efetuado pelo cidadão estrangeiro interessado é de 2 milhões de euros em doações para instituições de caridade ou faça um investimento de no mínimo 10 milhões de dólares na economia austríaca.⁴¹ O governo da Áustria também possui um site com as informações sobre a atribuição da “*Austria Citizenship for Wealthy Investors*”, no qual anuncia que o interessado não precisa ter conhecimento da língua alemã, que o passaporte austríaco tem uma excelente reputação e reconhecido em todo o mundo e que o mesmo se tornará cidadão da União Europeia quando receber a nacionalidade, sendo possível, inclusive, submeter o pedido de forma *online*⁴². As despesas administrativas relativas ao procedimento devem ser pagas em forma de imposto ao governo, cujo valor varia de 400 mil a 600 mil euros.

⁴⁰ Pergunta escrita P-641/2014 de Ana Gomes (S&D) à Comissão em 23 de janeiro de 2014; Pergunta escrita P-462/2013 de Auke Zijlstra (NI) à Comissão em 17 de janeiro de 2013.

⁴¹ Art. 10, par. 6 da Lei austríaca sobre a nacionalidade.

⁴² Site do governo da Áustria: <<http://www.austria-citizenship.com/>>.

Por sua vez, Espanha e Reino Unido concedem a residência aos investidores estrangeiros, mas por ora, sem a atribuição das respectivas nacionalidades. Na Espanha, em setembro de 2013 foi promulgada uma lei de apoio aos empreendedores e sobre internacionalização que disciplina a concessão de um visto de residência para o indivíduo que tenha comprado um bem imóvel cujo valor fosse de ao menos 500 mil euros ou tenha realizado um investimento de no mínimo um milhão de euros no país⁴³. Por sua vez, no Reino Unido, as alterações introduzidas em 13 de dezembro de 2012 à “*Part 6A of the Immigration Rules*” preveem que o interessado deva investir ao menos de 1 milhão de esterlinas no Reino Unido para obter o visto de residência permanente⁴⁴.

Tendo em vista tal situação, alguns eurodeputados manifestaram suas preocupações quanto às políticas de naturalização adotadas por certos países. Nas perguntas parlamentares do deputado Graham Watson⁴⁵, ele afirma ter conhecimento da posição reiterada da Comissão em se manter em uma posição de neutralidade quanto às condições de obtenção e perda de cidadania de um Estado-Membro, uma vez que seriam determinadas exclusivamente por cada lei nacional. Embora isso possa ser verdade, o eurodeputado pergunta ao Conselho e à Comissão se não seria plausível concordar que, no contexto do artigo 4º do Tratado da União Europeia, que impõe aos Estados-Membros o dever de cooperarem com a União e entre si, e tendo em conta o princípio da liberdade de circulação das pessoas na União Europeia, uma política envolvendo a naturalização em massa de nacionais de países terceiros poderia ter graves implicações para outros Estados-membros. Curioso que, em ambas as respostas oferecidas, tanto o Conselho quanto a Comissão informam não tinham conhecimento de políticas nacionais implementadas por Estados-membros da União Europeia no sentido de atualmente procederem a naturalizações em massa ou à atribuição da nacionalidade a título excepcional a quem deposite certo montante em dinheiro num banco nacional.

Mais recentemente, e diante de grande pressão política, a Comissão, em resposta a uma Pergunta Parlamentar ⁴⁶, reconheceu que desde o Tratado de Maastricht, a atribuição da nacionalidade de um Estado-membro significa também a concessão da cidadania da União e, por consequência, de importantes direitos suplementares. As decisões sobre naturalização de um Estado-membro não são, portanto, neutras em relação aos outros Estados e à União. Afirmou,

⁴³ Art. 63 a 67 da Lei n. 14/2013 “*de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*” de 27 de setembro de 2013.

⁴⁴ “*Part 6A of the Immigration Rules*” com as modificações de 13 de dezembro de 2012.

⁴⁵ Perguntas escritas E-6519/2011 e E-6520/2011 de Graham Watson (ALDE), respectivamente, ao Conselho e à Comissão, ambas de 11 de julho de 2011.

⁴⁶ Pergunta escrita E-13318/2013 de Andreas Mölzer (NI) à Comissão de 25 de novembro de 2013.

ainda, que espera que os Estados-membros utilizem as suas prerrogativas de concessão da nacionalidade na observância do espírito de sincera cooperação com os outros Estados-membros e com a União e, para tanto, precisavam igualmente levar em consideração as normas e as obrigações que estão sujeitos no âmbito do direito internacional. Após uma série de contatos com as autoridades maltesas, a Comissão afirmou que, neste caso, serão realizadas modificações na lei sobre a nacionalidade deste país, introduzindo o requisito da “conexão efetiva”, concretizado por meio da residência efetiva em Malta por no mínimo 12 meses.

À luz do direito internacional, a condição da “conexão efetiva” com o país no qual se obteve a naturalização é imprescindível para que a nacionalidade adquirida possa ser oponível a outros Estados para fins, por exemplo, de proteção diplomática. Caso contrário, não será considerada uma modalidade válida além das fronteiras estatais, conforme entendimento adotado no peculiar acórdão *Nottebohm*⁴⁷ da Corte Internacional de Justiça.⁴⁸

CONCLUSÃO

Os institutos da cidadania e da nacionalidade parecem adquirir novos contornos não somente em razão do surgimento da cidadania da União europeia, *sui generis* na sua essência, mas também se levar em consideração os mais recentes fenômenos observados na condução de políticas estatais voltadas a reformar as tradicionais legislações sobre nacionalidade com o escopo de introduzir inusitados critérios para a atribuição do *status civitatis* aos estrangeiros interessados.

As “naturalizações de massa” são fenômenos de certo modo recorrentes na história, inclusive naquela do Brasil do século XIX, e sempre geraram debates e vultuosas críticas em razão das peculiaridades inerentes a esta forma de atribuição da nacionalidade. No caso particular da Romênia a situação mostra-se ainda mais delicada pelo fato de esta ser membro de uma organização internacional supranacional que, por sua vez, também concede um tipo de cidadania detentora de um estatuto jurídico invejável por muitos extracomunitários.

Percebe-se que uma das principais motivações para a adoção de uma legislação mais flexível e abrangente no tocante à atribuição da nacionalidade pelo governo romeno é, de um lado, a sua

⁴⁷ CIJ, Liechtenstein v. Guatemala, caso *Nottebohm* de 6 de abril de 1955.

⁴⁸ WEIS, Paul. **Nationality and Statelessness in International Law**. 2 ed. The Netherlands: Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 180.

restituição para aqueles indivíduos que faziam parte da Grande Romênia no passado e que, por razões históricas, perderam o gozo de tal *status*. No plano político, todavia, depreende-se que a motivação é outra. A vontade de afastar definitivamente a influência russa e conseguir dominar geopoliticamente a região é a preocupação fundamental que sustenta o projeto de levar a nacionalidade romena para todos os interessados.

Considerando, dessa forma, a análise desenvolvida ao longo do presente estudo, acredita-se que a política de naturalização dita “de massa”, verificada na Romênia, não parece violar princípios supranacionais, pois existem fatores históricos e étnicos capazes de proporcionar uma consistente ligação entre os naturalizados e o Estado romeno. Os únicos fatores de vulnerabilidade são a inegável influência ocasionada pelos fluxos migratórios em outros Estados-membros e a consequente concessão de inúmeros direitos previstos no estatuto pessoal do cidadão europeu, que extrapolam os limites de jurisdição da Romênia e alcançam aquele da União.

Diferente, no entanto, se apresenta a questão referente ao fenômeno que vem ocorrendo em vários países europeus, nos quais se passou a permitir a “compra” da nacionalidade. A emissão da autorização de residência temporária para extracomunitários que invistam em bens imobiliários e injetem diretamente dinheiro na economia ou nos cofres públicos do governo, estão geralmente acompanhadas de posterior transformação daquela em residência permanente e, até mesmo, da atribuição da nacionalidade. Países como Áustria, Portugal, Malta, Bulgária e Chipre executam uma política conhecida como “cidadania por investimento”, oferecendo-a a quem tiver interesse, e condições financeiras, de adquiri-la. Por sua vez, alguns Estados apenas concedem o visto de residente permanente aos investidores, sem, por ora, ofertar a sua nacionalidade, como é o caso da Espanha e do Reino Unido.

Notória é a extensão e a profundidade da crise econômica que assola a Europa nos últimos anos, bem como a dificuldade de os países se recuperarem dos prejuízos por ela ocasionados. Mas seria esta uma alternativa viável e lícita para tentar contornar a crise? É possível afirmar que a concessão de autorizações de residência no espaço Schengen se tornou um modelo lucrativo de negócio colocado em prática pelas autoridades de alguns países? O fato incontestável é que o número de autorizações emitidas sob a égide de tais programas está aumentando rapidamente, assim como o número de Estados-membros partidários de tal escolha legislativa, o que vem preocupando as instituições supranacionais.

As manifestações de cunho político contestando a legitimidade destas iniciativas tiverem

origem, predominantemente, no Parlamento Europeu. As consultas encaminhadas à Comissão e ao Conselho sempre confirmavam a competência exclusiva dos Estados-membros nesta matéria, mas em um dos últimos pronunciamentos foi sinalizada uma mudança de comportamento. A Comissão, como analisado, solicitou a introdução do requisito da “conexão efetiva” na lei maltesa, o qual pode ser concretizado através da residência efetiva do interessado no território do país em que pretende adquirir a naturalização. No entanto, a resposta dos comissários refere-se a um caso específico, o de Malta, não implicando um comprometimento direto dos demais Estados em igualmente observá-la no sentido de proceder com as devidas modificações legislativas.

Percebe-se, portanto, que se está diante de uma grave violação tanto do ordenamento jurídico internacional quanto do próprio direito da União. A atribuição da nacionalidade por estes Estados não observa os princípios norteadores do instituto jurídico da nacionalidade ao criar um novo critério de concessão baseado exclusivamente no fator “dinheiro”. A utilização do mesmo para fins explicitamente econômicos precisa ser revista urgentemente pelas autoridades competentes e pelos juízes de Luxemburgo, a fim de que se possa dar uma clara orientação acerca dos limites de ordem internacional e comunitária aos quais estão submetidos os Estados-membros ao exercessem o seu poder soberano na disciplina desta matéria.

REFERÊNCIAS DAS FONTS CITADAS

AKAN, Simon. **New York Times**: Spain Gives Citizenship to a Fighter of Franco. Publicado em 26 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/08/27/nyregion/27lincoln.html?th&emc=th>>. Acesso em: 20 set. 2013.

BOLL, Alfred Michael. **Multiple Nationality and International Law**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

CLERICI, Roberta. Freedom of States to Regulate Nationality: European versus International Court of Justice? *In*: BOSCHIERO, Nerina *et al.* (Ed.). **International Courts and the Development**. The Hague: Asser Press, 2013. p. 839-862.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado (parte geral)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

IORDACHI, Constantin. Romania Country Report: EUDO Citizenship Observatory. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2013. p. 2 ss.

KÁNTOR, Zoltán. The status law syndrome and regional/national identity: hungary, hungarians in Romania, and Romania. *In*: IEDA, Osamu; UYAMA, Tomohiko (Ed.). **Reconstruction and interaction of Slavic Eurasia and its neighboring worlds**. Sapporo: Slavic Research Center Hokkaido University. 2006.

KOCHENOV, Dimitry. Rounding up the circle: the mutation of Member States' nationalities under pressure from EU Citizenship. *In*: EUI WORKING PAPERS. RSCAS 2010/23. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2010. p. 21.

LIEBICH, Andre. Introduction. *In*: BAUBÖCK, Rainer; PERCHINIG, Bernhard; SIEVERS, Wiebke (Ed.). **Citizenship Policies in the new Europe**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

LEONCINI, Francesco. Tra passato e presente: la Romania nell'Europa Centrale. *In*: ROMANIA, TURCHIA E NUOVI EUROPEI. Europa e regione – collana di studi, saggi e documentazioni. Pordenone: IRSE, 2007.

MAKAROV, Alexander Nikolajevie. Règles Générales du Droit de la Nationalité. **Académie de droit international de La Haye**. Paris: Recueil Sirey, 1949.

MCDONALD, Vanessa. Over 200 apply for citizenship. *In*: *Times of Malta*. Publicado em 10 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.timesofmalta.com/articles/view/20140810/business-news/Over-200-apply-for-citizenship.531295>>. Acesso em: 13 out. 2014.

ROPER, Steven D. Education as an Instrument os Moldovan Identity Formation, *In*: IEDA, Osamu; UYAMA, Tomohiko (Ed.). **Reconstruction and interaction of Slavic Eurasia and its neighboring worlds**. Sapporo: Slavic Research Center Hokkaido University. 2006

SHAW, Jo. Setting the scene: the Rottmann case introduced. *In*: EUI WORKING PAPERS. RSCAR 2011/62. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2011. p. 2.

WEIS, Paul. **Nationality and Statelessness in International Law**. 2 ed. The Netherlands: Sijthoff & Noordhoff, 1979.

TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS E LOCAIS: A REALIDADE DE COMUNIDADES PERIFÉRICAS ENQUANTO INSTITUIÇÕES EXTRAESTATAIS

Alexandre Moraes da Rosa¹

Fernanda Pacheco Amorim²

INTRODUÇÃO

Pretende-se, com este artigo, demonstrar que o Estado, por estar submetido ao direito não é o único detentor das normas, pelo contrário, há uma complexidade e pluralidade de fontes normativas – positivadas ou não, já que o direito reside no poder e não na norma escrita – e, portanto, tantos ordenamentos jurídicos, quantas forem as instituições que os criam. Buscar-se-á mostrar, ainda, que as comunidades periféricas podem ser enquadradas como instituições extraestatais fundadoras de ordenamento jurídico próprio, nos termos da definição apresentada por Santi Romani e Hauriou. Por fim, tenciona-se propor a aplicação do transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica local para a resolução de conflitos entre Estado e comunidades periféricas, abrindo-se, assim, campo de diálogo e a possibilidade de construção coletiva – entre Estado e sujeitos – de dignidade àqueles envolvidos.

Para alcançar o objetivo proposto dividiu-se da seguinte forma: o direito além do Estado; as comunidades periféricas enquanto instituições extraestatais; transconstitucionalismo entre ordens jurídicas; considerações finais.

No desenvolvimento do trabalho se utilizou o método dedutivo com pesquisa bibliográfica e, conseqüentemente, a elaboração de fichamentos, conceitos operacionais e categorização.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito na Universidade do Vale do Itajaí e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz de Direito. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. alexandremoraisdarosa@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. amorimfe@hotmail.com.

1. O DIREITO ALÉM DO ESTADO

Defende-se, ainda hoje – apesar das constatações de que as fronteiras e até a soberania estão cada vez mais maleáveis em razão das novas e voláteis relações entre os agentes –, que o Estado é o único capaz e legitimado de dizer e produzir o direito. Ou seja, o direito positivo é o único possível de existir – no sentido mais amplo do termo – e, necessariamente, emana do Estado.

Esta noção, segundo Grossi³, nasce com a Revolução Francesa e beira o autoritarismo:

A paisagem jurídica que se obteve foi extremamente simples. O complexo cenário jurídico do Antigo Regime foi submetido pela *Révolution* (e pelo Estado que dela adveio) a uma redução drástica: o único ator foi o Estado e única voz a sua, a lei, ou seja, o ato que manifesta a sua vontade suprema, vontade que obviamente tinha um espaço de eficácia restrito ao território em que a soberania estatal se projetava.

Diz-se autoritário, no sentido de que há instituições – entendidas como extraestatais – que funcionam, nascem e se mantêm além e apesar do Estado, que são autônomas com suas próprias regras, governantes e agentes. Neste sentido, Scelle⁴:

Trata-se aqui de sociedades internacionais, sempre compostas de cidadãos de diferentes Estados, mas que nós qualificamos de extra estatais, porque para a realização dos fins que lhes são próprios, elas não recorrem à atividade dos governantes e agentes estatais. [...] De fato, a solidariedade que lhes serve de base lhes é especial e exclusiva. Ela tende a superar as restrições estatais, a rejeitar a intervenção dos governantes e agentes nacionais. Sua característica é a de conferir a si mesmo instituições autônomas, governantes e agentes próprios.

O Estado como fonte única de toda a autoridade e todo o direito afastava toda a ideia de pluralismo além dele, que outrora existira. Mas, com o Institucionalismo, que teve como nome de destaque Santi Romano, buscou-se resgatar a complexidade do direito, a aceitação da pluralidade de fontes – que não podem se limitar apenas ao Estado – e a noção de que existem tantos ordenamentos quantas forem as instituições existentes, independentemente da figura do Estado que é apenas uma destas.

Ensinou, Santi Romano⁵:

³ GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 74.

⁴ SCELLE, Georges. **Précis de Droit des Gens**: Principes et Systématique. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932. p. 58. Do original: “Sociétés extra-étatiques”. Do original: “Il s’agit cette fois de sociétés internationales, toujours composées de ressortissants d’États différents, mais que l’on qualifie d’extra-étatiques, parce que pour la réalisation des fins qui leur sont propres, elles ne recourent point à l’activité des gouvernants et agents étatiques. [...] En effet, la solidarité qui leur sert de base leur est spéciale et exclusive. Elle tend à s’affranchir des contraintes étatiques, à rejeter l’intervention des gouvernants et agents nationaux. Sa caractéristique est de se donner à elle-même des institutions autonomes, des gouvernants e des agents propres.”

⁵ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.137-138.

é possível se deduzir o princípio de que existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições. Pode acontecer que alguma destas, como mencionado anteriormente e como será mais bem explicado posteriormente, estejam ligadas entre elas, fazendo com que os seus ordenamentos, enquanto permanecem distintos sob determinados pontos de vista, constituam, ao contrário, sob outros sistemas partes de um ordenamento mais amplo, ou seja, de uma instituição mais ampla da qual são elementos integrantes. Isso, contudo, não é necessário e, muito menos, tem-se uma instituição tão compreensiva que abrace indistintamente todas as outras. Cada Estado deve, sem dúvida, ser considerado como um ordenamento que, de fato, está separado dos outros Estados. Mesmo a comunidade internacional, não obstante o fato de ser uma instituição de instituições, é fruto de um ordenamento que pressupõe individualmente os ordenamentos dos Estados, mas, afirmando a autonomia e independência desses, não os incorpora no seu. Este princípio, que poderia ser chamado de pluralidade dos ordenamentos jurídicos, enquanto é incontestado no que se refere aos vários Estados bem como, ao menos na doutrina mais recente, no que diz respeito às relações entre o direito internacional e os direitos estatais, é também, por vezes, negado de uma forma enérgica no que concerne os demais ordenamentos jurídicos. Para estes se põe, frequentemente, a tese de que todos, sem exceções, devem ser reduzidos ao direito estatal. Antes, seria o Estado que imprimiria o seu caráter jurídico, seja quando os constitui diretamente, seja quando os reconhece. No caso em que não se tenha este reconhecimento, como, por exemplo, no que se refere às instituições hostis ao Estado ou mesmo contrárias aos princípios essenciais por este postos na base do seu direito, tais instituições devem ser consideradas antijurídicas, não somente a respeito do Estado, o que é natural, mas também em si e por si. Não existiriam, desse modo, outros ordenamentos jurídicos verdadeiros além daquele estatal e daquele interestatal. Os demais somente poderiam pertencer, de forma imediata ou mediata, ao primeiro, sendo elementos integrantes do seu sistema, ou, ao máximo, seus satélites. O direito seria somente uma força ou uma vontade, que se irradiaria do Estado (na comunidade internacional de vários Estados), e somente deste.

Com base nos escritos de Santi Romano, pode-se concluir que o direito é construído a partir dos fatos, pois, via de regra, o direito não é expressão da vontade daquele ou daqueles que detêm o poder, pelo contrário, é construído de baixo e promulgado por aqueles que ocupam o topo.

E, neste sentido, ao contrário daquilo que pode – numa leitura inicial – parecer, o Estado deriva do direito, ou seja, o Estado é englobado pelo direito e é a ele condicionado, não o contrário.

Corroborando com isto, Santi Romano⁶:

do que foi afirmado se pode concluir que quem concebe o Estado como somente uma das formas – mesmo sendo ela a mais evoluída da sociedade humana –, sem portanto reconhecê-la como uma divindade, o que não se faz em relação às outras formas que o precederam ou que são contemporâneas a ele, deve também admitir que o ordenamento destas outras deve ser considerado como jurídico, não menos e a título não diferente do ordenamento estatal. De fato, qual poderia ser o nexa necessário entre o direito e o Estado, através do qual o primeiro somente possa ser imaginado como um produto do segundo? Não só é impossível demonstrar a existência deste nexa, como, ao contrário, se pode demonstrar que ele não existe. De fato, enquanto se pode perfeitamente conceber

⁶ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**, p. 141.

o conceito de direito sem o Estado, é impossível definir o Estado sem recorrer ao conceito de direito. Esta não é uma união material de seres humanos, um simples agregado de fato e casual, mas uma comunidade organizada, ou seja, um ente jurídico, um dos diferentes ordenamentos jurídicos que a realidade nos apresenta.

Conforme visto nas lições de Santi Romano trazidas acima, é possível a existência de direito sem a figura do Estado, mas o Estado não seria aquilo que é e que se entende por Estado sem o direito. Seria apenas um conjunto de pessoas, mas não o portador da soberania, pois sem o direito sequer ela poderia ser definida.

Acontece que, falar em direito não é, como se pode entender de maneira equivocada, falar em norma posta, pelo contrário, a norma posta é também o direito, mas, acima disto, ele deve ser entendido como quem a põe⁷. Ou seja, a formalização, ou positivação, nada mais que é uma simples expressão do direito já existente. Nas palavras de Santi Romano:

A objetividade das normas é somente um reflexo, muito mais frágil e algumas vezes absolutamente pálido, da objetividade de tal entidade, sendo que não se saberia nem mesmo defini-la sem ter esta última por referência. Não se afirma que a norma jurídica é objetiva somente por ser norma escrita ou por ser formulada com exatidão. Se fosse assim, ela não se diferenciaria das muitas outras normas suscetíveis a esta extrínseca formulação, além de que, por vezes, são consideradas normas jurídicas algumas que em tal sentido não são totalmente precisas como, por exemplo, os costumes. O caráter da objetividade é aquele ligado á impessoalidade do poder que elabora e fixa a regra, ao fato de que este mesmo poder é algo que transcende e se eleva sobre os indivíduos, que se constitui ele mesmo direito. Se prescindirmos desta concepção, o caráter da objetividade perde o seu significado ou, pior ainda, implica em erros.

Vê-se, com isto, que a norma escrita é apenas e tão somente a formalização de um direito já nascido, pois este reside no poder e não na norma. Para construir um conceito de direito Santi Romano apresenta três pressupostos fundamentais, quais sejam: 1) Necessária vinculação ao conceito de sociedade, na qual hajam componentes jurídicos, como por exemplo regras, estrutura e uma unidade constituída; 2) Presença de uma “ordem social” pré estabelecida que regule as relações e não as deixe ao mero arbítrio das partes; 3) Esta ordem social não pode ter sido balizada por ordens jurídicas, pelo contrário, ela se serve destas ordens⁸.

E isto tudo se une ao conceito de instituição, pois para Santi Romano todo ordenamento jurídico é uma instituição e vice versa⁹. E as instituições, segundo Hauriou são organizações sociais realizadas por determinado grupo, que tenha um poder para assegurar o alcance dos fins proposto

⁷ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**, p. 72.

⁸ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**, p. 77-78.

⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**, p. 78.

e possua caráter permanente¹⁰.

E, ainda, para que sejam legitimadas têm que desenvolver o poder para o alcance dos objetivos propostos, reunir as normas fixadas para o desenvolvimento da estrutura e funcionamento, e garantir a aplicação das sanções dentro da organização¹¹.

A diferenciação entre o conceito de instituição trazido por Hariou do conceito trazido por Santi Romano reside no fato de que o primeiro a entende como fonte do ordenamento, ou seja, o ordenamento nasce da instituição, já o segundo entende que a instituição é o ordenamento, ou seja, o ordenamento nasce com a instituição.

E é por tudo o que foi dito, seguindo-se os ensinamentos de Santi Romano, de que o Estado deriva do direito e não o contrário e que o direito reside no poder e não na norma, que se acredita que as comunidades periféricas podem ser entendidas como instituições – nos termos da definição trazida acima – que possuem ordenamento próprio, conforme se verá nos tópicos seguintes.

2. AS COMUNIDADES PERIFÉRICAS ENQUANTO INSTITUIÇÕES EXTRAESTATAIS

A Constituição da República de 1988, uma das cartas constitucionais mais ricas do mundo em relação à garantia – ao menos formal – de direitos, diz no seu artigo 5º, caput, que todos são iguais perante à lei¹² e apresenta também nos incisos deste artigo um rol de direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos¹³.

Já o artigo 6º da Carta Magna apresenta os direitos sociais dos cidadãos como sendo: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, nos termos da Constituição. E é a garantia

¹⁰ HAURIOU, Maurice. **Precis de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: Sirey, 1921, p. 83.

¹¹ HAURIOU, Maurice. **Precis de Droit Administratif et de Droit Public**, p. 83.

¹² Em contraponto à igualdade formal apresentada, Leonardo Costa de Paula: “Declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si.” A crença de que todo homem seja sujeito de direito só se enquadra na sociedade capitalista de forma hipotética, já que uns não são tão iguais assim. PAULA, Leonardo Costa de. Dos rolezinhos na cidade partida: a ralé brasileira e os sujeitos de direitos virtuais vistos pelas agências de persecução penal. In: BAYER, Diego Augusto et al (Org.). **Controvérsias Criminais: estudos de direito penal, processo penal e criminologia**. Jaraguá do Sul: Mundo Acadêmico, 2016, p. 380.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 221-379.

destes direitos – fundamentais¹⁴ – que legitima o poder estatal¹⁵. Antonio Graim Neto¹⁶ lecionou:

Entende-se, assim, que, para além de serem exigíveis, os direitos fundamentais subjetivos retratam a própria fundamentação de um Estado Democrático de Direito, na medida em que este tem sua legitimação no sujeito individualmente representado. Cada cidadão é um ente jurídico em si, passível de tutela, mas, também, uma fonte de existência do próprio Estado Moderno. Toda formação democrática irá pautar sua organização não apenas sob as égides da legalidade, mas precisa alcançar os patamares de democracia material, os quais irão concretizá-los no momento em que preservam o valor do direito fundamental subjetivo.

Sob esta ótica, então, a legitimidade de um Estado Democrático de Direito reside¹⁷, não somente, é claro, na garantia aos direitos fundamentais que se propõem. Elaborou-se, em razão disto, a noção de mínimo existencial, que se entende como “o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada¹⁸”. Mas, não é suficiente que o Estado se preocupe apenas com subsistência, pois isto se refere apenas ao mínimo e dignidade não é sinônimo apenas de sobrevivência, pelo contrario, vai muito além disto, são necessários, materialmente, os direitos fundamentais¹⁹.

Acontece que, e não é surpresa para ninguém, nem todos – melhor dizendo, grande parte – não tem acesso sequer ao mínimo, e, via de regra, estas pessoas encontram-se, aglomeradas, em comunidades periféricas²⁰. Sobre isto, Rosivaldo Toscano:

¹⁴ Sobre os direitos fundamentais Cunha Júnior: Tendo como núcleo essencial a dignidade humana, os direitos fundamentais são princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, seja numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado e terceiros, seja numa dimensão objetiva, servindo como parâmetro conformador do modelo de Estado. Constituem, em face dessa última dimensão, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes o modo de organização e atuação racional. Compreendem os direitos civis (individuais e coletivos), os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos e culturais. Por isso, buscam 'resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade)' . CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 547.

¹⁵ Corroborando com isto Cunha Júnior: Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 550-551.

¹⁶ GRAIM NETO, Antonio. **Punir é um direito fundamental?** Teoria da pena conforme a teoria geral dos direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 41-42.

¹⁷ Importante salientar que não se pretende com esta afirmação reduzir, simplificar ou diminuir o debate relativo à legitimidade do Estado. Sustenta-se o que aqui está sendo dito por ser a parte que mais se assemelha à pesquisa proposta neste trabalho.

¹⁸ SILVA, Quezia Lucinéia de Oliveira da; PÍTSICA, Helena Nastassya Paschoal. O mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana. In: CONCURSO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DO CEJURPS DA UNIVALI, 2016, Itajaí. **Produção científica CEJURPS/2016**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2016, p. 443.

¹⁹ SILVA, Quezia Lucinéia de Oliveira da; PÍTSICA, Helena Nastassya Paschoal. O mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana, p. 445.

²⁰ No mesmo sentido Sérgio Sobrinho: Ainda que tenha havido muitos avanços na área econômica e social (principalmente aqui no Brasil), a concentração de riqueza e a desigualdade social permanecem inalteradas e o acesso à Justiça também é dificultado, à exceção do acesso ao judiciário via sistema penal. GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio F. C.. As flexibilizações das garantias em tempos

Simbolicamente, convivemos com guetos, com áreas de exceção construídas enquanto tais pelo próprio Estado, por omissão das ações necessárias ou pela prática das ações que reforçam o estigma, de modo a ocasionar a despersonalização e a coisificação das populações residentes nas periferias [...] ²¹.

As periferias são áreas destinadas aos excluídos, àqueles que só são entendidos como sujeitos de direito de maneira simbólica, que têm a Constituição apenas como realidade formal, mas a quem, materialmente, pouco, ou nada, é destinado ²². São áreas nas quais o Estado, como regra, só entra como Estado de Polícia. Rosivaldo Toscano descreve:

Nas áreas de estado de exceção das periferias das grandes cidades, o Estado somente chega efetivamente enquanto “Estado de Polícia”, bem como a seletividade penal se expressa nos corpos das populações que lá habitam. As favelas são zonas de exclusão. Exclusão do Estado Providência e exclusão de direitos. O Estado não sobe o morro com escolas, mas com escopetas; não com saúde, mas com ataúdes. Não sobe com veículos oficiais, mas com Caveirões ²³.

E isto vai de encontro àquilo que garante a Constituição da República, que positiva os direitos fundamentais que deveriam ser assegurados a todos os cidadãos, independentemente de qualquer singularidade que possa existir, principalmente, independentemente de classe social. Até porque, segundo Toscano dos Santos, nas periferias o que acontece é “o anseio por políticas públicas típicas do Estado Providência ²⁴”.

Mas, enquanto o Estado não fornece condições mínimas, asseguradas constitucionalmente, aos cidadãos ele deixa brechas para que outras instituições possam fazer aquilo que seria seu dever. É comum ver ONG's, associações, fundações e organizações da sociedade civil de maneira geral, provendo serviços de responsabilidade do Estado nas comunidades periféricas, mas também é comum ver que a comunidade, por muitas vezes, tem um poder autônomo totalmente desvinculado do Estado que cria o seu próprio ordenamento.

de alta velocidade. In: PRADO, Geraldo et al (Org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 550.

²¹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 77.

²² Para Thiago Fabres de Carvalho: O conteúdo essencial da dignidade consiste precisamente nesse substrato sobre o qual descansa essa condição mundana e imanente de um ser humano fronteiriço que luta por encontrar seu lugar no mundo. No cenário das relações sociais concretas, a dignidade poderia traduzir-se no estar disposto a fazer e no ter poder para fazer algo que se assume previamente, isto é, na realização das condições que permitam alcançar uma posição de visibilidade e reconhecimento. CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in) visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 44. Percebe-se, com isso, que em comunidades periféricas a dignidade da pessoa humana é apenas uma utopia constante na Constituição Federal, que aqueles cidadãos, por vezes, se quer ouvirem falar.

²³ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro, p. 77.

²⁴ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro, p. 108.

E isto pode e deve ser visto como instituição, pois são organizações nascidas nos grupos de excluídos – que, muitas vezes, são vistos enquanto negação do ser – que têm poder e regras para assegurar seus fins, têm normas – não necessariamente positivadas, mas claras e conhecidas pelos envolvidos – que cuidam do desenvolvimento da instituição e há aplicação de sanções previstas pelas normas.

Mais ainda, as normas criadas por estas instituições nascidas no seio das comunidades periféricas podem ser entendidas como direito, a partir do conceito apresentado de Santi Romano, pois há uma sociedade com componentes jurídicos com regras e estruturas, há ordem social preestabelecida que cuida das relações dentro da instituição e que se serve das ordens jurídicas criadas.

Assume-se que esta classificação não é usual, mas não é porque não se faz parte de uma instituição, que não se deva reconhecê-la enquanto existente se esta preenche os requisitos necessários. Como demonstrado acima, a ausência do Estado nas comunidades periféricas permitiu a criação destas instituições e não reconhecer o ordenamento jurídico criado por elas é negar, novamente, os cidadãos envolvidos, não permitir o diálogo, aprofundar, ainda mais, o problema criado e não tentar repará-lo. Por tudo isto, propõe-se, no tópico seguinte, a aplicação do transconstitucionalismo entre os ordenamentos jurídicos do Estado e das comunidades periféricas.

3. TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

O transconstitucionalismo supera a discussão sobre a visão monista ou pluralista do direito e propõe um diálogo entre as ordens jurídicas existentes e o delineamento das relações entre elas. Sobre isto, Marcelo Neves:

Nesse caso, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, “lícito/ilícito”, mas com diversos programas e critérios²⁵.

Entende-se, então, a sociedade de maneira geral, e o sistema jurídico como multicêntrico²⁶,

²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 115.

²⁶ Marcelo Neves lecionou: Mediante esse processo, a sociedade torna-se ‘multicêntrica’ ou ‘policontextual’. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as

nos quais, a partir da visão de centro de um dos sistemas os demais serão considerados periféricos²⁷. E os problemas surgem de diversas ordens jurídicas e o que o transconstitucionalismo propõe é se pensar em soluções transversais que dêem conta de todas as ordens envolvidas.

A questão do transconstitucionalismo não se refere, portanto, à referência inflacionária à existência de uma Constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emerge com pretensão de autonomia. Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalidade saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas²⁸.

E, a partir da aceitação da existência de várias ordens jurídicas fundadas em normas distintas é que se propõe a ideia de racionalidade transversal, com a qual se busca um consenso entre as racionalidades diversas existentes para que se possa solucionar um problema comum. Para tanto, é imprescindível a compreensão de que não há discurso capaz de ser imposto como regulador dos demais, pois isto iria contra a pluralidade defendida e acabaria com o diálogo²⁹.

O que se propõe, portanto, é a criação de pontes de transição que permitam o entrelaçamento e diálogo do lícito e ilícito das ordens jurídicas plurais que resulte numa racionalidade transversal, conforme sugere Marcelo Neves:

A pergunta concernente à conformidade ou desconformidade ao direito (licitude ou ilicitude), em relação a um mesmo caso, apresenta-se perante uma pluralidade de ordens jurídicas. Essa pergunta vazia pode ser complementada com referência a conteúdo: quais os critérios ou programas condicionais que podem servir para definir se algo se enquadra na hipótese da licitude ou da ilicitude? As diversas ordens, naturalmente, vão invocar, primariamente, os seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução de casos. Sem dúvida, em princípio, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de “pontes de transição” é fundamental. Evidentemente, essas “pontes”, como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo³⁰.

E, o transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves, vai além:

outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 23-24.

²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 117.

²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 121.

²⁹ Sobre isto, Marcelo Neves. [...] Isso significa que não há um discurso supraordenado, imposto aos outros como regulador. A imposição de um dos campos de linguagem aos outros importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação [...]. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 38.

³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 128.

Outra é a situação, quando se trata de ordens arcaicas, que não dispõem de princípios e regras secundárias de organização e, portanto, não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais. Ordens desse tipo exigem, cada vez mais, um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e, em certa medida, de aprendizado: embora elas sejam avessas ao modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial, não se compatibiliza com o transconstitucionalismo a simples imposição unilateral e heterônoma de “direitos humanos” a membros de uma respectiva comunidade, pois tal medida pode ter efeitos destrutivos em suas mentes e em seus corpos, sendo contrária ao próprio conceito de direitos humanos. Por conseguinte, embora haja ordens jurídicas que estão à margem do transconstitucionalismo, esse não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens³¹.

Percebe-se, com tudo isto, que o tencionado pelo transconstitucionalismo é, como dito anteriormente, um diálogo entre os ordenamentos jurídicos para que a resolução dos conflitos seja feita caso a caso e leve em consideração a multacentralidade dos ordenamentos não impondo, desta forma, nada a nenhum dos envolvidos – criando assim resoluções unilaterais –, muito pelo contrário, o que se propõe é a construção das pontes de transição para que a singularidade de cada ordem jurídica seja observada e respeitada na construção do resultado comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretende, com este escrito, fazer qualquer apologia às normas criadas no seio de comunidades periféricas, até porque, acredita-se que são normas que pouco, ou nada, levam em consideração questões relativas aos direitos humanos, sociais e de liberdade dos indivíduos que a elas estão submetidos.

Mas, pretendeu-se, a partir de uma visão realista, não negar aquilo que no mundo dos fatos existe, que são as comunidades periféricas com suas normas específicas. Acreditar que, ao não garantir materialmente o acesso aos direitos fundamentais e apenas se fazer presente enquanto estado de polícia, o Estado tem legitimidade perante estas comunidades e suas normas são superiores às normas locais é, para dizer o mínimo, ingenuidade.

É claro que ao propor a aplicação do transconstitucionalismo entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica local – entendida como o conjunto de normas que vigoram numa microparcela do Estado: as comunidades periféricas³² – não se pretende que o Estado legitime a ação e as normas

³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 130.

³² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**.

produzidas por aqueles que estão no poder dentro das comunidades, muito pelo contrário, o que se espera é que a partir de um diálogo horizontal se possa entender a realidade daqueles que lá vivem e construir uma alternativa aos caos que hoje vigora.

Não é razoável que o julgamento de alguém que está submetido às regras das comunidades periféricas seja absolutamente o mesmo daqueles que não estão, pois se fala de ordenamentos jurídicos completamente opostos. Se o Estado não provém os direitos àqueles que lá vivem, como se pode querer cobrar os deveres sem haver uma mínima ponderação.

Thiago Fabres de Carvalho³³ escreveu:

A dignidade humana requer, ainda, um horizonte de valores intersubjetivamente partilhados, pois a maneira como o indivíduo se autocompreende em sociedade está, de maneira inextricável, conectada aos padrões culturais que orientam a construção social da realidade. Se a ordem social consiste num universo de crenças partilhadas em um dado momento histórico, a partir do qual os membros dessa mesma sociedade conhecem a realidade social, isto é, apto a oferecer às pessoas um sentido firme do modo como as coisas são, então cabe referir que a dignidade humana exige a possibilidade de participação interativa na construção dessa mesma realidade, por meio da ação e do discurso.

O diálogo como meio de reparar os equívocos, para que as lacunas deixadas pelo Estado sejam preenchidas, é o que se faz necessário e o transconstitucionalismo entre o Estado e as comunidades periféricas – a partir de uma visão menos romantizada da realidade social e das garantias constitucionais –, ao menos num primeiro momento para que se consiga estabelecer a ponte de transição, é um instrumento interessante para que todos – e aqui sem nenhuma exceção por qualquer motivo que seja – tenham acesso a uma vida digna.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in) visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

GRAIM NETO, Antonio. **Punir é um direito fundamental?** Teoria da pena conforme a teoria geral dos direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio F. C.. As flexibilizações das garantias em tempos de alta velocidade.

³³ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in) visibilidade, reconhecimento**.

In: PRADO, Geraldo et al (Org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

HAURIOU, Maurice. **Precis de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: Sirey, 1921.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

PAULA, Leonardo Costa de. Dos rolezinhos na cidade partida: a ralé brasileira e os sujeitos de direitos virtuais vistos pelas agências de persecução penal. In: BAYER, Diego Augusto et al (Org.). **Controvérsias Criminais**: estudos de direito penal, processo penal e criminologia. Jaraguá do Sul: Mundo Acadêmico, 2016.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SCELLE, Georges. **Précis de Droit des Gens**: Principes et Systématique. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

SILVA, Quezia Lucinéia de Oliveira da; PÍTICA, Helena Nastassya Paschoal. O mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana. In: CONCURSO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DO CEJURPS DA UNIVALI, 2016, Itajaí. **Produção científica CEJURPS/2016**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2016.

MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

Paulo Marcio Cruz¹

Carla Piffer²

INTRODUÇÃO

O presente estudo discorre sobre as migrações transnacionais, com o intuito de verificar quais são as concepções – positivas e negativas – em relação aos migrantes transnacionais. A fim de atingir os objetivos do presente, inicia-se com algumas considerações acerca da superação da internacionalização pela transnacionalidade. Pretende-se demonstrar que a clássica ideia de soberania encontra-se relativizada, notadamente ante o fenômeno da globalização que promoveu a liberação dos vínculos espaciais e temporais, afetando os mais variados Estados e toda a comunidade internacional.

Na sequência, apresentam-se alguns dos principais doutrinadores que abordam o Direito Transnacional, com a finalidade de evidenciar outras características deste fenômeno e sua relação com o direito. Nesta ordem, as migrações serão abordadas sob a vertente da transnacionalidade, pois denotam a construção de elementos de ligação tanto com o país de origem quanto com o país de destino, com a característica peculiar de não haver necessariamente um único local de origem e um único local de destino, transpassando as fronteiras geográficas impostas pelas soberanias modernas.

Ao final, partindo-se do contexto transnacional, diretamente afetado pelas premissas da globalização, são apresentadas algumas concepções – positivas e negativas – criadas pelas sociedades acolhedoras para com os migrantes transnacionais.

¹ Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br)

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Mestre e Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Diritto Pubblico pela Università degli Studi di Perugia, Itália. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista do Programa Nacional de Pós-doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – PNPd/CAPES. (cpiffer@edu.univali.br)

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica³.

1. DA INTERNACIONALIZAÇÃO À TRANSNACIONALIDADE: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS NECESSÁRIAS

Diante dos acontecimentos atuais, é indiscutível que a globalização promoveu, dentre outros aspectos, a liberação de vínculos espaciais e temporais, resultando na crescente interconexão entre pessoas e eventos distantes, estando, por este motivo, geralmente associada aos termos internacional ou internacionalização⁴.

No entanto, até então utilizado como fomentador das relações entre os Estados nos séculos XIX e XX, o fenômeno *internacional* vem demonstrando não ser mais suficiente para denominar as ocorrências da globalização, que vão além das simples relações que antes se implementavam - predominantemente - entre os Estados soberanos e suas formas de associações. Ocorre que hoje os indicadores do fenômeno da internacionalização não mais servem para designar a intensificação das relações de alcance global travadas entre Estados, organizações, pessoas, coisas e valores, pois os primeiros não são mais os protagonistas de relações que vão além das suas próprias fronteiras⁵.

Diante disso, os Estados hoje se deparam com suas soberanias enfraquecidas ou relativizadas e com uma reduzida capacidade de regular tanto ordenamentos jurídicos quanto estruturas políticas ao seu interno, sendo constantemente perpassados por inúmeras relações que não mais respeitam os limites geográficos impostos pelas soberanias modernas.

Nesse contexto, chama-se a atenção para o fato de que pessoas das mais variadas nacionalidades e culturas se deslocam – voluntária ou involuntariamente – por todas as regiões do planeta como nunca antes visto. Significa, portanto, que os temas e enfoques, até então tratados sob o âmbito e viés internacional, assumiram dimensões e papéis que vão para além deste. A

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

⁴ Essa análise pode ser encontrada nas obras de Bauman, Taubner e Habermas, entre outros. (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999; TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. In: Impulso, Piracicaba, 14 (33): 9-31, 2003. Disponível em: <<http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%A2ncia-de-um-pluralismo>>. Acesso em: 03 set. 2017; HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale konstellation: politische essays; HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: Zeit der Übergänge).

⁵ Sobre este assunto, ver: STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.

simples internacionalização dos Estados por meio de relações pontuais – com origem e destino pré-estabelecidos – demonstra ser decadente e carece de atenção, pois outros centros de poder relacional surgiram dando origem à transnacionalidade, como é conhecida atualmente.

É clássica a citação à Philip Jessup⁶ quando se aborda a transnacionalidade, ante a edição da sua obra, em 1965, intitulada *Direito Transnacional*. O autor aborda os problemas e verificações da então comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcança a sociedade de Estados, por considerar que a comunidade mundial estaria criando laços cada vez mais complexos, e que a expressão *Direito Internacional* estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava.

A partir dos escritos de Jessup, Vagts⁷ apresenta três elementos que caracterizam o *Direito Transnacional*: os assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; assuntos que não comportam uma clara distinção entre *Direito Público* e *Direito Privado*; assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como por exemplo o *soft law*⁸.

A importância da contribuição de Vagts para o estudo da transnacionalidade adquiriu relevância ao não abordar estritamente as leis e as normas, mas ao se preocupar em determinar o comportamento adotado pelos atores envolvidos nas relações transnacionais, surgindo, neste momento, uma análise que vai além do direito, ao observar a forma como surgem as práticas comportamentais dos sujeitos envolvidos nas relações transnacionais.

Ribeiro, por sua vez, em sua obra datada de 1997, aborda o transnacionalismo enquanto fenômeno econômico, político e ideológico, e a transnacionalidade como “a consciência de fazer parte de um corpo político global”, preferindo considerar “a condição da transnacionalidade do que a sua existência de fato”⁹. O Professor brasileiro segue afirmando que o transnacionalismo não é fenômeno novo, trazendo como exemplo os papéis desempenhados na história do Ocidente por instituições e elites intelectuais, religiosas e econômicas, com suas visões e necessidades

⁶ Para Jessup, o *Direito Transnacional* inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o *Direito Internacional Público* quanto o *Privado* estão incluídos, assim como estão outras regras que não se encaixam perfeitamente nas categorias usuais da época. A ideia lançada por Jessup serve como ponto de reflexão inicial ao assunto, pois o que ele verificou foi o fortalecimento dos efeitos da globalização, consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Moderno. JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

⁷ VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

⁸ Aqui entendido como o conjunto de regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, por não possuírem o status de norma jurídica, seja porque os seus dispositivos não criam obrigações de direito positivo aos Estados.

⁹ RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 03.

cosmopolitas.

Contemporaneamente, um dos expoentes do estudo do Direito Transnacional, o Professor de Direito Internacional na Universidade da Yale Law School, Harold Hongju Koh, ensina que o Direito Transnacional representa um híbrido entre o direito doméstico e o internacional, e que tem assumido uma crescente importância na vida das sociedades contemporâneas¹⁰. O referido professor, logo no início de seu artigo explica porque o Direito Transnacional é importante, e em seguida retorna para algumas considerações sobre tendências emergentes, chamando-as de processo transnacional jurídico, substância transnacional jurídica e a ascensão do direito transnacional público¹¹.

Diferentemente de qualquer outra relação já estabelecida anteriormente, a transnacionalidade como fenômeno representa um novo contexto mundial verificado a partir da intensificação de relações ditadas pela globalização. Esta última, porém, não pode ser confundida com aquela, embora ambas não possam ser dissociadas, pois a transnacionalidade nasce no contexto da globalização¹².

Interessante trazer a contriuição de Baumann, ao afirmar que o transnacionalismo compreende todos os vínculos que atravessam os limites do Estado-nação, e que a globalização transformou o mundo em uma “aldeia global”¹³. Significa, portanto, que a transnacionalidade emerge da autolimitação da internacionalização e é verificada a partir da efetivação da globalização.

Deste modo, diante da breve exposição acerca do surgimento dos debates teóricos acerca da transnacionalidade, outras características são evidenciadas ao analisar tal fenômeno. A primeira delas seria o que Matias¹⁴ chama de conjunto de transformações relativas aos espaços territoriais

¹⁰ KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 set. 2017.

¹¹ KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 set. 2017.

¹² Sobre esse assunto ver: FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mullino. 2008; PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹³ Citação original em italiano. Livre tradução dos autores. BAUMANN, Gerd. **L’enigma multiculturale**. Bologna: Mulino, 2003, p. 160.

¹⁴ “Tradicionalmente o direito internacional fundava-se no princípio da territorialidade – pelo qual cada Estado tem competência exclusiva pelos acontecimentos ocorridos em seu território – e o respeito a esse princípio era em regra suficiente para assegurar um funcionamento satisfatório das relações internacionais. Hoje as atividades transfronteiras exigem grau maior de sofisticação

nacionais que antes eram pensados isoladamente, ou em conjunto com outros somente internacionalmente. Isso porque as alterações propiciadas pela globalização deram origem a novas situações, antes não vivenciadas nem pensadas devido à sua abrangência e característica de novo, atualmente circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais pré-definidos¹⁵.

Eis a razão pela qual a transnacionalidade atravessa diferentes níveis de integração tornando difícil relacioná-la a um território circunscrito. Esta é a característica da desterritorialização atribuída à transnacionalidade por Stelzer sob o argumento de que o território transnacional se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado¹⁶, flutuando sobre os Estados e fronteiras.

Outra característica que merece abordagem é aquela apontada por Ambrosini¹⁷. A autora menciona que a transnacionalidade pode ser verificada a partir da implementação das premissas de facilitação dos transportes e da comunicação e da alteração do sentimento de pertencimento a determinado grupo social ou político, possibilitando o estabelecimento de inúmeras formas de interação por intermédio de contatos que atravessam e permeiam as fronteiras nacionais, que desconhecem nacionalidades ou normas pré-definidas e pugnam por um reconhecimento até então não pensado.

Por esta razão entende-se que os acontecimentos de hoje são transnacionais porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e requerem um compromisso regular e significativo de todos os participantes. Neste sentido Ferrajoli¹⁸ ensina que a globalização é responsável pela crise do direito, e a transnacionalidade apresenta-se como o sentido objetivo desta crise, por afetar o Estado na sua esfera institucional, permitindo que a sua soberania seja efetivamente relativizada.

Assim, à medida que a globalização desenvolve sua dinâmica por meio das dimensões por ela criadas, cresce a necessidade dos envolvidos se localizarem em novos cenários e encontrar maneiras de contrabalançar as novas tendências. Isto demonstra que a transnacionalidade possui

do direito internacional". MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras**: do Estado soberano à Sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 345.

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e dos direitos transnacionais - Minas Gerais - Faculdade de Direito do Sul de Minas. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, p. 159-176, 2010.

¹⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**, p. 25.

¹⁷ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 11-38.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 353.

sinergia com a globalização e com aquilo que Wallerstein chama de “sistema-mundo”¹⁹, mas a sua própria particularidade reside no fato de apontar para uma questão central: as relações “transpassantes” entre territórios e os diferentes arranjos socioculturais e políticos que se apresentam na atualidade²⁰.

Desse modo, para o deslinde dos objetivos do presente estudo, convencionou-se que a expressão latina *trans* significaria algo que vai além de ou para além de, a fim de evidenciar a superação de um lócus determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados²¹.

Trazer à discussão a transnacionalidade em matéria de migrações é cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações “transpassantes” que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.

Significa, portanto, que não há mais espaço para estudos fragmentados acerca da transnacionalidade e das migrações, sem levar em consideração o ritmo acelerado da globalização e uma premente visão para além das fronteiras nacionais.

2. AS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

Migrações são fenômenos verificados desde os primórdios da civilização. Conforme anota Gozzini, a figura do migrante não é um artefato da história moderna²², e tal ocorrência possui os mais variados motivos e impulsões, os quais se transformam, sob uma visão ampla e alargada, de acordo com o momento histórico no qual estão inseridos e, sob uma visão mais estrita, de acordo com a realidade política, social e econômica da região de origem daqueles que farão parte do contingente migrante no mundo.

Ao tratar do assunto sob seu viés histórico, Ferrero²³ menciona que tanto quando os

¹⁹ WALLERSTEIN, Immanuel. **Compreendere Il mondo**. Introduzione all’analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006, p. 38 e 77.

²⁰ Sobre este assunto ver RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**.

²¹ CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**, p. 58.

²² Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005, p. 08.

²³ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l’albero che cade che la foresta che cresce. Claudiana: Torino, 2007, p. 11.

migrantes eram os europeus, quanto na atualidade - em que muitos países europeus se tornaram recebedores de migrantes -, qualquer abordagem do tema estará sempre ligada à pobreza e à esperança. Para o autor, a pobreza tem suas raízes na terra de origem e a esperança tem a ver com o país para o qual se vai. Assim, qualquer fenômeno relacionado às migrações, independentemente do local em que ocorra, é acompanhado por um conjunto de mudanças e um considerável impacto na vida do grupo. Não se trata de um fato cotidiano, mas sim de uma excepcionalidade que marca profundamente, através de gerações, as memórias individuais e coletivas dos envolvidos.

Embora não se pretenda, neste estudo, analisar qualquer característica histórica dos movimentos migratórios, não se pode olvidar que, nos últimos vinte anos do século passado, alguns fenômenos influenciaram diretamente os principais países de destino das migrações: a passagem da sociedade industrial para a pós-industrial; o desmoronamento do sistema soviético após a queda do muro de Berlim; a superpopulação e a fuga da pobreza; os movimentos de exilados e refugiados; os grandes desastres ambientais; e, sob o plano econômico, a afirmação do sistema globalizado e os processos de modernização²⁴

Da análise dos textos pesquisados, nota-se que em épocas de globalização e de transnacionalidade, muitos ousam afirmar que as migrações continuam sendo as mesmas. No entanto, deve-se ter em mente que cada processo localizado em determinado período histórico é composto por caracteres específicos que possuem as mais inúmeras variáveis.

A fim de evidenciar as mudanças das grandes migrações que tinham como origem a Europa, em comparação aos movimentos verificados atualmente, Gozzini demonstra que não é possível comparar os fatores propulsionadores das grandes migrações dos séculos XIX e XX com aqueles que contribuem para as ocorrências atuais. Da mesma forma não é possível responder também se as migrações de hoje representam, em número de pessoas, uma quantidade maior ou menor quantidade do que nas décadas precedentes²⁵. Isso porque devem ser levados em consideração contextos distantes tanto no tempo quanto no espaço, significando que o momento atual que envolve as migrações no planeta é novo, inédito, nunca antes percebido, e este ineditismo corresponde ao fato de se atribuir a estas o caráter transnacional. O mundo assiste, portanto, a ocorrência das denominadas migrações transnacionais.

²⁴ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

²⁵ GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata, p. 18.

Quando Bauman²⁶ inicia sua obra mencionando que somos uma soma de diásporas, talvez não seja possível evidenciar o alcance e abrangência desta afirmação, principalmente pelo fato de utilizar vespas e abelhas localizadas no Panamá como objeto de análise²⁷. Isto porque, para o autor, a fluidez da adesão e da constante mistura das populações são a norma também entre os insetos sociais²⁸.

A realidade é verdadeiramente esta: somos uma soma de diásporas verificadas no local e no global, ambas compostas pela adição de diferentes etnias que não se reporta a governos e comissões para seu próprio reconhecimento. Significa, conforme afirma o autor, que somos todos, ou estamos rapidamente nos transformando como as vespas do Panamá²⁹. Tudo isso é verificado em virtude do caráter transnacional das migrações.

Neste norte, as migrações transnacionais podem ser definidas inicialmente como o processo mediante o qual os migrantes constroem elementos de ligação tanto com seu país de origem quanto com seu país de destino. No entanto, para que se possa utilizar este conceito, faz-se necessário deixar de compreender as migrações como processos que possuem um local de origem e um local de destino³⁰.

Tal concepção era comum, pois no passado, diante das dificuldades de comunicação e locomoção, os migrantes rompiam consideravelmente suas relações sociais com o país de origem, aderindo aos contextos econômico e político do país de permanência, e mantendo a bagagem cultural trazida consigo³¹.

Hodiernamente, o então migrante se utiliza das benesses oferecidas pelas técnicas da globalização - como o aprimoramento dos meios de comunicação e a facilidade de mobilidade em

²⁶ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. BAUMAN, Zygmunt. *L'etica in un mondo di consumatori*. Bari: Laterza, 2010, p. 03.

²⁷ Para justificar esta afirmação o autor apresenta a seguinte metáfora: faz uma comparação com as colmeias de vespas e abelhas a partir de alguns estudiosos de um zoológico de Londres que se deslocaram para realizar um experimento no Panamá e verificaram que, em média, 56% das vespas mudam de colmeia durante sua vida. Estas, naturalmente são aceitas nas novas colmeias como parte integrante do novo grupo, ou seja, as colmeias são populações mistas de vespas nativas e vespas migrantes, que trabalham e vivem juntas, independentemente da origem dos seus integrantes. Assim o autor afirma que as vespas migrantes não são estranhas ao grupo, pois, quiçá, podem ser até parentes próximas das suas atuais colegas. (Texto original em italiano. Livre tradução dos autores). BAUMAN, Zygmunt. *L'etica in un mondo di consumatori*. p. 03.

²⁸ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. BAUMAN, Zygmunt. *L'etica in un mondo di consumatori*. p. 06.

²⁹ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. BAUMAN, Zygmunt. *L'etica in un mondo di consumatori*, p. 09.

³⁰ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. AMBROSINI, Maurizio. *Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali*, p. 45.

³¹ PIFFER, Carla. *Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

curtos espaços de tempo por exemplo - para realizar migrações que hoje se apresentam como um conjunto de relações transnacionais. Deste modo, sua figura é caracterizada pela participação simultânea em ambos os polos do movimento migratório e do frequente pêndulo entre eles³².

Assim, embora o Estado seja o ponto de partida para analisar a ocorrência das migrações transnacionais, convém ressaltar que estas possuem uma perspectiva mais abrangente. Não é possível analisar o fenômeno somente a partir do local de origem dos migrantes e também não se pode avaliá-lo dentro dos limites territoriais do destino das migrações. Muitas variáveis intercedem neste meio e denotam relações “transpassantes” que não se atém às fronteiras geográficas dos Estados³³, notadamente ante a formação de redes migratórias, as quais são definidas por Ambrosini como conjuntos de laços interpessoais que ligam migrantes, migrantes precedentes e não migrantes nas áreas de origem e destino³⁴. Esta é uma das principais diferenças entre os antigos e os novos processos migratórios.

Nessa ordem, os migrantes são o componente humano de um complexo processo social - as migrações transnacionais – que possui como produto as redes migratórias, as quais são responsáveis pela manutenção e avivamento do processo de desenvolvimento de relações múltiplas de origem familiar, econômica, política e religiosa. O mais notável é que mesmo a mais rígida política migratória existente não é capaz de conter este avivamento, não é capaz de fazer cessar a manutenção das redes e, conseqüentemente, o seu caráter transnacional³⁵.

Para restar mais clara a ideia das redes migratórias, convém analisar o posicionamento de Baumann³⁶ acerca das características do fator transnacional atribuído às migrações. O autor entende que a transnacionalidade é composta por todos os vínculos que perpassam os limites do Estado nacional. Isto significa que as migrações compõem, juntamente com tantos outros liames hoje estabelecidos sem limitação com o território soberano de determinado Estado, uma das manifestações transnacionais existentes. Para o autor, os processos transnacionais são dispostos

³² Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali, p. 45.

³³ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

³⁴ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali, p. 16.

³⁵ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

³⁶ BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiculturale**, p. 160.

em três planos: familiaridade à longa distância, transnacionalidade política ou religiosa e o plano das trocas entre as diásporas³⁷.

Através desse diapasão de análise é possível verificar que o fenômeno migratório se enquadra perfeitamente nos três planos da transnacionalidade acima apresentados por Baumann: o primeiro, pois diz respeito às ligações que as famílias dos migrantes mantêm ou estabelecem com os costumes da sua pátria; o segundo se refere ao fato de que as discussões e lutas religiosas ou de ideologia política não se restringem mais aos limites geográficos do país de origem dos migrantes; o terceiro trata dos problemas similares evidenciados pelos diferentes grupos localizados em um mesmo Estado quanto à luta por direitos considerados fundamentais, pela relutância quanto à exclusão social e xenofobia, por exemplo.

É óbvio que estes três planos são amplos e possuem subdivisões tão complexas quanto o próprio fenômeno. É também evidente que a partir destes planos os migrantes participam de redes que permeiam suas relações no país de destino e interferem nas suas relações com o país de origem sem a necessidade de qualquer espécie de interferência ou autorização estatal.

Sobre esse assunto, Gozzini³⁸, defende a existência de uma identidade transnacional que afeta os migrantes, ao expor que os fluxos de informação e conhecimento, as correntes migratórias entre os locais de partida e de chegada de migrantes desempenham um papel igualmente importante, senão dominante. Através de gerações, o “transplante” das comunidades migrantes construiu novas e especiais identidades étnicas, uma espécie de identidade transnacional que mantêm uma relação com a pátria de origem, por sua vez, interligada em mais ou menos conflitante à lealdade nacional para o país de destino.

Assumir a transnacionalidade como elemento das migrações significa observar com mais atenção uma das suas faces há tempos oculta, vez que elas não são compostas somente por uma viagem de ida a um país diferente. Isto é somente um detalhe frente a todas as relações, intercâmbios, influências e redes que circundam as migrações transnacionais, atravessando fronteiras, interagindo com os locais de origem e incorporando no cotidiano aspectos de “bifocalidade” e de estilos de vida transnacionais.

É a partir dos resultados das cadeias migratórias e das experiências das redes que o ciclo

³⁷ BAUMANN, Gerd. *L'enigma multiculturale*, p. 161.

³⁸ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. GOZZINI, Giovanni. *Le migrazioni di ieri e di oggi*. Una storia comparata, p. 61.

migratório transnacional se intensifica e é constantemente fomentado principalmente por fatores de ordem econômica, incrementado pelas dimensões da globalização. Embora não seja possível medir a intensidade destas relações, o que se sabe é que um migrante é mais um ser humano envolvido em uma relação transnacional que se organiza por meio de redes migratórias e consegue, na maioria das vezes, manter vínculos que desconhecem a transposição de fronteiras ou nacionalidades, quer seja de forma direta por meio de comunidades ou associações do tipo, quer de forma indireta por meio do envio de valores à terra de origem ou por testemunhos de atividades e experiências etc.

Além disso, muitos são os filhos de migrantes que, se questionados, nem sabem quais das origens formam ou contribuem para sua bagagem cultural. Sentem-se daqui, de lá, de todo lugar. Sentem-se transnacionais, nascidos em um local, com pais e parentes nascidos em outro, mas que conseguem contrabalançar o pertencimento, o respeito e a identificação. Deste modo, contrariamente às interpretações prevalentes que tendem a apresentar a instalação do migrante como um processo de implícito desligamento com a terra de origem, as redes das migrações transnacionais implicam na manutenção dos laços e das relações destes tanto com sua terra de origem quanto com a sociedade de destino³⁹.

3. AS CONCEPÇÕES POSITIVAS E NEGATIVAS SOBRE OS MIGRANTES TRANSNACIONAIS

Como se o planeta terra fosse composto por vários condomínios, onde em cada um fosse necessário um cartão de identificação para ali adentrar, muitos são os tratamentos conceituais despendidos àqueles que transpassam as fronteiras de um Estado estrangeiro, mesmo em épocas de relações transnacionais. Quem é estrangeiro pode, dotado de muita sorte, receber a denominação de “visitante”. Este “visitante”, irregular ou não, é corriqueiramente chamado de estrangeiro, migrante, alienígena, estrangeiro, inimigo, não-pessoa ou tantas outras expressões adotadas pela doutrina ou pelas legislações para classificar esta parcela da população mundial.

Atualmente, o que se verifica é a existência de uma variedade de conotações atribuída ao migrante transnacional, estando estas muitas vezes carregadas de significados negativos. Locchi⁴⁰

³⁹ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁴⁰ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. LOCCHI, Maria Chiara. **I diritti degli stranieri**. Roma: Carocci editore. 2011, p. 17.

trata desse assunto afirmando que um primeiro relevo nesse sentido diz respeito ao critério para identificar a figura do estrangeiro: se o caráter negativo de tal constatação é um traço comum às diversas experiências jurídicas – pela qual é um estrangeiro aquele que não faz parte do grupo político em relação ao qual seu *status* é estabelecido - diferenças significativas são encontradas para variar em relação a qual grupo político em relação a qual o estrangeiro é qualificado como tal (família, clã, tribo, cidade, propriedade, principado, reino, Estado). Enquanto isso, após o advento do Estado moderno, a figura do estrangeiro é definida com base no não pertencimento ao Estado, ou a ausência da cidadania do Estado, em períodos históricos precedentes à identificação do grupo em referência a qual era determinada a condição de estranheza pode não resultar assim imediata, dada a multiplicidade e fragmentação de pertença”.

Locchi, portanto, não faz distinção entre as terminologias migrantes e estrangeiros. Outros autores como Lopes, por exemplo, adotam posição distinta afirmando que enquanto o estrangeiro é apenas o outro, o migrante é aquele que veio para se estabelecer⁴¹. Um estrangeiro, ao “tornar-se” migrante, passa a ser concebido a partir de inúmeras características negativas, mesmo que formalmente todo migrante seja, por direito, um estrangeiro.

Desse modo, é possível afirmar que qualquer que seja a denominação atribuída aos migrantes, inevitavelmente estará carregada de certo caráter negativo, pois por estarem em território alheio, podem ser vistos como intrusos⁴².

Dal Lago⁴³, ao tratar do assunto, utiliza as expressões “pessoas e não-pessoas” a fim de demonstrar a diferença de tratamento entre nacionais e migrantes. Segundo denota o autor, a humanidade é dividida em uma maioria de nacionais, cidadãos dotados de direitos e de garantias formais, e uma minoria de estrangeiros ilegítimos (não cidadãos, não nacionais) aos quais as garantias são negadas de direito e de fato. Graças aos mecanismos sociais de etiquetamento e de exclusão implícitos e explícitos, a humanidade é dividida entre pessoas e não-pessoas. Para a manutenção desta distinção contribuem hoje também os movimentos culturais que contestam o universalismo, ou seja, a concepção político-moral segundo os seres humanos são iguais por direito.

⁴¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 32.

⁴² LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**, p. 32.

⁴³ Texto original em italiano. Livre tradução do autor. DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale**. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2008, p. 09.

Assim, ao invés de conceber a diversidade como pluralidade (no sentido de articulação da condição humana comum e igualitária), a diferenciação tem constantemente reforçado a separação social e cultural entre os envolvidos no processo, rotulando-os, muitas vezes, como seres humanos de segunda categoria, sendo responsáveis pelo fenômeno da inimizade e da intolerância. Além disso, ao definir que aquele que não pertence a uma determinada coletividade pode ser chamado de estrangeiro ou migrante, fica evidente essa classificação pejorativa dessas pessoas.

Tal classificação, além de poder ser utilizada para depreciar, serve para consolidar a unicidade do grupo classificador, que se manifesta na sociedade de recebimento dos migrantes, pois a migração, mais do que um fenômeno, é capaz de revelar a natureza da sociedade acolhedora. Segundo Dal Lago⁴⁴, quando se fala em migrantes, falamos de nós mesmos em relação a eles. É por este motivo que uma análise que se ocupe das migrações sem questionar quem fala é constitutivamente amputada e por isso falsa.

Ao contextualizar as migrações em um contexto transnacional, verifica-se também que, embora a criação de políticas de migração restritivas por parte de muitos países - e notadamente pela União Europeia - tenham como objetivo conter tal fenômeno, é imperativo afirmar que seus resultados têm demonstrado um considerável fracasso. Conforme menciona Gozzini⁴⁵, é publicamente reconhecido que maiores restrições nas fronteiras produzem mais ingressos ilegais e periódicas anistias dos clandestinos.

Além disso, no hemisfério Norte, especialmente nos países receptores de mão de obra, existe uma evidente percepção negativa das migrações. No entanto, embora os nacionais tenham plena consciência da necessidade da presença dos migrantes para a realização de trabalhos aos quais não querem se submeter, insistem em tratá-los como seres indesejáveis, dispensando aos mesmos tratamentos inadequados à sua condição humana.

Independentemente da certeza da necessidade da mão de obra migrante - como exemplo cita-se o trabalho na agricultura, trabalhos domésticos e de cuidados com idosos⁴⁶ -, os países da

⁴⁴ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale**, p. 13.

⁴⁵ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata, p. 141.

⁴⁶ O caso das cuidadoras de idosos, chamadas de *badanti* (substantivo feminino, caracterizado por ser desenvolvido por mulheres não tão jovens que adentram ao território italiano e europeu, geralmente vindas do norte europeu, para trabalhar em residências para cuidar de pessoas idosas, em troca de humildes salários que, por ofertarem muitas vezes moradia e alimentação, tornam-se atrativos) é um bom exemplo desta situação. Ferrero relata em sua obra que as *badanti* são aceitas como pessoas que acudem os idosos italianos, as quais não são reconhecidas como pessoas que possuem o direito de viver como os italianos com direito ao lazer

União Europeia, por exemplo, tendem a defender um fechamento das fronteiras para o recebimento deste contingente humano, o que só contribui para o aumento da clandestinidade, do tráfico de seres humanos e de todas as mazelas advindas desta condição de vida. Inclusive, estando no centro dos debates políticos quando dos processos eleitorais de diversos países⁴⁷.

Significa, portanto, que os migrantes são “os outros”, aqueles que são, de certa maneira, um “corpo estranho” diante daqueles que são os proprietários ou donos do território onde aqueles querem se instalar. E as consequências tomam maiores proporções quando estes “outros” implementam as redes migratórias, ou seja, produzem a integração de novos “outros” recém-chegados ou que ainda estão por vir, todos inseridos em um contexto transnacional.

O que se verifica é que parece ser muito mais conveniente manter viva a figura amedrontadora do migrante ao invés de afrontar os diversos problemas criados pela atual ordem mundial, responsáveis pela existência da grande maioria das migrações pelo mundo. Deste modo, os migrantes, sem *status* jurídico definido - o que afinal é interessante para a economia dos países desenvolvidos -, preenchem os vazios deixados pelos afortunados que nasceram no hemisfério norte, pois são eles que irão realizar os trabalhos dos denominados “cinco P”, na concepção de Ambrosini: Precari (precários), Pesanti (pesados), Pericolosi (perigosos), Poco pagati (mal pagos) e Penalizzati socialmente (socialmente penalizados)⁴⁸.

Em conclusão, o que se verifica é que os migrantes possuem um destino quase normalmente permeado de incertezas. Provavelmente se tornarão trabalhadores naquelas atividades menos nobres, criando uma divisão transnacional negativa do trabalho e da produção, com trabalhadores de primeiro e de segundo nível. Este é provavelmente, o principal desafio para o Direito Transnacional.

por exemplo. Cita o autor que é emblemático o caso de uma família italiana que tem em casa uma *badanti* clandestina e se lamenta da Imigração em geral. É um verdadeiro fenômeno de remoção coletiva, em que os italianos têm a necessidade do imigrado concreto em carne e osso, mas não aceita o fenômeno da Imigração enquanto tal. Significa que muitos italianos querem o trabalho dos migrantes, mas não os querem. FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce, p. 60.

⁴⁷ Bom exemplo disso foi o resultado da eleição geral na Alemanha, ocorrida em setembro de 2017, com o aumento significativo de votos aos partidos nacionalistas e ultranacionalistas, com discursos efetivos contra as migrações transnacionais.

⁴⁸ Texto original em italiano. Livre tradução dos autores. AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali, p. 08.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo discorreu sobre as migrações transnacionais e as concepções positivas e negativas com relação aos migrantes transnacionais. Conforme inicialmente proposto, o estudo se dedicou a discorrer sobre a globalização e seus reflexos na figura estatal e nas suas soberanias. Sob o pressuposto de que a globalização afeta diretamente a soberania estatal, tal fenômeno foi analisado a partir da perspectiva de Wallerstein, no sentido de que aquela não se refere às relações comerciais entre os Estados, mas sim aos fatores que circundam um sistema de produção integrado que reconfiguraram a economia-mundo, criando uma multiplicidade de centros políticos, de relações sociais e de culturas envolvidas.

Verificou-se também que a globalização, como fenômeno multifacetado com sua base calcada em razões econômicas, deu origem a novas situações nunca antes pensadas ou vividas, atualmente circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais pré-definidos. Assim, diante da ocorrência de relações que transpassam as figuras estatais, a transnacionalidade alcançou diferentes níveis de integração, não sendo possível relacioná-la a um território circunscrito.

Especificamente com relação às migrações transnacionais, objeto central deste estudo, verificou-se que a implementação das premissas de facilitação dos transportes e da comunicação, bem como a alteração do sentimento de pertencimento a determinado grupo social ou político possibilitaram o estabelecimento de variadas formas de interação por intermédio de contatos que atravessam e permeiam as fronteiras nacionais, enfatizando a ocorrência das migrações transnacionais.

Nesse sentido, por intermédio do estabelecimento de redes migratórias, os migrantes transnacionais passam a fortalecer seus vínculos tanto com seu país de origem quanto com o país de destino. Porém, verificou-se que a análise das migrações transnacionais deve ser feita, também, segundo a percepção da sociedade acolhedora.

E é neste momento que puderam ser extraídas as concepções atribuídas aos migrantes transnacionais, denotando a tendência à formulação de uma percepção negativa das migrações. Diante destes fatos, os migrantes transnacionais são predominantemente rotulados como seres humanos de segunda categoria, sendo responsáveis pelo fenômeno da inimizade e da intolerância.

No entanto, embora os nacionais tenham plena consciência da necessidade da presença dos

migrantes para a realização de trabalhos aos quais não querem se submeter, não hesitam em atribuir-lhes menor importância, dispensando aos mesmos tratamentos impróprios à sua condição humana. Resta, portanto, ao Direito Transnacional o desafio de oferecer aos migrantes transnacionais outras certezas, que não a única que hoje possuem: a manutenção da sua sobrevivência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As Consequências Humanas. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999.

_____. **L'etica in un mondo di consumatori**. Bari: Laterza, 2010.

BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiculturale**. Bologna: Mulino, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e dos direitos transnacionais - Minas Gerais - Faculdade de Direito do Sul de Minas. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, p. 159-176, 2010.

_____; _____. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone**: l'esclusione dei migranti in una società globale. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mulino, 2008.

FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. Claudiana: Torino, 2007.

GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale konstellation: politische essays

_____. **A era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: Zeit der Übergänge.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo:

Fundo de Cultura, 1965.

KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 set. 2017.

LOCCHI, Maria Chiara. **I diritti degli stranieri**. Roma: Carocci editore. 2011.

LOPES, Cristiane Maria Sbalquiere. **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à Sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. In: Impulso, Piracicaba, 14 (33): 9-31, 2003. Disponível em: <<http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%Aancia-de-um-pluralismo>>. Acesso em: 03 set. 2017.

VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Compreendere Il mondo**. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006.

DA CONSTITUIÇÃO À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: OS DIREITOS DOS IMIGRANTES NO BRASIL

Luciene Dal Ri¹

INTRODUÇÃO

O Brasil foi destino de milhões de imigrantes durante os séculos XIX e XX, e continua tendo números migratórios expressivos em pleno século XXI.² A regulação migratória brasileira foi porém muitas vezes bastante restritiva, devido aos regimes ditatoriais enfrentados durante o século XX.

Desde de 1980, a regulamentação migratória brasileira estava prevista no Estatuto do Estrangeiro, norma pautada em ideias de segurança nacional, organização institucional, interesses políticos, socioeconômicos e culturais do país, bem como na defesa do trabalhador nacional.³ A citada lei é fruto de um contexto político e econômico ditatorial e não corresponde às transformações da sociedade brasileira e à crescente mobilidade humana de um mundo globalizado e interconectado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos dos preceitos do Estatuto do Estrangeiro tornaram-se incompatíveis com a nova ordem constitucional. A incompatibilidade constitucional e o aumento da imigração para o Brasil foram motivos fundamentais para a preparação de novos projetos de lei que permitissem a maior abertura e inclusão ao estrangeiro imigrante.⁴ Dentre as propostas para substituição do Estatuto do Estrangeiro, figurava o Projeto de

¹ Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza; Professora no curso de graduação em Direito e no de Relações Internacionais, no programa de Mestrado e de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Itajaí, SC. E-mail: luciene.dalri@univali.br. O presente artigo se insere nas atividades de pesquisa do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, Univali, que tem como área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, em específico na linha de pesquisa em Constitucionalismo e Produção do Direito e no grupo de pesquisa em Estado, Constitucionalismo e Produção de Direito.

² Dados da Polícia Federal, de julho de 2017, indicam 1.036.831 imigrantes residentes permanentes no país. Desses mais de um quinto são beneficiados pelo Acordo de Residência e Livre Trânsito entre os países do Mercosul, Bolívia e Chile, com um total de 247.953 pessoas, sendo os principais representantes: Bolívia, com 79.254; e Argentina, com 50.020.

³ Sobre o Estatuto do Estrangeiro, ver: CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981; FRAGA, Mirtô. **O novo estatuto do estrangeiro comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 1985; REIS, Rosana Rocha. **A política do Brasil para as migrações internacionais.** Contexto Internacional, Rio de Janeiro, RJ, v. 33, n. 1, p. 47-69. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a03.pdf> Acesso em: 11 dez. 2016.

⁴ No Brasil, dos registros ativos realizados na Polícia Federal, dados de julho de 2017, a totalidade dos imigrantes residentes permanentes no país é de 1.036.831 pessoas, dos quais mais de um quinto são beneficiados pelo Acordo de Residência e Livre Trânsito entre os países do Mercosul, Bolívia e Chile. **Dos países** beneficiados pelo Acordo de Residência e Livre Trânsito entre os

Lei n. 5655/2009, de iniciativa do Poder Executivo⁵, o Projeto de Lei do Senado n. 288/2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira e o Anteprojeto de Lei de Migrações, fruto de comissão de especialistas criada pelo Ministério da Justiça, em 2013.⁶

Da convergência entre o texto do PLS 288/2013 e o do Anteprojeto de Lei de Migrações, do Ministério da Justiça, surgiu a nova Lei de Migração, que foi sancionada em 24 de maio de 2017. A nova lei representa uma tentativa de promoção e defesa dos Direitos Humanos, sem distinção de nacionalidades, mas recebeu fortes críticas, em razão da pouca clareza e dos inúmeros vetos do Poder Executivo.⁷

Considerando tais premissas, o artigo pretende analisar os direitos reconhecidos ao estrangeiro imigrante na nova Lei de Migração e decorrentes da Constituição Federal de 1988. O artigo tem como objetivo verificar em que medida os dispositivos presentes na nova Lei inovam o ordenamento jurídico pátrio, considerando para tanto a amplitude dos ditames constitucionais e internacionais que já tem sido aplicados no Brasil.⁸

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS DO ESTRANGEIRO

A afirmação de direitos ao estrangeiro tem em grande parte previsão na Constituição Federal e denotam um forte passo no caminho da consolidação dos direitos humanos e fundamentais, que

países do Mercosul, Bolívia e Chile Uruguai (28.343); Paraguai (23.485); Bolívia (79.254); Chile (26.494); Peru (23.241); Equador (2.434); Colômbia (14.682); Argentina (50.020).

⁵ O projeto foi arquivado na Câmara dos Deputados em 06/12/2016, quando o PL 2516/2015 (também PLS 288/2013), que institui a Lei de Migração, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira.

⁶ O anteprojeto da “Lei da Migrações” foi elaborado por uma comissão de especialistas, criada por meio da Portaria nº 2.162, de 2013, do Ministério da Justiça. A comissão de especialistas atuou em base “a estudos sobre a legislação migratória brasileira, de outros países e de tratados internacionais”. A primeira versão do anteprojeto foi apresentada em abril de 2014 e submetida à discussão em audiência pública, com representantes de entidades públicas e sociais, migrantes e especialistas, permitindo a ampla participação social. A principal característica do anteprojeto é a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e com os tratados internacionais de Direitos Humanos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, atendendo portanto ao princípio da convencionalidade. O texto do anteprojeto permite, portanto, coerência sistêmica à ordem jurídica pátria. O anteprojeto não chegou a ser apresentado de forma autônoma ao Congresso Nacional, mas influenciou fortemente o Projeto de Lei do Senado n. 288/2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira. O anteprojeto está disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-devera-substituir-estatuto-criado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatutoestrangeiro2.pdf/view. Acesso em 12/08/2017. Sobre o anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, ver: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>. Acessado em 12/08/2017.

⁷ A sanção e os 20 vetos da nova lei estão disponíveis no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em 03/08/2017. Evidencia-se que a lei 13.445, de 24 de maio de 2017, entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial (25/05/2017), conforme art. 125 da citada lei.

⁸ **O reconhecimento de direitos dos estrangeiros pode ocorrer simplesmente por repetir disposições consagradas em lei, na doutrina e na jurisprudência nacional e internacional.** Não se abordará nesse artigo os direitos do emigrante, previstos nos artigos 77 a 80, da Lei de Migração (13.445/2017).

se baseiam na dignidade da pessoa humana.⁹ Nesse sentido, observa-se que o preâmbulo constitucional não menciona a limitação de direitos individuais e sociais ao nacional e frisa como valores supremos “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.¹⁰ A essência constitucional, bem observada no preâmbulo, estende-se por meio dos artigos da Constituição, sendo possível observar os pressupostos de igualdade e não discriminação ao estrangeiro, no que diz respeito aos direitos individuais e sociais, posteriormente previstos na Lei de Migração.¹¹

Dentre os fundamentos da República, no artigo 1º, III, observa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta direitos para além das limitações de nacionalidade.

A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem – princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade. Há direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanções necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País. Assim, os direitos políticos pressupõe exatamente a nacionalidade brasileira. Direitos sociais, como o direito ao trabalho, tendem a ser também compreendidos como não inclusivos dos estrangeiros sem residência no País. É no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significado.¹²

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político também são fundamentos da República e não encontram limitação ou condicionamento em relação aos estrangeiros.

Os objetivos fundamentais da República, trazidos no artigo 3º, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e

⁹ Ver HC 94.477, julgado em 6-9-2011. **A Constituição Federal de 1988 também estabelece limites aos direitos do estrangeiro (bem como à presença do capital estrangeiro) por meio dos artigos art. 5º, LI; LXXIII, art. 12, §3º; art. 12, §4º, I; art. 89, VII, 170, 172, 176, § 1º, 190, 192, 199, §3º, 222, §1º, 2º e 3º e limitação de direitos políticos por meio do artigo 14, § 2º e mesmo com a naturalização, persistem restrições aos direitos políticos por meio do §3º, artigo 12.**

¹⁰ CRFB/1988, “**PREÂMBULO.** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹¹ A constituição prevê limitações, porém, na esfera econômica aos estrangeiros por meio dos artigos 170, 172, 176, 190, 192, 199 e 202.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173. Há direitos que são considerados “[...] emanções necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana”, e, por essa razão, “[...] reconhece-se ao estrangeiro o direito às garantias básicas da pessoa humana: vida, integridade física, direito de petição, direito de proteção judicial efetiva, dentre outros”.

regionais”; e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, também reforçam a extensão de direitos ao estrangeiro e vetam qualquer forma de discriminação.¹³ Nesse sentido, observa-se também o art. 4º, inciso II, que prevê a prevalência dos direitos humanos, no que diz respeito às relações internacionais e o *caput* do art. 5º da Constituição Federal ao garantir a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros “residentes”.¹⁴

Os artigos constitucionais voltados para os direitos sociais, presente em seu segundo capítulo, artigos 6º ao 11, também não são limitados aos nacionais brasileiros, nem mesmo aqueles que tratam de direito do trabalho. A abertura constitucional ao estrangeiro é reforçada pelo ordenamento jurídico internacional, como observa-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, nas Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e na **Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998, revisada em 2015**.

Muito embora no Brasil reconheça-se ampla gama de direitos fundamentais ao estrangeiro, os direitos políticos não se enquadram nesse âmbito, por serem derivados do vínculo de nacionalidade e entendidos como direitos de cidadania.¹⁵

Devido às restrições constitucionais (artigo 14, §2º e §3º, I), os direitos políticos entendidos como o direito de votar e de ser votado, com desdobramento na participação em plebiscitos, referendos e iniciativas populares, bem como o direito à proposição de ação popular não são acessíveis ao estrangeiro, salvo aos portugueses beneficiários do Estatuto da Igualdade.¹⁶

Ressalta-se que os diplomas de cunho internacional são quase unânimes quanto à distinção no plano político entre nacionais e estrangeiros.¹⁷ Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no parecer consultivo oc-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados

¹³ O princípio da igualdade deve pautar o tratamento aos estrangeiros, considerando as exceções previstas na Constituição Federal, como, por exemplo, o acesso restrito aos cargos públicos, a proibição de alistamento e o voto.

¹⁴ Para Sbalqueiro, os direitos humanos têm prevalência em caso de colisão com regras de soberania nacional e de leis migratórias, não apenas por referir tratados internacionais, mas também conforme as previsões constitucionais, com limitações, porém, aos próprios dispositivos da Constituição. LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. 2009. p. 469.

¹⁵ A constituição também prevê limitações na esfera econômica aos estrangeiros por meio dos artigos 170, 172, 176, 190, 192, 199 e 202.

¹⁶ Artigos 12 aos 22 do Decreto 3.927 de 19 de setembro de 2001.

¹⁷ V.g. Convenção de Havana sobre a Condição dos Estrangeiros de 1928, artigo 7º; Código de Bustamante, art. 2º, alínea 2; Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 21; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 38; Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, art. 16.

Unidos Mexicanos sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, tratou sobre as distinções que podem ser feitas entre nacionais e estrangeiros documentados e não documentados. Afirmou a Corte que podem ser estabelecidas distinções, desde que não careçam de “justificação objetiva e razoável”, sendo baseadas em situação de fato, como por exemplo “em atenção à nacionalidade ou cidadania”.

Embora, ao examinar as implicações do tratamento diferenciado que algumas regras podem dar a seus destinatários, é importante fazer referência ao afirmado por este Tribunal, no sentido de que “nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si mesma, à dignidade humana”. Neste mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, baseando-se “nos princípios que podem ser deduzidos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos”, advertiu que apenas é discriminatória uma distinção quando “carece de justificação objetiva e razoável”. Podem ser estabelecidas distinções, baseadas em desigualdades de fato, que constituem um instrumento para a proteção de quem deva ser protegido, considerando a situação de maior ou menor debilidade ou impotência em que se encontra. Por exemplo, uma desigualdade punida pela lei se reflete no fato de que os menores de idade que se encontram detidos em um centro carcerário não podem ser presos juntamente com as pessoas maiores de idade que se encontram também detidas. Outro exemplo destas desigualdades é a limitação no exercício de determinados direitos políticos em atenção à nacionalidade ou cidadania.¹⁸

A Corte Interamericana entende também que a distinção deve ser razoável, objetiva, proporcional, e “não lese os direitos humanos”

Os Estados, portanto, não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em detrimento dos migrantes. Entretanto, o Estado sim pode conceder um tratamento distinto aos migrantes documentados a respeito dos imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos. Por exemplo, podem ser realizadas distinções entre as pessoas migrantes e os nacionais quanto à titularidade de alguns direitos políticos. Além disso, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de imigrantes indocumentados a seu território, os quais devem sempre ser aplicadas com apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana.¹⁹

Ainda em tema de restrições de direitos aos estrangeiros na Constituição de 1988, observa-se no artigo 12, § 3º sete cargos privativos de brasileiros natos.²⁰ A atual Carta é menos restritiva do

¹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer consultivo oc-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, p. 100 s. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em 12/08/2017.

¹⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer consultivo oc-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, p. 107 s. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em 12/08/2017.

²⁰ CRFB, 1988, art. 12 § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa (Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999). DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 121) evidencia que a adição de mais um cargo no rol de cargos privativos aos brasileiros natos, por meio da Emenda Constitucional n.

que a Constituição de 1967, que previa cerca de 24 cargos privativos aos brasileiros natos e impedia o acesso de cargos públicos em geral aos estrangeiros.²¹

2. A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Em um contexto de mundo globalizado e interconectado, o Brasil adere à tendência de alguns países da América Latina, voltada à regularização e ao reconhecimento de direitos de imigrantes ilegais, como na Argentina, por meio do programa de regularização do estrangeiro ilegal mercosulino, entre 2006 e 2010, e no México, com a Lei de Migração, de 2011.²²

A aderência é observada pela atividade judiciária e governamental de reconhecimento de direitos constitucionais ao estrangeiro e por meio da preparação de projetos de lei que permitissem a atualização da legislação interna específica quanto ao estrangeiro.

O projeto da atual Lei de Migração foi protocolado no Senado em 07 de julho de 2013, sob o n. 288/2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP).²³ Muito embora seja anterior ao anteprojeto do Ministério da Justiça, o PL n. 288/2013 acabou sendo amplamente influenciado, ainda na casa iniciadora, pelo texto idealizado pela comissão de especialistas criada pelo Ministério da Justiça.²⁴ A promulgação da nova Lei ocorreu em 24 de maio de 2017, sob o n. 13.445/2017, e ela entra em vigor após 180 dias de sua promulgação.

Dentre as principais características da nova lei está a abordagem do tema migração, abrangendo o imigrante e o emigrante, em base ao enfoque da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento econômico e social, seguindo princípios constitucionais e internacionais, no que

23, de 1999, se deve à substituição dos ministérios do Exército, da Marinha e da Aeronáutica pelo novo Ministério da Defesa, que mesmo podendo ser ocupado por um civil, seguindo o condicionamento dos ministérios anteriores, entendeu-se necessário adicionar este cargo entre os privativos dos cidadãos natos.

²¹ Cabe destacar, que a Constituição de 1988 inicialmente também vedada ao estrangeiro o acesso aos cargos públicos, modificando tal situação apenas pela Emenda n. 19 de 1998 que altera o texto do artigo 37, I, estabelecendo que “cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

²² A lei mexicana reconhece formalmente os direitos dos migrantes - independentemente do seu *status* legal - a serviços básicos como saúde, educação e acesso à justiça. No entanto, os críticos indicam que a lei por si só pode não garantir o fim da violação dos direitos dos migrantes na prática. CASTLES, Stephen; MAAS, Hein de; MILLER, Mark J. **The age of migration. International population Movements in the modern world**. 5 ed. New York: The Guilford Press, 2014, p. 143.

²³ O projeto foi aprovado por 207 votos a favor (71,1% dos presentes), e 83 votos contra (28,5% dos presentes), sendo que o DEM foi o único partido a orientar os seus deputados contra a aprovação do projeto.

²⁴ O Projeto de Lei 288/2013, encaminhado para revisão na Câmara dos deputados, por meio do Ofício SF nº 962, de 04/08/15, recebendo a designação PL 2516/2015, teve por relator o Deputado Orlando Silva (PcdoB/SP) e é claramente uma fusão com o anteprojeto de 2013/4 do Ministério da Justiça. Tal fato explica a não propositura do anteprojeto, pelo citado Ministério, na Câmara dos Deputados.

concerne ao respeito aos direitos humanos. A nova lei reforçar o caráter de abertura do Brasil, na recepção e integração do imigrante, evidenciando o impacto positivo de sua atividade em território nacional, possibilita a recepção de refugiados de conflitos armados e inova na previsão de recepção de vítimas de catástrofes ambientais e sociais.²⁵

A nova legislação é mais ampla e abrangente em termos de direitos individuais e sociais do que o Estatuto do Estrangeiro e permite a cumulatividade de direitos em relação aos tratados internacionais.²⁶ Cabe evidenciar, porém, que os direitos previstos na lei, muito embora omitidos ou vetados pelo Estatuto do Estrangeiro, já eram reconhecidos em decorrência da constituição, até mesmo independente da situação migratória.²⁷

Art. 4º. Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

II - direito à liberdade de circulação em território nacional;

III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;

IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;

V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;

VI - direito de reunião para fins pacíficos;

VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

²⁵ SILVA, Orlando. **Proposta de roteiro de trabalhos**. Relatoria da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 2516, de 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015, p. 1. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-2516-15-institui-a-lei-de-migracao/documentos/outros-documentos/proposta-de-roteiro-de-trabalhos-apresentada-em-07-10-15>. Acesso em: 12/08/2017.

²⁶ Sobre tratados internacionais e constituição, ver: DAL RI, Luciene. Costumes e Acordos internacionais versus Constituição. In: Josemar Soares; Rafael Padilha; Luciene Dal Ri (org.). **Direito constitucional comparado e neoconstitucionalismo**. 1 ed. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2016, v. 01, p. 132-155.

²⁷ Lei n. 13.455 Artigo 4º, § 1º: “Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte”.

XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;

XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

XIV - direito a abertura de conta bancária;

XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

A Lei inova ao prever o repúdio às práticas de deportações sumárias, a não criminalização da imigração, a não discriminação em virtude dos meios de entrada em território nacional e a proibição do arbítrio na entrada.²⁸ A Lei de migração, em harmonia com a Constituição Federal, prevê a aplicação de tratados internacionais, como em matéria de residência e livre circulação (artigos 3º, XI; 4º, §1º; 14, II; 23; 30, II, a), fazendo menção expressa aos acordos firmados no âmbito do Mercosul (art. 111).

Outra inovação ocorre por meio da acolhida humanitária, regulamentada como visto temporário e que abarca situações que vão além das situações de refúgio, previstas na lei n. 9474/97.²⁹ A lei inova também ao flexibilizar a obtenção de visto temporário para trabalho, permitindo a concessão ao imigrante sem vínculo empregatício se “comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente”.³⁰ As inovações respondem à crescente mobilidade humana,

²⁸ Lei n. 13.445, art. 45: Parágrafo único. Ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política. Evidencia-se que a prática de expulsão coletiva já era proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22.9).

²⁹ Lei n. 13.445/2017, art. 14, § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. Os vistos humanitários estão previstos nas resoluções do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), desde 2012. Sobre vistos humanitários, ver resoluções normativas do CNIg: 97/2012, 102/2013 e 106/2013 (haitianos) e 17/2013 (sírios).

³⁰ Lei n. 13.445, art. 14, §5º. Observadas as hipóteses previstas em regulamento, o visto temporário para trabalho poderá ser concedido ao imigrante que venha exercer atividade laboral, com ou sem vínculo empregatício no Brasil, desde que comprove oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no País, dispensada esta exigência se o imigrante comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente.

mas não descuidam do seu aspecto econômico, como observa-se na flexibilização de concessão de visto aos imigrantes com ensino superior ou equivalente, por terem maior facilidade em encontrar empregos com renda superior à média³¹.

3. DIREITOS INDIVIDUAIS: DIREITOS E LIBERDADES CIVIS

A Lei de Migração traz em seus artigos 3º e 4º direitos a serem garantidos aos estrangeiros, dentre os quais observa-se os direitos individuais, por meio da afirmação de igualdade aos nacionais no que concerne à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os direitos individuais são afirmados no mesmo artigo 4º, por meio da referência à direitos e liberdades civis no inciso I, bem como a direitos individuais específicos previstos nos demais incisos.³²

O uso do termo direitos e liberdades civis, na lei de migração, pode ser entendido como o conjunto de direitos cabíveis ao cidadão, que implicaria em direitos individuais, políticos e sociais. Diante da forma de exposição da Lei de Migração, o termo parece ser usado como conjunto de direitos individuais, visto que vem acompanhado por direitos sociais, culturais e econômicos (art. 4º, I) e porque não há no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de extensão de direitos políticos ao estrangeiro (salvo portugueses em caso de reciprocidade).³³

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a extensão de direitos individuais ao estrangeiro aflorou principalmente com a Constituição de 1891 que, em seu artigo 72, previa: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes” (...). O artigo, muito embora abranja o estrangeiro residente, exclui aqueles em trânsito e portadores de visto de breve duração, tais como turistas, executivos, empresários, artistas e, em termos de pessoa

³¹ Philip Martin evidencia que a análise econômica das políticas de migração favorece a seleção de migrantes jovens e bem-educados que são mais propensos a encontrar empregos e ganhar salários superiores à média. MARTIN, Philip. *Economic Aspects of Migration*. In: BRETTELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (org.). **Migration Theory. Talking Across Disciplines**. 3. ed. New York: Routledge, 2015, p. 108 e 110.

³² Lei n. 13.445, art. 4, incisos II, III, IV, V, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI: direitos voltados à liberdade de circulação, saída e entrada em território nacional, reunião familiar, proteção e segurança, disposição da propriedade e recursos próprios, associação, acesso à justiça, isenção de taxas, acesso à informação e garantia de confidencialidade, direito a abertura de conta bancária e direito de ser informado sobre garantias de regularização migratória.

³³ Na Constituição de 1988, o termo “direitos civis” é presente apenas uma vez, no artigo 12, § 4º, b, em contexto de direitos internacionais e como exceção à regra de perda da nacionalidade brasileira, em caso de aquisição de outra nacionalidade. CRFB/1988, art. 12, § 4º, b.

jurídica, aquelas que não tenham sede no Brasil.

Disposições bastante semelhantes a essa são encontradas nas posteriores Constituições Federais.³⁴ A concepção de residência como elemento de restrição de direitos foi afastada, sob a égide da Constituição Federal de 1946, pelo Supremo Tribunal Federal, em mandado de segurança no ano de 1957. A citada ação visava proteger propriedade de empresa estrangeira e sem sede no país, equiparando direitos da pessoa jurídica aos da pessoa humana. Entendeu-se então “[...] que seria uma violência não reconhecer o direito de propriedade do estrangeiro no Brasil, independentemente da sua residência, e que não faria sentido recusar-lhe legitimidade ao mandado de segurança”.³⁵

Desde então concebe-se que “[...] os direitos fundamentais são garantidos em concreto dentro dos limites da soberania territorial do País”, não se limitando apenas ao nacional e ao estrangeiro residente.³⁶ Essa concepção de extensão de direitos teve e tem continuidade no

³⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934, “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937**, “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946**, “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”. A Constituição Federal de 1946, muito embora seja uma das constituições brasileiras mais democráticas, não apresenta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e é muito mais voltada para a figura do Estado do que a Constituição Federal de 1988. Observa-se tais disposições também na **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**, “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”; **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**, “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”.

³⁵ “No RE 33.919 (RTJ, 3/566, Rel. Min. Cândido Mota Filho), o STF julgou mandado de segurança impetrado por firma estrangeira, sediada em Lisboa, que se via às voltas com determinação do fisco de leiloar caixas de conhaque da sua propriedade. Cuidava-se de saber se o direito de propriedade e o direito ao uso do mandado de segurança, previstos como direitos fundamentais, poderiam ser invocados pela firma, pessoa não residente. O STF entendeu que seria uma violência não reconhecer o direito de propriedade do estrangeiro no Brasil, independentemente da sua residência, e que não faria sentido recusar-lhe legitimidade ao mandado de segurança, interpretando a cláusula do caput do rol dos direitos fundamentais como a denotar que os direitos individuais são garantidos em concreto dentro dos limites da soberania territorial do País. A Corte arrematou: ‘Quando se trata de ato de autoridade brasileira e se destine o remédio processual a produzir resultado dentro do país, pouco importa que o estrangeiro resida aqui ou não’. Viu-se, portanto, na cláusula em exame uma simples indicação do âmbito espacial de validade dos direitos fundamentais proclamados no Estatuto Político brasileiro. Em ocasião mais recente, o Superior Tribunal de Justiça reiterou, explicitamente, o direito do estrangeiro não residente de impetrar mandado de segurança (RMS 1.298-0, DJ de 29-8-1994). No HC 94.016, DJe de 27-2-2009, Rel. Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal professou ‘o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao *due process of law*, [que,] além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos’. Essa lição é a mesma que o Ministro Celso de Mello desenvolveu no HC 94.404, DJ de 26-8-2008”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 173. cabe evidenciar que o artigo 3º do Código Civil de 1916 assegurava que “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis”.

³⁶ O centro do debate estava na possibilidade de a empresa estrangeira, pessoa não residente, poder valer-se do mandado de segurança para proteção do direito fundamental de propriedade.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 173;

Supremo Tribunal Federal, mesmo sob as posteriores constituições brasileiras, sendo recepcionado devido à similaridade dos textos constitucionais no que tange aos direitos fundamentais.³⁷

Registra-se que o Estatuto do Estrangeiro de 1980 permitia aos imigrantes, em seu artigo 108, a associação “para fins culturais, religiosos, recreativos, beneficentes ou de assistência, filiarem-se a clubes sociais e desportivos, e a quaisquer outras entidades com iguais fins, bem como participarem de reunião comemorativa de datas nacionais ou acontecimentos de significação patriótica”. A associação para fins políticos é porém proibida no citado Estatuto (art. 107), implicando em veto à organização e participação em organizações e manifestações de fins políticos. Tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XVII) devido à extensão de direitos individuais ao estrangeiro.³⁸

4. DIREITOS SOCIAIS, CULTURAIS E ECONÔMICOS

Os direitos sociais reservados aos migrantes implicam na atuação de princípios de direitos humanos consagrados pelas convenções internacionais³⁹ e pela própria Constituição Federal. Considerados como direitos de conteúdo econômico e social, que visam diminuir as desigualdades sociais e melhorar as condições de vida e de trabalho para a população, eles encontram correspondência no art. 6º da Constituição brasileira de 1988, quando estabelece o direito à “educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”. Esses direitos também são previstos na Lei de Migração por meio do artigo 3º, ao tratar de inclusão social, laboral

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 459.

³⁷ A continuidade da concepção de extensão de direitos é observada nos julgados do Supremo Tribunal Federal, como no HC 72.391, rel. min. Celso de Mello, j. 8-3-1995, P, DJ de 17-3-1995; HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2a T, DJE de 27-2-2009; HC 94.477, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-9-2011, 2a T, DJE de 8-2-2012. “O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *due process*. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do habeas corpus, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes.”

³⁸ O citado dispositivo constitucional permite, portanto, ao estrangeiro a participação em partidos políticos e em sindicatos. Com a nova Lei de Migração, as restrições de direitos políticos persistem, pelas previsões constitucionais, sendo estendido ao estrangeiro em geral, o direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos (art. 4º, VII), abarcando também o direito de organizar e participar de partidos políticos.

³⁹ Faz-se referência, por exemplo, à Declaração universal dos direitos do homem de 1948 e à Convenção internacional sobre os direitos da infância de 1989, ambas aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

e produtiva por meio de políticas públicas, além de acesso igualitário a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia e seguridade social, proteção à criança e ao adolescente e promoção ao reconhecimento acadêmico e ao exercício profissional no Brasil. No artigo 4º, observa-se a previsão de direitos sociais, culturais e econômicos que implica em outros direitos presentes nos incisos do mesmo artigo, tais como: “VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; [...] X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória”.

Como visto, a lei evidencia como direitos sociais e em igualdade aos nacionais, os direitos à educação, às leis trabalhistas e à seguridade social, que serão abordados conforme previsão constitucional, nos tópicos abaixo.

4.1 Educação

A Constituição Federal, no 227, não determina condicionamentos de nacionalidade ou regularidade ao dever da família, da sociedade e do Estado à criança e ao adolescente no que tange ao “direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Mesmo que o Estatuto do Estrangeiro condicione o direito à educação ao registro do estrangeiro junto ao Ministério da Justiça⁴⁰, a Constituição Federal, em seu artigo 205, assegura a educação como direito de todos e dever do Estado, sendo a educação básica obrigatória e gratuita aos que tiverem entre os quatro e os dezessete anos de idade.⁴¹ No mesmo sentido, observa-se o

⁴⁰ Lei n. 6.815/80, art. 48. “Salvo o disposto no § 1º do artigo 21, a admissão de estrangeiro a serviço de entidade pública ou privada, ou a matrícula em estabelecimento de ensino de qualquer grau, só se efetivará se o mesmo estiver devidamente registrado (art. 30)”.

⁴¹ CRFB/88, art. 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” e art. 208. “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 53, permitindo que as escolas não tenham que notificar a autoridade responsável pela imigração sobre a situação documental de alunos e pais.⁴²

4.2 Direitos trabalhistas

O direito ao trabalho e à exercer atividade lícita é regulado por lei⁴³, conforme as características de cada tipo de visto e esclarece-se que ao estrangeiro, em geral e até mesmo ao sem o autorização de trabalho, cabe igualdade de condições ao brasileiro. No que tange aos direitos trabalhistas, a Constituição brasileira não limita tais direitos aos seus nacionais e nem mesmo aos estrangeiros documentados, conforme observa-se nos artigos 6º à 11 da Constituição Federal de 1988. As leis trabalhistas brasileiras seguem esse entendimento, não distinguindo entre nacionais e estrangeiros, regulares ou não.⁴⁴

A Constituição se coaduna com as previsões da Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Convenções n. 97 (de 1949) e n. 143 (de 1975) da Organização Internacional do Trabalho⁴⁵, da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (de 1990)⁴⁶ e com a Opinião Consultiva n. 18/2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁷.

Como visto, o estrangeiro de qualquer origem, parte ou não do Mercosul, tem igualdade de tratamento ao trabalhador nacional, tendo o direito a receber salário e benefícios sociais decorrentes de relação de trabalho.⁴⁸ A irregularidade do estrangeiro junto ao Estado brasileiro não

⁴² A Lei n. 8.069/90 (ECA) prevê em seu artigo 53 que “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”.

⁴³ Ver lei n. 6.815/80 e lei n. 13.445/2017.

⁴⁴ Observa-se a essência constitucional de extensão de direitos por meio da não limitação de direitos trabalhistas e de seguridade social ao estrangeiro e a afirmação de que “A saúde e direito de todos” (art. 196) ou que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar” (art. 203). Cabe evidenciar que o Estatuto do Estrangeiro mantinha igualdade de direitos trabalhistas aos estrangeiros, conforme art. 95, mas limitava direitos, por exemplo, no que tange ao domicílio do trabalhador em alguns casos de visto permanente (art. 100 ss).

⁴⁵ Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 32.ª sessão, em Genebra, a 1 de Julho de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 22 de Janeiro de 1952, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo DECRETO Nº 58.819, DE 14 DE JULHO DE 1966. Outros tratados que tratam o tema: Convenção 143 da OIT, adotada em 1975, que não foi ratificada pelo Brasil (http://www.oitbrasil.org.br/content/convention_no), Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158, de 18 de Dezembro de 1990, da Assembleia-Geral, que o Brasil não assinou.

⁴⁶ Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de Dezembro de 1990, da Assembleia-Geral (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003).

⁴⁷ Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados.

⁴⁸ Lei n. 6.815/80 (art. 95), e na Lei n. 13.445/2017 (art. 4, VIII).

compromete portanto seus direitos trabalhistas, evitando o estímulo ao emprego de trabalhadores que não implicariam em obrigações trabalhistas e permitiriam o enriquecimento ilícito do empregador.⁴⁹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da citada Opinião Consultiva n. 18/2003 que trata especificamente de direitos dos estrangeiros indocumentados, afirma a igualdade de direitos trabalhistas entre nacionais e estrangeiros regulares e irregulares.

134. Deste modo, a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.

[...]

136. Entretanto, se os imigrantes indocumentados são contratados para trabalhar, imediatamente se convertem em titulares dos direitos trabalhistas que correspondem aos trabalhadores, sem que exista possibilidade de discriminação por sua situação irregular. Isso é de suma importância, já que um dos principais problemas que se apresentam no âmbito da imigração é que se contrata pessoas migrantes que carecem de autorização de trabalho em condições desfavoráveis em comparação com outros trabalhadores.⁵⁰

Nesse sentido, em 2006, a Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu, no caso do RR 750094/2001, o direito de um trabalhador paraguaio, em situação irregular no Brasil, à acionar a Justiça do Trabalho, na busca por direitos trabalhistas.⁵¹ O relator da ação, ministro Horácio de Senna Pires, fundamentou seu voto em princípios constitucionais e no Protocolo de Cooperação do Mercosul.⁵²

⁴⁹ O Poder Judiciário tem reconhecido os direitos trabalhistas de estrangeiros irregulares, em base à Constituição Federal e à Declaração Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que estabelece a igualdade perante a lei e afasta a possibilidade de tratamento discriminatório aos trabalhadores estrangeiros que se encontrem no país em situação de irregularidade migratória. A interpretação da Declaração Americana de Direitos Humanos sobre o tema está prevista na Opinião Consultiva n. 18/2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que prevê "independentemente de seu *status*, sejam eles documentados ou não, os trabalhadores migrantes devem ter o gozo pleno e efetivo dos mesmos direitos laborais conferidos aos cidadãos do país em que se encontram". Nesse sentido, o CNJ em parceria com Secretaria de Direitos Humanos (SDH) premiou em 2017, no I Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, decisão de juíza da 2ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão/PR, pela liberação dos valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a um trabalhador imigrante de Bangladesh que estava no Brasil irregularmente.

⁵⁰ Opinião Consultiva 18/2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 110. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>, acesso em 27/06/2017.

⁵¹ O em questão teria trabalhado por 17 anos em território nacional e demitido sem receber as verbas rescisórias e o FGTS.

⁵² O citado Protocolo prevê em seu artigo 3º que "os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses". O Tribunal Superior do Trabalho reformou acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, da 24ª Região (Mato Grosso do Sul), que declarou nulidade de relação de trabalho de mais de 17 anos de eletricitista paraguaio e a Comercial Eletromotores Radar Ltda, por no caso do trabalhador estrangeiro violar 21, § 1º, da Lei n. 6.815/80 e art. 359 da CLT, de ausência de carteira de identidade de estrangeiro. Ao afirmar a nulidade de relação de trabalho, o TST impediu o exame do direito do estrangeiro às verbas trabalhistas não recebidas durante os mais de 17 anos de relação de trabalho. O TST reformou a

A decisão do TST não se limitou, porém, à situação de trabalhador irregular de nacional mercosulino no Brasil e a estende a todo o trabalho de estrangeiro irregular no Brasil.⁵³ *A Justiça do Trabalho tem se mostrado bastante sensível aos direitos do estrangeiro irregular, estendendo sua atuação aos contratos de trabalho realizados em outro país e em que tenha havido prestação de serviços em território brasileiro.*⁵⁴

4.3 Seguridade Social

No Brasil, a seguridade social implica em “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, tendo como um de seus objetivos a “universalidade” e tornando-a direito de todas as pessoas residentes no país, inclusive os estrangeiros.⁵⁵

A) Saúde

O direito à saúde corresponde ao atendimento implementado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o qual prevê universalidade e atendimento a nacionais e estrangeiros (regulares e irregulares).⁵⁶ O direito à saúde é direito fundamental do ser humano e implica universalidade de

decisão em exame do recurso do trabalhador. O relator, Horácio Pires destacou a “prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e o princípio da isonomia conferido a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”. “Feitas essas considerações, e tendo-se em vista que seria absolutamente inconcebível que um contrato de trabalho envolvendo trabalhador brasileiro pudesse vir a ser judicialmente declarado nulo por causa da mera inexistência de um documento de identidade, é inequívoca a conclusão de que assiste razão ao trabalhador”. A decisão do TST afastou a suposta nulidade e os autos foram enviados à primeira instância para o exame do direito às verbas pleiteadas na ação. Ver Revista eletrônica, Ano II, Número 33, 1ª QUINZENA DE OUTUBRO DE 2006, disponível no site www.trt4.jus.br/RevistaEletronicaPortlet/servlet/download/33edicao.doc. Acesso em 02/04/2017. Ver site notícia TST, disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2254060. Acesso em 02/04/2017.

⁵³ O Tribunal Superior do Trabalho entende que os estrangeiros provenientes dos Estados-Partes do Mercosul gozam das mesmas condições dos nacionais brasileiros, de livre acesso à jurisdição para a defesa de seus direitos e interesses, desde o Protocolo de Las Leñas de 1992, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto n. 2.067/96.

⁵⁴ A Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que a Justiça Trabalhista brasileira é competente para julgar ação de um engenheiro argentino que trabalhou durante anos de forma concomitante no Brasil e na Argentina. Demitido após 23 anos de trabalho no grupo econômico Macri (empresa da área de engenharia de telecomunicações, com filiais no Brasil), o engenheiro pediu o reconhecimento do vínculo empregatício e direitos decorrentes. Mas teve os pedidos negados na primeira e segunda instâncias. Para o ministro Alberto Bresciani, relator do processo, como houve prestação de serviços em território brasileiro “não há porque negar-se a jurisdição nacional”. Ver http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2254060.

⁵⁵ Ver art. 194 CRFB/88 e art. 1º da lei n. 8.742/1993 (LOAS).

⁵⁶ CRFB, 1988, art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

acesso e “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.⁵⁷ Nesse sentido, observa-se o dever de atendimento do Sistema Único de Saúde à toda e qualquer pessoa em território nacional, mesmo ao estrangeiro irregular.⁵⁸

B) Previdência Social

A previdência social não apresenta limitação constitucional à nacionalidade e atende ao caráter contributivo e de filiação obrigatória.⁵⁹ Muito embora a não limitação, observa-se acordos internacionais entre o Brasil e diversos países, com o objetivo de garantir os direitos de seguridade social e em particular de previdência aos respectivos trabalhadores e dependentes legais.⁶⁰

C) Assistência Social

A assistência social tem previsão no artigo 203 da Constituição Federal e implica em prestação estatal, de cunho universal e não contributivo, devendo ser prestada a quem dela necessitar, para prover os mínimos sociais e garantir o atendimento às necessidades básicas.

Como objetivos constitucionais da assistência social, tem-se “a proteção à família, à

⁵⁷ Lei Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990, art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício; e art. 7. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

⁵⁸ “SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. (TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006)”.

⁵⁹ CRFB/1988, art. 201.

⁶⁰ Informação disponível no site <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/assuntos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues/>. Acessado em 28/06/2017.

maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”; “o amparo às crianças e adolescentes carentes”; “a promoção da integração ao mercado de trabalho”; “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”; “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.⁶¹

A assistência social no Brasil é regida por lei específica, a Lei Orgânica da Assistência Social⁶² (LOAS), que em seu artigo 1º opõe-se à Constituição Federal de 1988, ao limitar aos cidadãos brasileiros direito universal e constitucionalmente garantido. O debate sobre o acesso da assistência social ao estrangeiro, teve desfecho em 2009, quando devido ao seu caráter constitucional, o Supremo Tribunal Federal confirmou, por meio do RE n. 587970⁶³, que o artigo 203-A da Constituição Federal de 1988 assegura a assistência social “a quem dela necessitar”, independente da nacionalidade.⁶⁴

Em decorrência de tal decisão, afasta-se a aplicabilidade de restrição da assistência social como direito somente do cidadão e estende-se inclusive a possibilidade de concessão de benefício continuado no valor de um salário mínimo mensal aos estrangeiros idosos ou com deficiência “que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.⁶⁵

A extensão do direito de assistência social ao estrangeiro não é irrestrita, mas limita-se àquele regularizado. O veto ao direito de assistência social ao estrangeiro irregular constitui exceção diante da extensão dos direitos trabalhistas e do acesso educacional.

⁶¹ CRFB/1988, artigo 203.

⁶² Ver Lei n. 8.742, de 7 de Dezembro de 1993, art. “1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

⁶³ STF, RE 587970 RG/SP, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julgado em 25/06/2009.

⁶⁴ O recurso extraordinário teve repercussão geral reconhecida e o entendimento do Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado por todo o Poder Judiciário a processos semelhantes. A tese fixada afirma que “Os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”. O caso em tela tem origem em 2005, quando o INSS recorreu de decisão de primeira e segunda instância da justiça federal que concedia o benefício da Lei Orgânica da Assistência Social, alegando, desta vez, violação da Constituição Federal. De acordo com a autarquia, o artigo 203-A, inciso V, condiciona a concessão do benefício a lei regulamentadora, (Lei federal 8.742/1993) que limita esse direito aos cidadãos brasileiros. O entendimento do INSS conforma-se também ao Decreto 6.214/2007, que regulamentou a Lei 8.742/1993. Sobre o assunto ver <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341292&caixaBusca=N>. No mesmo sentido, em 2010, o processo 0507062-90.2009.4.05.8100, julgado pela Turma Recursal do Ceará.

⁶⁵ Lei n. 8.742, de 7 de Dezembro de 1993, art. 2º, I, e) “a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.

5. CRÍTICAS À LEI DE MIGRAÇÃO

A análise da nova Lei de Migração denota que muito embora ela possa ser considerada um avanço para a regulação e efetivação do *status* jurídico do estrangeiro no país, existem pontos dúbios que permitem insegurança jurídica e descaso para com o estrangeiro.

Observa-se que muito embora a nova lei seja baseada em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, consta de referência ao citado princípio em uma única passagem, por meio da expressão “vida digna”, e em um contexto de políticas públicas para os brasileiros emigrantes e não para os estrangeiros em solo brasileiro.⁶⁶

Na nova lei observa-se também e com certa facilidade a presença de dispositivos que dependem ou reenviam à regulamentação posterior, a ser realizada pelo Poder Executivo Federal.⁶⁷ Tal fato evidencia a possibilidade de criação de novas normas, de enrijecimento e de burocratização do tratamento dado ao estrangeiro, bem como denota insegurança jurídica no que concerne a efetividade da lei.⁶⁸ Regulamentos podem ser facilmente modificados e condicionados às variações das políticas nacionais abertas ou não ao imigrante e permitindo futuros abusos. “Da mesma forma, não se sabe quando estas serão regulamentadas e nem quem será competente para tanto.”⁶⁹

O art. 54, § 2º denota também discricionariedade da autoridade administrativa na aplicação

⁶⁶ Lei n. 13.445, de 2017, art. 77. “As políticas públicas para os emigrantes observarão os seguintes princípios e diretrizes: (...) II - promoção de condições de vida digna, por meio, entre outros, da facilitação do registro consular e da prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura;”

⁶⁷ Ver art. 4, XII; 5, IX; 9º, 13, V; 14, III e § 3º, 5º e 7º; 15; 22; 23, § único, 24, § 1º; 26; 27, § único; 30, III; 31; 33; 36; 40, III e § único; 43; 49, § 3º; 56; 57; 63; 66 § único; 71; 76; 103, § 2º; 105; 106; 108, III; 110; 114; 120 caput, § 1º e § 2º.

⁶⁸ **A Nova Lei permite por meio dos artigos 14, III e 30, III a possibilidade ao poder executivo de ampliar as hipóteses de concessão do visto temporário e de residência permanente, bem como de enrijecer seu processo de concessão. Essa possibilidade é reafirmada no parágrafo 10, do artigo 14, vetado pelo Presidente da República. Como razão do veto consta que “Não se afigura adequado e recomendável permitir-se que o relevante instituto do visto temporário possa ter novas hipóteses, além das definidas nesta lei, criadas por regulamento, com risco de discricionariedade indevida e com potencial de gerar insegurança jurídica.” O veto não limita, porém, a possibilidade de criação de novas hipóteses de visto temporário ou de residência permanente, considerando a manutenção do inciso III, do artigo 14 e do inciso III, do artigo 30. A possibilidade de regulamentação das novas hipóteses caberá de qualquer forma à órgão do Poder Executivo. MENSAGEM Nº 163, DE 24 DE MAIO DE 2017, do Presidente da República ao Presidente do Senado Federal, sobre veto parcial, baseado em “contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade”, do Projeto de Lei nº 288, de 2013 (nº 2.516/15 na Câmara dos Deputados), que “Institui a Lei de Migração”.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm. Acesso em 03/08/2017. O regulamento com previsão de documentação específica, conforme estabelecido na citada lei não foi emanado até o final da confecção desse artigo. “Art. 31. Os prazos e o procedimento da autorização de residência de que trata o art. 30 serão dispostos em regulamento, observado o disposto nesta Lei”.

⁶⁹ Parecer do CDHIC sobre a versão aprovada pela comissão especial da Câmara dos Deputados responsáveis pela análise do projeto que cria a nova lei das migrações (PL2516/2015). Disponível em <http://cdhic.cut.org.br/noticias/parecer-do-cdhic-sobre-a-versao-aprovada-pela-comissao-especial-da-camara-dos-de-e306/>. Acesso em 12/08/2017. Esclarece-se que alguns dos artigos criticados pelo CDHIC foram vetadas pelo Presidente da República.

de expulsão e duração de impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão. No mesmo sentido, os arts. 106, 108 e 110 remetem à regulamentação do procedimento de apuração, fixação e atualização de multas das infrações administrativas, permitindo maior penalização do estrangeiro.

A insegurança jurídica ocorre também por meio de omissões quanto a quais órgãos responderão pelas competências previstas. Na lei consta com frequência atribuições ao “órgão competente do Poder Executivo”, sem indicar qual em específico. A previsão do art. 114 ao prever que “Regulamento poderá estabelecer competência para órgãos do Poder Executivo disciplinarem aspectos específicos desta Lei”, mantém a possibilidade de instabilidade de atribuição de competências e dificulta ao estrangeiro o acesso ao serviço público.

A lei também não denota diretrizes claras para a colaboração entre os entes federativos, a participação da sociedade civil e organismos internacionais, no que concerne ao tratamento dado ao imigrante, “ocasionando tratamentos distintos em diferentes lugares, por diferentes órgãos e sobre problemas análogos”.⁷⁰ Tal fato permite a violação do princípio da igualdade e vulnerabiliza ainda mais a situação do imigrante.

Importantes pontos de abertura ao estrangeiro, da nova lei, foram vetados pelo Presidente da República, como no que concerne ao direito à livre circulação dos povos indígenas em terras tradicionalmente ocupadas (artigo 1º, § 2º), ao exercício de cargo, emprego ou função pública, à prova documental descabida ou impossível que dificulte ou impeça o exercício de seus direitos (art. 4), livre circulação (art. 44), à anistia e regularização migratória (artigo 116). O veto presidencial abarca também dispositivo que facilitaria a naturalização do estrangeiro “natural de Estado-Parte ou de Estado associado ao Mercado Comum do Sul (Mercosul)”, e reduziria o tempo de residência para no mínimo um ano (art. 66, IV).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 permite uma ampla gama de direitos ao estrangeiro, no que

⁷⁰ Lei 13.445/2017, art. 120. “A Política Nacional de Migrações, refúgio e Apatridia terá a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, Distrito Federal, Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais”. Ver Parecer do CDHIC sobre a versão aprovada pela comissão especial da Câmara dos Deputados responsáveis pela análise do projeto que cria a nova lei das migrações (PL2516/2015). Disponível em <http://cdhic.cut.org.br/noticias/parecer-do-cdhic-sobre-a-versao-aprovada-pela-comissao-especial-da-camara-dos-de-e306/>. Acesso em 12/08/2017.

concerne aos direitos individuais e aos direitos sociais. Esses direitos vêm sendo aplicados aos estrangeiros muitas vezes em detrimento às normas do Estatuto do Estrangeiro que não foram recepcionadas pela atual Constituição Federal. A nova Lei de Migração, fruto do projeto de lei do Senado n. 288/2013 e do anteprojeto do Ministério da Justiça, busca trazer coerência ao ordenamento jurídico brasileiro evitando insegurança jurídica quanto aos direitos assegurados ao estrangeiro e inovando em relação à previsão de acolhida humanitária.⁷¹

No que se refere aos direitos fundamentais dos imigrantes, a nova Lei explicita a carga de direitos que já tem sido assegurada, pela Constituição Federal e por Tratados Internacionais, aos quais o Brasil está vinculado, por meio do Poder Judiciário. Verificou-se, portanto, que a nova Lei de Migração tem o papel de estimular e fundamentar novas políticas de imigração, dando coerência ao ordenamento jurídico, mas pouco o inovando quanto à garantia de direitos fundamentais.

A nova lei de migração muito embora possa ser considerada um avanço para a regulação e efetivação da Constituição Federal de 1988, permite insegurança jurídica por meio do reenvio normativo à regulamentação do Poder Executivo, omitindo quanto à atribuição de competências e não indicando com clareza e objetividade os órgãos competentes para sua efetivação. Além do amplo poder de regulamentação atribuído ao Poder Executivo, a lei não denota diretrizes claras para a colaboração entre os entes federativos, a participação da sociedade civil e de organismos internacionais, permitindo tratamento variável para com o migrante, conforme sua localização (e descaso). Observou-se, portanto, que muito embora a lei seja um avanço em relação ao Estatuto do Estrangeiro, ainda persiste omissão e insegurança jurídica no que concerne ao estrangeiro no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTS CITADAS

CASTLES, Stephen; MAAS, Hein de; Miller, Mark J. **The age of migration**. International population Movements in the modern world. 5 ed. New York: The Guilford Press, 2014.

CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981.

⁷¹ Lei 13.445/2017, art. 14, § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

DAL RI, Luciene. Costumes e Acordos internacionais versus Constituição. In: Josemar Soares; Rafael Padilha; Luciene Dal Ri (org.). **Direito constitucional comparado e neoconstitucionalismo**. 1ed. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2016, v. 01, p. 132-155;

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRAGA, Mirtô. **O novo estatuto do estrangeiro comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985;

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009;

MARTIN, Philip. Economic Aspects of Migration. In: BRETELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (org.). **Migration Theory**. Talking Across Disciplines. 3. ed. New York: Routledge, 2015;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

MOURA, Aline Beltrame de. A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos Acordos de Residência. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, 2015, p. 630-648;

REIS, Rosana Rocha. A política do Brasil para as migrações internacionais. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, RJ, v. 33, n. 1, p. 47-69. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a03.pdf> Acesso em: 11 dez. 2016.

SILVA, Orlando. **Proposta de roteiro de trabalhos**. Relatoria da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 2516, de 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015, p. 1. Disponível em: www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-2516-15-institui-a-lei-de-migracao/documentos/outros-documentos/proposta-de-roteiro-de-trabalhos-apresentada-em-07-10-15>. Acesso em: 12/08/2017.

A JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A FORMULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE À LUZ DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS

Danielle Rosa¹

Rafael Padilha dos Santos²

INTRODUÇÃO

John Rawls (1921-2002) foi um filósofo neocontratualista do século XX, que formulou uma teoria da justiça pautado numa concepção liberal-igualitária, tratando a justiça como equidade como sendo a essência para a construção de uma sociedade bem organizada e democrática, objetivando a liberdade e a igualdade dos cidadãos.

Neste estudo serão destacados aspectos centrais da justiça como equidade, o que inclui a discussão sobre seu papel e objeto; será abordado sobre a posição original, e o procedimento para a escolha dos princípios de justiça que irão regular a sociedade, demonstrando suas especificidades para que a escolha dos indivíduos seja equitativa; ademais, serão explicados os dois princípios de justiça escolhidos e a sequência de quatro etapas, a qual explana a aplicação dos princípios ao meio social.

Vale destacar que John Rawls serve-se de concepções abstratas na elaboração de sua teoria da justiça, ordenando os juízos ponderados de justiça dentro de níveis de generalidade, sendo que a abstração é um modo de estimular a discussão pública a fim de se alcançar uma visão clara e ordenada diante de profundos conflitos políticos. É o que se verificará, por exemplo, no tocante às ideias de posição original ou de véu da ignorância.

¹A autora é advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 33.198. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com dupla titulação em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante/Espanha. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SC. Graduada em Direito pela UNIVALI. Possui formação internacional em filosofia jurídica e direito internacional público pela Universidade do Minho Portugal. É membro da Comissão de Direito Tributário e da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro da OAB/Itajaí (SC). É Professora do curso de Comércio Exterior e Logística, sob os quais leciona direito marítimo, aduaneiro e legislação tributária. E-mail: daniellerosa_@hotmail.com.

²O autor é Doutor em dupla titulação pela UNIVALI (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. É Professor do curso de Direito da UNIVALI e advogado. E-mail: padilha@univali.br.

Aliás, vale destacar que a abordagem de John Rawls não é isenta de críticas, a exemplo do que fazem Amartya Sen³ ou Michael Sandel⁴. Sen⁵ afirma que o transcendentalismo institucional de Rawls apresenta dois problemas: primeiro, trata-se do problema da factibilidade de se localizar uma solução transnacional acordada, pois mesmo colocando-se o véu da ignorância, é possível que não ocorra qualquer acordo arrazoado sobre a natureza da sociedade justa; segundo, há o problema da redundância da procura de uma solução transcendental, pois para a escolha real não se exige a identificação de uma situação perfeita, mas uma estrutura para comparar a justiça na escolha entre alternativas viáveis.

O objetivo geral deste estudo é analisar a fundamentação, a elaboração e a explicação sobre os dois princípios de justiça presentes na teoria da justiça como equidade de John Rawls. O problema de pesquisa é elaborado a partir da seguinte interrogação: de que forma John Rawls propõe a construção dos princípios de justiça para a sua teoria da justiça como equidade?

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica, especialmente nas obras de John Rawls intituladas *Uma teoria da justiça* e *O liberalismo político*, sendo que o relatório dos resultados expresso neste estudo é composto na base lógica indutiva.

1. O PAPEL E OBJETO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Para se compreender de forma inicial a concepção neocontratualista e liberal-igualitária da justiça proposta por John Rawls, faz-se necessário explanar acerca do papel e do objeto da justiça, descritos pelo respectivo filósofo em sua teoria, não sendo esta nem uma visão utilitarista nem intuicionista.

Segundo Rawls⁶, o papel da justiça perante a sociedade se representa através da garantia da inviolabilidade dos sujeitos, não estando esta sujeita a negociação ou maximização dos bens, ou seja, não é admissível que alguns poucos tenham comprometida a própria liberdade para que outros desfrutem de liberdade, pois o sacrifício de poucos não tem menos valor do que o total dos benefícios partilhados. Os direitos garantidos pela justiça são invioláveis e não devem ser

³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴ SANDEL, Michael. **El liberalismo y los limites de la justicia**. Traducción María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2013.

⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.p. 39 e seguintes.

⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 04.

submetidos ao cálculo utilitarista.

Portanto, Rawls não admite que os bens de uns sejam alcançados à custa dos bens de outros, sendo contrário à instrumentalização do indivíduo. Neste sentido, percebe-se que Rawls se contrapõe à visão de justiça denominada utilitarismo⁷, haja vista que esta visão parte de uma doutrina teleológica, tratando os sujeitos como meio e não como fim⁸.

Rawls também se contrapõe ao intuicionismo⁹, pois na justiça como equidade os princípios da justiça derivam da escolha na posição original, portanto partem de uma situação de escolha racional, em que as pessoas consideram dar prioridade a tais princípios. Deste modo, na justiça como equidade os princípios da justiça não são concebidos como evidentes, mas partem de uma situação hipotética de escolha para a própria justificação. Outro argumento contrário ao intuicionismo é a admissão, em certas circunstâncias sociais, da ordenação serial ou lexical dos princípios, pois Rawls admite, por exemplo, que seja classificado o princípio de liberdade igual para todos antes do princípio que regula as desigualdades sociais e econômicas, ou seja, desenvolve um método lexicográfico que exige que o primeiro princípio da ordenação seja cumprido antes de se passar ao segundo.

Já quanto ao objeto da justiça, depreende-se da teoria rawlsiana que este nada mais é do que a aplicação dos princípios escolhidos pela sociedade à denominada *estrutura básica*, ou seja, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”¹⁰. A estrutura básica considerada por John Rawls é a de uma democracia constitucional contemporânea.

O objetivo da justiça como equidade é apresentar a possibilidade de um acordo compartilhado entre os cidadãos em torno de uma concepção de justiça como premissa a um acordo

⁷ “[...] o utilitarismo é uma teoria teleológica ao passo que a justiça como equidade não o é. Por definição, portanto, a segunda é uma teoria deontológica, que ou não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem. (Deve-se notar que as teorias deontológicas se definem como não teleológicas, e como entendimentos que não caracterizam a justeza de instituições e atos independentemente de suas consequências. Todas as doutrinas éticas merecedoras de nossa atenção levam em consideração as consequências no julgamento da justeza. Aquela que não o fizesse seria simplesmente irracional, irreversível). A justiça como equidade é uma teoria deontológica no segundo sentido”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 32.

⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 32-33.

⁹ “As teorias intuicionistas têm, então, duas características: primeiro, consistem em uma pluralidade de princípios básicos que podem chocar-se e apontar diretrizes contrárias em certos casos; segundo, não incluem nenhum método específico, nenhuma regra de prioridade, para avaliar esses princípios e compará-los entre si: precisamos simplesmente atingir um equilíbrio pela intuição, pelo que nos parece aproximar-se mais do que é justo.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 37.

¹⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 07 - 08.

político refletivo, bem informado e voluntário. A justiça como equidade assume uma tradição política democrática constitucional e relaciona a tal tradição a ideia central de uma “sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração à seguintes.”¹¹ Esta ideia central é acompanhada de outras duas ideias: a de cidadãos como pessoas livres e iguais; a de sociedade bem-ordenada, sendo chamada de bem-ordenada por ser regulada por uma concepção política de justiça. Deste modo, é possível alcançar o escopo do liberalismo político de um consenso sobreposto.

Rawls serve-se de um artifício de representação, denominado de posição original, para explicar sobre a concepção tradicional de justiça e quais princípios deverão nortear a vida social a fim de ser realizada a liberdade e a igualdade, dentro de uma sociedade entendida como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais.

2. A POSIÇÃO ORIGINAL E OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

A posição original é o *statu quo* inicial adequado para garantir que os consensos básicos estabelecidos sejam equitativos¹², ou seja, é o contexto da escolha dos princípios adotados pela sociedade de maneira racional. Os termos equitativos de cooperação, para Rawls, não devem ser alcançados a partir de uma autoridade externa distinta das pessoas que cooperam; nem estabelecidos por uma divindade; nem ser elaborado pelas próprias pessoas baseadas em uma própria ordem moral independente (como ocorre pelo direito natural no jusnaturalismo, ou no intuicionismo); nem pelas próprias pessoas pelo que consideram ser seu benefício recíproco.

Rawls¹³, na justiça como equidade, recupera a doutrina do contrato social para fundamentar que os termos equitativos da cooperação social devem ser alcançados mediante um acordo entre as pessoas envolvidas dentro de determinadas condições apropriadas capazes de posicionar equitativamente as pessoas para impedir que algumas delas tenham maior poder de barganha sobre as demais.

Rawls salienta em sua obra que as pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade os princípios da justiça como

¹¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 16-17.

¹² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.19.

¹³ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 26-27.

definidores dos termos fundamentais de sua associação¹⁴.

Desta forma, fariam com que os princípios tivessem o dever de regular todos os acordos ulteriores, especificando os tipos de cooperação social que se poderia assumir e as formas de governo que se poderia estabelecer¹⁵. A essa maneira de considerar os princípios da justiça, John Rawls denominou de justiça como equidade¹⁶.

Grifa-se que este pacto inicial, ilustrado na teoria de Rawls, é pura hipótese, não se tratando de um acordo histórico¹⁷, representa apenas um modo de argumentação para se alcançar os princípios da justiça. A posição original é um artifício de representação e tem a importância de descrever o ponto inicial equitativo para a formulação dos princípios da justiça, em que as partes envolvidas são descritas em situação de simetria entre si, representando os interesses de cidadãos livres e iguais, visando alcançar um acordo sob condições que são equitativas, para então especificar termos da cooperação social aplicáveis à estrutura básica da sociedade. Sobre o acordo inicial, ensina Bittar¹⁸:

Esse acordo vem marcado pela ideia de uma igualdade original para optar por direitos e deveres; é essa igualdade o pilar de toda a teoria. Mais que isso, a ideia de recorrer ao contrato social, e de estudar os sujeitos pactuantes na origem da sociedade numa posição original, não tem outro fito senão o de demonstrar a necessidade de se vislumbrarem as partes num momento de igualdade inicial. Eis aí a equidade de sua teoria.

Desta forma, verifica-se que o escopo da posição original seria tratar de um contrato social, em que todos os indivíduos estivessem num momento de igualdade inicial, para assim escolherem os princípios da justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade. Assim, a posição original é um artifício adotado por Rawls para elaborar uma concepção política de justiça para a estrutura básica de uma sociedade como um sistema permanente e equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais.

Mas como seria possível fazer com que os sujeitos estivessem todos em uma situação equitativa no momento da aludida escolha?

Pois bem, é nesta circunstância que Rawls descreve o véu da ignorância, objetivando

¹⁴RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12.

¹⁵RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12.

¹⁶RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12.

¹⁷BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 445.

¹⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 445.

assegurar a imparcialidade dos sujeitos no referido momento, para que as partes que realizarão a escolha dos princípios da justiça permaneçam na qualidade de representantes racionalmente autônomos dos cidadãos na sociedade. Estas partes, sob o véu da ignorância: “não conhecem a posição social, ou a concepção do bem (seus objetivos e vínculos particulares), ou as capacidades realizadas e propensões psicológicas e muitas outras coisas das pessoas que representam.”¹⁹

Assim, quando as partes vão se colocar de acordo acerca de determinados princípios de justiça, o véu da ignorância assegura o conteúdo de termos justos da cooperação social, já que estas partes, pelo véu da ignorância, não teriam conhecimento da posição social que ocuparão as pessoas na sociedade, nem a doutrina abrangente (filosófica, moral ou religiosa) das pessoas a que representam, nem a sua raça, grupo étnico, gênero e talentos naturais²⁰. Deste modo, o véu da ignorância serve para subtrair as contingências da complexidade social para impedir que as partes representantes sejam afetadas por interesses que romperiam o acordo equitativo sobre os princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais, eliminando com isso a possibilidade de barganhas ou influências particulares.

Contudo, apesar das partes não terem o aludido conhecimento sobre si, não quer dizer que não sejam inteiramente racionais, pois estariam capazes de encontrar os meios mais adequados à justiça, os quais serão demonstrados através de alternativas oferecidas ao momento da escolha²¹, ou seja, são hábeis em concordar com os princípios que consideram serem os melhores para aqueles que representam. O objetivo geral das partes em posição original é conseguir promover o bem determinado das pessoas a quem representam. Porém, é problemático conseguir discernir o bem por força do véu da ignorância, o que poderia comprometer o acordo racional em seu benefício. Para resolver essa situação Rawls adota a ideia de bens primários.

2.1 Dos bens primários

Os bens primários são as coisas que todo homem racional deseja independentemente de tudo o mais que se possa desejar, presumindo-se que há várias coisas preferíveis se ter mais a ter menos²². Neste sentido, acentua-se a existência de bens primários naturais e sociais.

¹⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 361.

²⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.147.

²¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.154-155.

²² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.97.

Os bens naturais primários são aqueles dados aleatoriamente pela natureza ou genética, como por exemplo, a criatividade, os quais são denominados por Rawls de loteria natural. Constatase que as pessoas poderão ser premiadas com estes bens ou condenadas, ao passo que poderão nascer com algumas dificuldades de aceção, não sendo dotadas de algumas características positivas atribuídas a maioria dos indivíduos.

Os bens sociais primários são instrumentos valiosos para concretizar as condições de vida boa, podendo ser apresentados em categorias amplas de: liberdades, oportunidades e poderes, rendimentos e riqueza e as bases sociais do respeito próprio. Este último bem é o mais específico e retrata o senso de valor do indivíduo, o qual vivencia seu próprio projeto de vida e é reconhecido pelos outros²³.

Pois bem, na posição original a escolha dos bens primários ocorre pelo questionamento sobre o que é necessário como condição social e meio para capacitar as pessoas a alcançar suas concepções de bem e a desenvolver e aplicar suas duas faculdades morais, que são o senso de justiça (a capacidade de ser razoável, ou seja, de entender, aplicar e motivar-se a obrar na base dos princípios de justiça) e a concepção do bem (a capacidade de ser racional, ou seja, de formar, rever e buscar racionalmente a realização do que é considerado como uma vida digna de ser vivida). As faculdades morais são a condição necessária e suficiente para que uma pessoa seja parte na sociedade em termos de justiça social e para que seja construída uma sociedade bem ordenada.

Os cidadãos são pessoas livres e iguais. São livres por possuírem as duas faculdades morais(senso de justiça e concepção do bem), e porque possuem faculdades da razão (como julgar, pensar e inferir); são iguais porque todos possuem um grau mínimo dessas faculdades para serem membros cooperativos dentro da sociedade²⁴.

Os bens primários são condições necessárias para a realização das faculdades morais e para se constituir os meios para o alcance de diversas finalidades, porém Rawls não faz sua caracterização partindo de fatos históricos ou sociais. Rawls elaborou uma lista de vários recursos que são denominados de bens primários, baseado em sua própria concepção de pessoa, e esta concepção parte de uma concepção de justiça política e social, conectada com a noção de cooperação social. Pessoa “é alguém que é capaz de ser um cidadão, isto é, um membro normal e plenamente

²³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.98.

²⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 22.

cooperativo da sociedade ao longo da vida inteira.”²⁵

Partindo desta noção de pessoa, Rawls²⁶ enumera cinco categorias de bens primários: as liberdades fundamentais; a liberdade de movimento e de livre escolha da ocupação; capacidades e prerrogativas de posições e cargos de responsabilidade; renda e riqueza; bases sociais de autorrespeito. Os dois princípios de justiça elaborados por Rawls auxiliam a compreender como a estrutura básica da sociedade pode proteger e distribuir tais bens primários, e a regular a produção e distribuição dos bens primários.

2.2 Os dois princípios da justiça como equidade

Ante as condições demonstradas da posição original, indagam-se quais seriam os princípios escolhidos pelas partes que estão realizando o acordo sob o véu da ignorância para orientar o modo como as instituições básicas devem realizar os valores da liberdade e igualdade para cidadãos democráticos, entendidos como pessoas livres e iguais. São princípios que regulam as instituições básicas e servem como exemplo do conteúdo de uma concepção de justiça de matiz liberal.

Rawls afirma que na constância da posição original as partes optam pelos princípios responsáveis pela manutenção da justiça, sendo responsáveis por regular toda atividade institucional que vise distribuir direitos e deveres, benefícios e ônus²⁷, os quais foram denominados de: 1) princípio da igualdade; e 2) princípio da diferença.

Esses princípios, segundo análise realizada por Melo, deverão “presidir a toda atribuição de direitos e deveres sociais bem como à distribuição de benefícios sociais e econômicos”²⁸, fazendo com que a justiça se confunda “com os direitos subjetivos de liberdade e de igualdade, no sentido social mais amplo possível”²⁹. Desta forma, cumpre acentuar a essência de cada um destes princípios, de maneira individual.

²⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 23-22.

²⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 365.

²⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 448.

²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 109.

²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 109.

2.2.1 O princípio da igualdade

O primeiro princípio, denominado de princípio da igualdade, é assim expresso por Rawls³⁰ na obra *Uma teoria da justiça*: “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante da liberdade para todos”. No livro *O liberalismo político* Rawls³¹ altera esta formulação para: “Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.” Assim, inclui a expressão “um sistema plenamente adequado”, para desta forma resolver uma lacuna que havia em sua teoria, relativa a ausência de um critério satisfatório para especificar as liberdades fundamentais de modo mais preciso e compatíveis entre si em conformidade às circunstâncias sociais conhecidas.

A expressão “um sistema plenamente adequado” significa para Rawls um sistema de liberdades que consinta o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e informado das faculdades morais do senso de justiça e da concepção de bem. Segundo Rawls, as liberdades fundamentais e sua prioridade devem assegurar a todos os cidadãos as condições sociais para o desenvolvimento apropriado e o exercício pleno das suas faculdades morais, portanto em relação à capacidade de ter senso de justiça, pela aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais, a exemplo dos princípios da liberdade política e liberdade de pensamento; e também à capacidade de se ter uma concepção do bem, mediante a aplicação dos princípios da razão deliberativa no transcurso da vida, como são exemplos os princípios da liberdades de consciência e de associação.

O primeiro princípio da justiça vem a definir as liberdades básicas inerentes a todas as partes, quais sejam: a liberdade política, a liberdade de expressão, de reunião, de consciência, de pensamento, de não ser preso arbitrariamente, devendo estas ser iguais e garantidas a todos³². Tal princípio, no ensinamento de Azevedo³³: “expressa o consenso para assegurar o direito igual às liberdades civis e políticas as quais garantem aos homens na sua vida social o poder de defender sua integridade física e psicológica e seu ponto de vista frente às instituições”.

³⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.64.

³¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 345.

³² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 448-449.

³³ AZEVEDO. Maria Carolina Meira Mattos Vicente de. **A Escolha dos Princípios de Justiça na Obra Uma Teoria da Justiça de John Rawls**. Tese de Doutorado – Curso de Filosofia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005. p.81.

O primeiro princípio de justiça trata dos direitos e liberdades fundamentais e, por isso, Rawls³⁴ admite que pode ser precedido por um princípio lexicamente anterior que preveja o cumprimento das necessidades mínimas dos cidadãos, na medida em que satisfazer essas necessidades seja uma condição para o entendimento e exercício efetivo desses direitos e liberdades fundamentais.

A prioridade das liberdades para Rawls³⁵ significa que o primeiro princípio da justiça confere um peso absoluto às liberdades fundamentais em relação a considerações de bem público e a valores perfeccionistas, por exemplo, não se pode justificar, durante uma guerra, uma lei de conscrição seletiva e discriminatória dizendo que seria o modo socialmente mais vantajoso de se formar um exército, ou seja, as exigências das liberdades fundamentais não podem ceder lugar a uma lógica utilitarista. A limitação de uma liberdade fundamental só é admissível em benefício de uma outra ou mais liberdades fundamentais, já que pode ocorrer casos em que as liberdades fundamentais conflitem umas com as outras.

Este princípio tem prioridade sobre o princípio da diferença que será exposto abaixo, posto que violações das liberdades básicas iguais não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. O primeiro princípio norteia as igualdades e liberdades aos indivíduos, enquanto que o segundo princípio tem o intuito de regular a aplicação do primeiro, corrigindo as desigualdades, devendo assim ser explanado³⁶.

2.2.2 O segundo princípio de justiça

No que tange ao segundo princípio da justiça, trata-se de um princípio de justiça distributiva socioeconômica, para que as desigualdades econômicas e sociais sejam ordenadas de modo a beneficiar a todos, como assevera Rawls³⁷ ao expor este princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Constata-se que perante a sociedade as pessoas são diferentes, pois cada indivíduo nasce

³⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 8.

³⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 349.

³⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 448.

³⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.88.

com sua peculiaridade aos demais. Desta forma, o segundo princípio da justiça visa corrigir a denominada loteria natural, ou seja, assegurar que as oportunidades estejam ao acesso de todos, corrigindo as desigualdades. Nesta senda, descreve Bittar³⁸:

Sendo impossível erradicar a desigualdade entre as pessoas, o sistema institucional deve prever mecanismos suficientes para o equilíbrio das deficiências e desigualdades, de modo que estes se voltem em benefício da própria sociedade.

As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas para que todas as pessoas possam ter igual oportunidade de acesso às posições de comando, e diferenças de riqueza e renda (denominado de princípio da diferença) são admissíveis apenas quando operam em favor do setor social mais desfavorecido. Assim, o princípio da diferença dispõe que os mais favorecidos têm expectativas justas somente se elas, e as circunstâncias socioeconômicas que as possibilitam, contribuem para a melhoria das expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade³⁹.

Assim, verificadas as especificidades de ambos os princípios, acentua-se que nenhum destes poderá ser sacrificado em nome do outro, todavia, deverá ser respeitada a denominada ordem lexical dos princípios, descrita na obra *Uma Teoria da Justiça*, em que necessariamente, dar-se-á prioridade ao primeiro princípio ante o segundo.

Destarte, qual seria a maneira mais apropriada para a aplicação destes princípios ao meio social? Rawls soluciona esta questão descrevendo o instituto da sequência de quatro etapas, ponderando cada fase realizada pelos indivíduos nesta metamorfose social, a qual será demonstrada na sequência.

2.3 A sequência de quatro etapas

A sequência de quatro etapas é o meio pelo qual os princípios são aplicados à sociedade, culminando na aplicação da justiça com equidade⁴⁰. Impende destacar que Rawls⁴¹ afirma a atribuição de cada estágio individualmente, os quais deverão “representar um ponto de vista apropriado, a partir do qual certos tipos de questões devem ser consideradas”.

A etapa inaugural é o estágio da posição original, em que as partes ainda se encontram sob

³⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 448.

³⁹ ZILLES, Urbano. **Panorama das filosofias do século XX**. São Paulo: Paulus, 2016.

⁴⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.217.

⁴¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.212- 214.

o véu da ignorância, o qual vai desaparecendo aos poucos, fazendo com que estas regressem ao seu lugar na sociedade.

Na segunda etapa é realizada a convenção constituinte para determinar os direitos básicos do cidadão, esta deverá ser elaborada da maneira mais justa e eficaz tendo em observância os princípios da justiça. Nesta etapa, o véu da ignorância é parcialmente removido e as partes passam a conhecer os princípios escolhidos e os fatos genéricos relevantes acerca da sociedade em que vivem, ainda que continuem desconhecendo sua posição como indivíduo no meio social⁴².

Já no terceiro estágio, que pode ser denominado de estágio legislativo, segundo Silva⁴³:

[...] todo o conjunto de fatos econômicos e sociais de caráter geral entra em jogo com o objetivo de fazer com que as políticas econômicas e sociais maximizem as expectativas de oportunidades a longo prazo das camadas menos favorecidas (evidentemente, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e de acordo com a garantia das liberdades iguais).

Sendo assim, pode-se dizer que neste estágio se aplica o segundo princípio da justiça, ou seja, o princípio da diferença juntamente às leis e medidas políticas, a fim de dirimir questões que não se coadunam com a justiça. Observa-se também que nesta circunstância o véu da ignorância está quase todo removido.

Por fim, o último estágio é aquele que trata da aplicação das regras a casos concretos pelos magistrados, autoridades administrativas e cumpridas pelos cidadãos⁴⁴. Neste momento o véu da ignorância inexistente e os indivíduos têm acesso a todos os fatos⁴⁵.

Desta feita, após esta última etapa os indivíduos estariam prontos para iniciar uma nova sociedade, a qual seria a mais justa e aceitável para todos, aplicando ao meio social os princípios de justiça eleitos por estes, através de suas instituições que compõem a estrutura básica e de aplicações das regras estabelecidas a casos concretos, por meio de seus representantes (magistrados e autoridades administrativas) tendo como base de fundamentação a convenção constituinte elaborada pelas partes, a qual irá limitar o poder do Estado em suas atuações com o fito de assegurar a inviolabilidade dos indivíduos.

⁴²SILVA, Walter Valdevino Oliveira. **A teoria política da justiça de John Rawls**: em direção a um liberalismo político para uma sociedade democrática bem-ordenada. Dissertação de Mestrado – Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 48.

⁴³SILVA, Walter Valdevino Oliveira. **A teoria política da justiça de John Rawls**: em direção a um liberalismo político para uma sociedade democrática bem-ordenada. Dissertação de Mestrado – Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 48.

⁴⁴RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.216.

⁴⁵RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.216.

Diante do exposto, faz-se necessário destacar que a sequência de quatro estágios apresentada é “um recurso para a aplicação dos princípios da justiça” ⁴⁶. Sendo assim, esse esquema faz “parte da teoria da justiça como equidade e não de uma explicação de como na prática procedem as legislaturas e convenções constituintes” ⁴⁷.

Aduzindo Rawls que nesta circunstância se “estabelece uma série de pontos de vista a partir dos quais se devem resolver os diferentes problemas da justiça, num processo em que cada ponto de vista é marcado pelas restrições adotadas nos estágios precedentes” ⁴⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o término do estudo realizado, concluiu-se que a concepção neocontratualista e liberal-igualitária de justiça elaborada por John Rawls pondera uma distribuição de liberdades fundamentais aos indivíduos, fazendo com que as desigualdades ocasionadas pela fruição majorada por determinados sujeitos de quaisquer bens primários sejam corrigidas, para que ao final todos tenham as mesmas chances de prosperar e concluir seus projetos de vida.

A justiça como equidade é apresentada a partir de uma concepção de justiça política baseada em uma sociedade democrática constitucional, dentro da noção de liberalismo político, partindo de ideias fundamentais expressas na concepção de sociedade como um sistema equitativo de cooperação, mediante uma concepção política de pessoa como livre e igual, e de uma sociedade bem-ordenada. Além disso, Rawls fundamenta sua teoria partindo da noção de uma posição original, a partir do que extrai os dois princípios de justiça para regular a estrutura básica da sociedade dentro de uma concepção política de justiça.

Assim, verifica-se que os dois princípios de justiça eleitos pela coletividade na circunstância da posição original possuem o condão de guiar todas as diretrizes da sociedade, criando um sistema de liberdades e também corrigindo as desigualdades geradas no âmbito social.

Ressalta-se, outrossim, que toda a concepção de justiça criada pelo filósofo visa uma equidade generalizada às pessoas, e utiliza-se de subterfúgios hipotéticos para justificar o modo de argumentação para se alcançar os princípios da justiça, como fora mencionado na posição original,

⁴⁶RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.217.

⁴⁷RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.217.

⁴⁸RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.217.

no véu da ignorância e na sequência de quatro etapas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Maria Carolina Meira Mattos Vicente de. **A escolha dos princípios de justiça na obra uma teoria da justiça de John Rawls**. Tese de Doutorado – Curso de Filosofia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 6. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p.85.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, Michael. **El liberalismo y los limites de la justicia**. Traducción María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Walter Valdevino Oliveira. **A teoria política da justiça de John Rawls**: em direção a um liberalismo político para uma sociedade democrática bem-ordenada. Dissertação de Mestrado – Curso de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZILLES, Urbano. **Panorama das filosofias do século XX**. São Paulo: Paulus, 2016.

O HUMANISMO COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA POLÍTICA JURÍDICA

Josemar Sidinei Soares¹

INTRODUÇÃO

A Política Jurídica é a disciplina que vem com o objetivo de corresponder aos anseios sociais que necessitam de uma atualização do Direito. Um Direito estático, correspondente apenas a norma positivada, não serve mais para a sociedade atual, sendo assim, a Política do Direito busca estudar o Direito que deve ser para sim encontrar de que forma o Direito pode ser mais justo, mais adequado a sociedade atual e seus valores.

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar o papel do Humanismo e como princípio norteador da Política Jurídica. É fundamental que essa disciplina se baseie em princípios humanistas para que assim não perca a valorização do ser humano, algo que muitas vezes ocorre na aplicação da norma positivada.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método Indutivo³ e na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. jsoares@univali.br

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10.ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p.101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] 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. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

1. HUMANISMO

O Humanismo é uma tradição filosófica com raízes helênicas. Em sua longa trajetória até alcançar os dias de hoje teve momentos de atualizações e transformações conforme as novas tendências culturais e históricas. O humanismo grego não é idêntico ao humanismo romano nem ao medieval ou ao renascentista, e as formas mais recentes de humanismo, como o marxista e o existencialista, também ressaltam traços eminentemente distintos.

De qualquer forma, é possível perceber certa linha de continuidade na história do Humanismo, sobretudo na faixa que vai dos gregos ao Renascimento, e esse traço comum se constitui justamente no esforço principal de toda corrente que chama para si a denominação de humanista: a tentativa de situar o ser humano como centro e fim das ações e discursos.

A diferença fundamental se dá no contexto, no sistema onde se insere este ser humano. E de fato, essa inserção pode resultar em diferenças notáveis, como a de um humanismo cristão na Idade Média e um humanismo existencialista no século XX que é em sua maior parte ateuista.

O Humanismo é definido por Rafael Padilha dos Santos como:

[...] um movimento que se interessa integralmente pelo ser humano e sua vida em todos os seus aspectos (política, cultura, ética, arte etc.), caracterizado por uma concepção de ser humano que é centro de si mesmo e centrado no mundo, no livre desenvolvimento de todas as suas virtualidades naturais e fazendo de si próprio um segundo criador no mundo, enobrecendo-se mediante a exaltação de sua *dignitas hominis*, o que leva ao restabelecimento do homem natural, em sua consciência de si mesmo, seu próprio valor, sua própria finalidade, para a construção responsável do próprio mundo⁹.

Moacyr Motta da Silva destaca que a palavra Humanismo pode ser usada nas diversas áreas do conhecimento, seja no Direito, na Política, na Antropologia, na Sociologia, na História em geral, na Moral e em todas as outras disciplinas sobre a natureza do homem, pois procura demonstrar que o ser humano representa o fim e não o meio de qualquer projeto do planeta¹⁰.

Abbagnano destaca que Humanismo é toda filosofia que tome o homem como “medida das coisas”. É qualquer tendência filosófica que leve em consideração as possibilidades e, portanto, as limitações do homem, e que, com base nisso, redimensione os problemas filosóficos. O Humanismo reconhece o valor do homem em sua totalidade e tenta compreendê-lo em seu mundo, que é o da

⁹ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Regulador da Economia no Espaço Transnacional: uma proposta de economia humanista**. 568 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017. p. 72-73.

¹⁰ SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas. **Sequência**, Florianópolis, n. 60, p. 163-193, 2010. p. 187.

natureza e da história¹¹.

Assim, o Humanismo é um movimento interdisciplinar, focado no desenvolvimento do indivíduo em todos os aspectos da sua vida, ou seja, é uma linha de pensamento que busca o desenvolvimento integral do humano e busca concretizar essa tarefa partindo do próprio homem, encontrando dentro dele as suas virtudes, as suas características naturais, as suas virtualidades que se concretizadas permitem ao homem desenvolver a sua intrínseca dignidade e consequentemente o mundo ao seu redor.

Para Meneghetti, Humanismo significa o homem centrado no seu dever de existência mundana, como possibilidade de atuar fenomenologia divina. É a ponta desse ecossistema, é capaz, responsável gênio na criação segunda¹².

Esse aspecto divino da atuação do homem já era destacado pelo filósofo do Humanismo italiano¹³ Giordano Bruno (1548-1600) que afirmava que o homem foi dotado de intelecto e mãos, possuindo faculdade sobre os outros animais, que consiste em não somente poder operar segundo a natureza e o comum, mas fora das leis daquela, formando ou podendo formar outras naturezas. O homem viria, assim, a ser Deus na Terra¹⁴.

Como explica Santos, o que Bruno faz é exaltar a dignidade do homem por meio da atuação da criatividade, superando a penúria ou as dificuldades para reverter a ordem natural em benefício próprio, reverenciando as capacidades de decisão e eleição do homem, de descobrir e construir. O homem não é concebido como mero beneficiário da natureza, mas como segundo criador, em um exercício de liberdade pessoal para desenvolver uma ordem social, política, jurídica, econômica que seja digna do homem viver¹⁵.

Motta afirma que o Humanismo coloca o homem como hierarquicamente acima de todas as escalas de valores criadas pela sociedade. A teoria humanista dedica-se para a esperança, o bem-

¹¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 518-519.

¹² MENEGETTI, Antonio. **OntoArte: O Em Si da Arte**. Florianópolis: Ontopsicologica, 2003. p. 189.

¹³ Humanismo em sentido estrito significa “[...] o movimento literário e filosófico que nasceu na Itália na segunda metade do séc. XIV, difundindo-se para os demais países da Europa e constituindo a origem da cultura moderna; [...]”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 518. Como destacam Reale e Antiseri, “A marca que contradistingue o Humanismo foi portanto, um *novo sentido do homem e de seus problemas*, novo sentido que encontrou expressões multiformes e por vezes opostas, mas sempre ricas e frequentemente muito originais, e que culminou nas celebrações teóricas da “dignidade do homem” como ser “extraordinário” em relação a toda a ordem do mundo.”. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do humanismo a Descartes**. São Paulo: Paulus, 2004. v. 3. p. 4.

¹⁴ BRUNO, Giordano. **Spaccio de la bestia trionfante**. Milano: Mondadori, 2000. p. 144.

¹⁵ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional: uma proposta de economia humanista**. p. 253-254.

estar, a dignidade, o ideal, a paz do homem em sua vivência social¹⁶.

A importância do Humanismo revela-se pelo fato de que toda solução para problemas e crises que atingem a sociedade em suas diversas faces deve partir do homem. Funciona aquilo que permite o desenvolvimento do indivíduo, aquilo que está de acordo com as virtualidades ínsitas do homem. Caso contrário, permanece-se no externo, no fenômeno, que pode até resolver determinada questão na superfície, mas não se chega a uma solução eficiente e duradoura dos problemas sociais.

O poeta e dramaturgo romano Terêncio (195/185-159 a.C.), em sua obra *The Self-Tormentor*, pronuncia pela boca de um de seus personagens a frase “Eu sou um homem, e nada que diz respeito a um homem, eu considero uma questão de indiferença para mim.”¹⁷. Tal frase pode ser considerada o fundamento sistemático do Humanismo, isto é, sou homem e tudo aquilo que é humano sou eu; eu, enquanto homem, sou todo o humano¹⁸.

Daí se tira a essência da filosofia do Humanismo: na medida em que eu sou homem, devo contribuir, participar de forma total. Seja no delinquente como no santo, o homem é sempre representado em primeira linha e deve se responsabilizar, contribuir, ajudar¹⁹.

A frase de Terêncio supera até mesmo a ideia de amor, pois não é que o indivíduo escolhe amar e ajudar o outro, é a inferioridade do outro que dá vergonha também ao indivíduo se não o ajuda, porque de qualquer forma que o sujeito seja, ele também é o outro²⁰.

O poeta inglês John Donne também transmite essa ideia muito bem por meio de sua poesia de 1624:

Nenhum homem é uma ilha, inteiro de si mesmo, todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra, se um torrão é arrastado para o mar, a Europa é diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar dos seus amigos ou o seu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou envolvido na humanidade²¹.

Todos os homens são como uma pequena parte de um continente, todos interligados

¹⁶ SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas.

¹⁷ TERENCE. *The Self-Tormentor*. New York: Charles Scribner's Sons, 1885. p. 24.

¹⁸ MENEGETTI, Antonio. *Dall'Umanesimo storico all'Umanesimo perenne*. 2. ed. Rome: Psicologica, 2011. p. 33.

¹⁹ MENEGETTI, Antonio. *Dall'Umanesimo storico all'Umanesimo perenne*. p. 34.

²⁰ MENEGETTI, Antonio. *Dall'Umanesimo storico all'Umanesimo perenne*. p. 34.

²¹ DONNE, John. *Devotions Upon Emergent Occasions*. 1624. Disponível em: <<http://triggs.djvu.org/djvu-editions.com/DONNE/DEVOTIONS/Download.pdf>>. p. 31-32. Acesso em: 27 jul. 2017. Tradução livre.

formando esse grande conjunto de terra. O que afeta um afeta a todos, a diminuição de um é a diminuição de todo esse continente da humanidade.

Em torno do mesmo período histórico de Terêncio, a corrente filosófica dos estoicos, que surge em Atenas em torno de 300 a.C. e se difunde em Roma entre 150 a.C. e 200 d.C., defende que o princípio discriminante do justo ou do injusto reside na natureza, ou seja, existe um direito de natureza que é válido para todos os homens, inclusive os escravos (que eram amplamente empregados na época), enquanto todos fazem parte do idêntico princípio racional da natureza²².

Os estoicos eram cosmopolitas, unindo a filosofia grega com a romana, foram os primeiros a formalizar o conceito de *humanitas*. Entre seus vários ideais, destaca-se aquele que o homem deve ser para qualquer outro homem algo de sagrado²³.

Os pensadores do Humanismo italiano enfatizaram o estudo das disciplinas que se referiam ao conceito de *humanitas*, que para os latinos, significava aproximadamente aquilo que os gregos entendiam por *paideia*, ou seja, educação e formação do homem, que nessa época de formação espiritual considerava-se que as letras, ou seja, a poesia, a retórica, a história e a filosofia desempenhavam um papel essencial²⁴.

São essas disciplinas que estudam o homem naquilo que ele tem de peculiar, por isso, mostram-se particularmente capazes não apenas de conhecer a natureza específica do homem, mas também fortalecê-la e potencializá-la²⁵.

Santos explica ainda que o pressuposto base do Humanismo é o homem capaz de construir a própria vida com excelência, como partícipe contribuidor na construção do mundo em que vive, a partir do que é possível falar em uma civilização humanista²⁶. Essa responsabilidade do indivíduo perante sua vida é traço fundamental do Humanismo, sendo destacado historicamente por muitos autores.

Os filósofos do Humanismo italiano, como o já citado Giordano Bruno, deram muita ênfase para essa autonomia do indivíduo. Outro filósofo foi Pico della Mirandola que afirma que o homem

²² MENEGETTI, Antonio. *Dall'Umanesimo storico all'Umanesimo perenne*. p. 34-36.

²³ MENEGETTI, Antonio. *Dall'Umanesimo storico all'Umanesimo perenne*. p. 37.

²⁴ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Descartes*. p. 5.

²⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Descartes*. p. 5.

²⁶ SANTOS, Rafael Padilha dos. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Regulador da Economia no Espaço Transnacional: uma proposta de economia humanista*. p. 126.

foi criado com a capacidade de em qualquer lugar, forma ou presente que ele selecione, ele possa ter e possuir com seu próprio julgamento e decisão. Enquanto a natureza de todas as outras criaturas foi definida e restringida pelas leis divinas, o homem pode, sem restrições, por meio de seu próprio livre arbítrio, traçar a sua própria natureza²⁷.

O homem foi criado de tal forma que pode, como livre e orgulhoso do próprio ser, moldar a sua forma da maneira que preferir. Podendo descer até as formas mais baixas e brutas de vida e estar apto, por meio de suas próprias decisões, a levantar novamente a uma forma de vida superior²⁸.

O Humanismo deu origem a um segundo movimento, que continua sua ênfase no desenvolvimento do homem, que foi o Renascimento. Os renascentistas buscavam promover uma formação humanista que era concomitantemente teórica e prática, contemplativa e ativa. O sujeito precisa compreender e buscar a verdade de modo genuíno, e a partir daí agir e intervir na sociedade. O homem era representado como sujeito dotado de parte divina (herança medieval) e como ente integrado ao cosmos (herança grega).

O Humanismo, ou o estudo da vida do homem em todos os seus aspectos, perpetua-se até os dias atuais, passando pelos mais diversos locais e correntes filosóficas, buscando determinar as formas de aprimoramento do ser humano e o consequente aprimoramento do mundo social a sua volta.

2. POLÍTICA JURÍDICA

A Política Jurídica, ou Política do Direito, é a disciplina que estuda o Direito que deve ser e como deva ser em contraponto a dogmática jurídica que estuda a interpretação e aplicação do Direito vigente²⁹.

Essa disciplina visa alcançar o Direito desejado pela Sociedade, pautando-se, assim, nos critérios de Ética, Justiça, Legitimidade e Utilidade. Para alcançar um Direito que atenda a esses critérios, é necessário a propositura de novas normas, adequação daquelas existentes e a

²⁷ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Oration on the Dignity of Man**. Chicago: Henry Regnery, 1956. p. 7.

²⁸ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Oration on the Dignity of Man**. p. 7-8.

²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 77.

reconceituação do próprio Direito e de seus núcleos³⁰.

Cabe à Política Jurídica a percepção e apreensão dos desejos e necessidades da Sociedade, introduzindo no sistema jurídico elementos valorativos que foram afastados pela dogmática jurídica em nome da segurança³¹.

Para a Dogmática Jurídica é válida toda norma positivada, desde que autorizada por norma superior, elaborada por autoridade competente e com fiel observância aos ritos do processo legislativo. Porém, para a Política Jurídica, a validade de uma norma não pode ser extraída apenas do seu aspecto formal, mas deve considerar também a legitimidade ética de seu conteúdo e de seus fins³².

Sendo assim, a Política do Direito busca, tanto em fontes formais ou informais, as representações jurídicas do imaginário social que tenha legitimidade na ética, nos princípios de liberdade e igualdade e na estética da convivência humana³³.

A Política do Direito deve buscar um Direito que por meio de suas normas crie um ambiente em que se permite a estética do conviver, que permite aos homens um mínimo de auto-respeito e reconhecimento recíproco da dignidade de cada um, tanto no relacionamento entre si quanto no relacionamento com o ambiente, com o mundo³⁴.

A Estética aparece como forma de se buscar o mais belo do homem, da norma, do Direito. O Esteticismo é uma expressão usada para significar uma atitude que dê importância superior aos valores estéticos nos fatos da vida. O homem ético é aquele inconformado com o injusto e com o incorreto, o homem estético é não pode conformar-se com o feio produzido pelo injusto e pelo incorreto³⁵. Pergunta Osvaldo Ferreira de Melo: “Se a grande função da arte é propiciar prazer espiritual, que prazer maior para o ser humano sensível do que o bem-conviver, a comunicação aberta, o sentir-se aceito na diversidade, e descobrir-se com as condições psicológicas e culturais de aceitar o pensar do outro?”³⁶

³⁰ CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanzola. A Política Jurídica e o Direito Socioambiental: uma contribuição para a decidibilidade dos conflitos jurídicos-ambientais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, edição especial, p. 60-78, 2011. p. 65.

³¹ CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanzola. A Política Jurídica e o Direito Socioambiental: uma contribuição para a decidibilidade dos conflitos jurídicos-ambientais. p. 65.

³² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; CPGD-UFSC, 1994. p. 87-88.

³³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 131.

³⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 63.

³⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 62.

³⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 62.

A arte de viver é uma constante colocação da estética na convivência, é criar um ambiente favorável para o desenvolvimento da tolerância, do pluralismo de ideias, da aceitação dos valores dos outros. A democracia, na sua mais elevada acepção, quando transcende simples arranjos políticos, tem sua estética própria³⁷.

Buscar o outro como um fim, não como um meio, é relacionar-se de modo estético, de respeitar o outro como ele é, em sua autenticidade, em sua aparência, é situar-se perante o outro para aceitar alegremente sua existência como tal³⁸.

O que Osvaldo Ferreira de Melo chama de estetização da convivência é fenômeno que só se torna sensível, ou seja, perceptível como atributo de beleza, quando, ao invés da tentativa de justificar-se por meio de ideologias, fundamenta-se na Ética do homem³⁹.

A estética encontra-se presente também na hermenêutica jurídica. Ronald Dworkin, em *Uma Questão de Princípio*⁴⁰, estabelece um paralelo entre a Hermenêutica Jurídica e a Literária, argumentando que a teoria da Estética pode contribuir muito na interpretação e aplicação de normas. Existem diversos critérios que podem ser adotados para interpretar uma obra, sendo que o crítico precisa escolher aquele que torna a obra a melhor possível. Dessa forma, entre os diversos critérios disponíveis o juiz precisaria escolher aquele que torna a norma a melhor possível, a mais bela, a mais estética.

Se existe uma proporção natural, uma medida que se aplicada dá o melhor ponto de algo, é evidente que em todo ato de decidir (inclusive jurídico) existe uma melhor forma de resolver o caso. É necessário encontrar a proporção para que cada situação, e isto é algo que a formação pela estética pode contribuir com bastante eficácia.

Para a Política Jurídica, é necessário rever as fontes tradicionais do Direito, para privilegiar aquelas que realmente sustentem um Direito novo, desejável, criativo, libertador, racional e que cumpra sua função de responder aos anseios sociais⁴¹.

Os objetivos da ação político-jurídica visam à desconstrução de paradigmas que negam ou impedem a criatividade como um agir permanente, assegurando, assim, a valorização do ser

³⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 62.

³⁸ LAPOUJADE, María Noel. Notas para una ética de la estética. **Revista de Filosofía**, Maracaibo, v. 27, n. 61, abr. 2009.

³⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 63.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 131.

humano e a dignidade de tratamento dos homens entre si e com a natureza⁴².

Na obra *Temas Atuais de Política do Direito*, Melo destaca alguns pontos acerca da importância do estudo da Política Jurídica, primeiramente destacando a própria relação entre Política e Direito, afirmando que é possível e desejável uma teorização sobre a conciliação entre Política e Direito, entendidas ambas as categorias em um sentido ético-social e identificados os respectivos conceitos, tanto quanto possível, com a ideia do justo e do legitimamente necessário, ou seja, do socialmente útil⁴³.

Em decorrência dessa reciprocidade, o Direito necessita da Política para continuamente renovar-se nas fontes da legitimação, e a Política necessita do Direito para objetivar as reivindicações sociais legítimas, ou seja, propor um sistema de categorias, conceitos, princípios e normas capazes de assegurar não só relações econômicas mais justas, mas também o alcance de um ambiente social realmente ético e estimulador das práticas solidárias⁴⁴.

As teorias para fundamentar as técnicas de construção, interpretação e aplicação da norma preocupam-se prioritariamente com a lógica ou outras formalidades, descompromissadas com o conteúdo ético que é próprio da natureza do Direito, sendo usadas indiscriminadamente para desmandos autoritários e atendimento a reivindicações sociais. Já a Política do Direito, arquitetada sobre critérios de prudência e possibilidades e fundamentada em padrões éticos, estará a serviço de um devir desejável e realizável, como proposta criativa aos desafios que forem surgindo⁴⁵.

A Política Jurídica não é descritiva, é prescritiva, comprometida com as necessidades e interesses sociais, e sempre interessada nos conhecimentos que lhe podem oferecer a Ciência Jurídica, a Filosofia do Direito e a Sociologia Jurídica, na busca dos aportes teóricos necessários à compreensão dos fenômenos jurídico e social⁴⁶.

Importante o destaque de que a Política Jurídica não é pura teoria, mas é voltada para o agir. Toda ação corretiva e criativa recairá sobre o sistema normativo vigente, influenciando na sua permanente adequação e aperfeiçoamento⁴⁷.

⁴² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 132.

⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 13-14.

⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 14.

⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 14.

⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 14.

⁴⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 14.

Quem se ocupa da Política Jurídica, ou seja, o Político do Direito, não possui uma formação específica, mas é todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico, treinado na crítica social, movido pela utopia de conduzir o Direito para lugares novos, seja capaz de ousar⁴⁸. Devido a esse profundo impacto que a atividade da Política Jurídica pode causar no Direito, é fundamental a sua base humanista para garantir resultados compromissados com o desenvolvimento do ser humano.

3. O HUMANISMO COMO FUNDAMENTOS DA POLÍTICA JURÍDICA

O Humanismo situa o ser humano como ponto de partida para se entender as relações sociais, políticas, econômicas, jurídicas e culturais, auxiliando no entendimento de que existe uma dimensão humana por trás de cada fenômeno social, inclusive jurídico. As ideias de formação dos indivíduos para contemplar e agir e de responsabilização perante a realidade são fundamentais. A preocupação com o ser humano para além das convenções é indispensável.

O Humanismo tem a função de não deixar a Política Jurídica perder de vista a construção da infinitude da consciência em cada indivíduo, isto é, a necessidade que cada um tem de renovar-se como pessoa, de construir novos hábitos, novos objetivos, sendo que esses novos estilos de vida nascem das relações intersubjetivas que se constroem no decorrer da vida, o Humanismo precisa pensar a complexidade da vida humana.

Para o Humanismo efetivamente contribuir para a Política Jurídica como um dos seus principais fundamentos, é fundamental que essa disciplina faça parte da educação jurídica, conforme defende Silva: “O viés da educação humanista projeta-se para o âmbito da justiça.”⁴⁹.

Silva elucida que existe uma debilidade do Humanismo na esfera da justiça que provém precisamente da educação jurídica. Os cursos de Direito apresentam uma superficialidade nas disciplinas jurídicas humanistas como a Antropologia, Filosofia, Sociologia, etc., que normalmente limitam-se à formulação de conceitos operacionais. O foco é muito mais nos procedimentos judiciais, havendo um estímulo maior para à memorização em lugar da reflexão. Inclusive existe uma percepção muito forte na academia de que as disciplinas humanistas são supérfluas, sem

⁴⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 14-15.

⁴⁹ SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas. p. 188.

contribuição prática para o Direito⁵⁰.

Também os concursos da área jurídica dificilmente cobram conteúdos sobre Humanismo. Além disso, os próprios órgãos do Judiciário parecem igualar a justiça com relatórios estatísticos. A justiça é medida pelo número de processos julgados ou pelas conciliações acordadas, sem se considerar o grau de satisfação do jurisdicionado. O mérito da causa parece colocado em segundo plano⁵¹.

Em uma visão positivista, normativista, formalista, da pessoa e da ordem jurídica, termina-se por reduzir a noção de pessoa a um centro de imputação de direitos e deveres e a se atribuir sentido idêntico às noções de pessoa e de sujeito de direitos⁵².

Em uma visão personalista, o ordenamento jurídico, ao construir dentro do sistema, a noção de personalidade, assume uma noção pré-normativa, a noção de pessoa humana, faz de tal noção uma noção aceita pela ordem positiva. Não a assume nem a aceita, porém, no mesmo sentido de pura aceitação da realidade externa com que aceita e assume a qualidade de **objetos**, de coisas, que têm uma árvore ou um animal. É que, no caso do ser humano, o dado preexistente à ordem legislada não é um dado apenas ontológico, que radique no plano do ser; ele é também axiológico. E **ser** e **valor** estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem **vale**, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque é. E é inconcebível que um ser humano **seja** sem **valer**⁵³.

Nesse contexto, Silva formula as seguintes proposições acerca da educação: a) a prática do Humanismo nas relações humanas ensinadas desde a infância; b) a reformulação de políticas públicas sobre a educação, mediante a transmissão pedagógica de conhecimentos sobre o humanismo⁵⁴.

Como fundamento da Política Jurídica, importa, sobretudo, um humanismo que tenha como base as possibilidades e interesses do homem, resultando em uma postura ética universal. O Direito é um fenômeno humano, portanto, o fundamento do Direito deve ser buscado dentro e fora da norma⁵⁵.

⁵⁰ SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas. p. 188-189.

⁵¹ SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas. p. 189-190.

⁵² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 532, p. 223-241, fev. 1980. p. 231.

⁵³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. p. 231.

⁵⁴ SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas. p. 191.

⁵⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 65.

Os limites, as possibilidades e os interesses legítimos do homem, que são fundamentos do humanismo jurídico, estão presentes nas declarações de direitos e das liberdades públicas, representando uma conquista história inestimável, apesar de todas as dificuldades nas suas concretizações nos dias atuais⁵⁶.

Porém, o Humanismo, ao tratar da responsabilidade e autonomia do homem na sua existência, foca muito nos deveres humanos, talvez mais do que nos direitos, mas o que se constata nas normas jurídicas atuais é uma ênfase exclusiva, ou em sua maior parte, nos direitos, esquecendo-se da importância dos deveres.

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

Com essa ênfase aos direitos, retira-se a responsabilidade e a autonomia do indivíduo, elementos que o Humanismo descreve o homem comparando-o a um ser divino, repassando tudo ao Estado e aos organismos públicos, tornando os indivíduos dependentes e não proporcionando o desenvolvimento integral buscado pelo Humanismo.

Como destaca Rosenfield, o auxílio público, embora pareça um grande valor moral, é na verdade destruidora de valores morais ao criar condições para que os necessitados permanecem como necessitados⁵⁷. Em vez de contribuir para dignidade, o assistencialismo pode ocasionar o contrário, mantendo o sujeito em uma situação de dependência indigna.

Essa forma de pensar o homem como sujeito de direitos e deveres a partir da própria natureza humana pode contribuir muito para o Político do Direito, principalmente quando o que está em discussão são os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, categorias muito abertas que acabam ou sendo usadas para qualquer coisa, existindo o risco inclusive de uso contraditórios, ou caem em descrença exatamente pela falta de concretude em seus significados.

Também os chamados novos direitos, mais especificamente a área do *biodireito*, geram grande perplexidade e grande discussão de âmbito humanista, como a manipulação genética, constatação de morte cerebral e suas consequências, procriação assistida, possibilidade técnica de

⁵⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 65-66.

⁵⁷ ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 129.

clonagem humana, doação presumida de órgãos humanos, entre outros, além dos já clássicos problemas do aborto e da eutanásia⁵⁸.

Assuntos dessa natureza não podem ficar apenas no âmbito da biomedicina e muito menos de fundamentalistas religiosos que não se afastam de uma visão estritamente maniqueísta. Ao biodireito cabe o enorme desafio de atendimento às exigências de normas que possam harmonizar a liberdade de investigação e experimentação como pressupostos da Ciência: a preservação da dignidade da vida, como valor primo do Direito, e o respeito à pessoa natural, como norma fundamental da Ética⁵⁹.

Embora essa conciliação seja difícil, ela é extremamente necessária, pois o juiz não pode eximir-se da prestação jurisdicional alegando lacunas no Direito. Deixa-se, então, o juiz decidir sobre os casos concretos, sem oferecer-lhe normas que orientem sua decisão que estará baseada somente em fontes informais do Direito e nos ditames de sua própria consciência, o que não garante a tão importante segurança jurídica⁶⁰.

José Alcebiades de Oliveira Júnior destaca que tais direitos colocam a fundamental questão de saber quais são os parâmetros éticos que devem nortear uma ordem jurídica⁶¹. O papel do Político do Direito, nesse contexto, é, com apoio nos fundamentos axiológicos, trabalhar com as escolhas que conduzam ao conteúdo das normas desejáveis⁶².

Também o juiz, ao usar princípios doutrinários para preencher lacunas, deve estar atento ao fato de que assuntos que envolvam questões biomédicas são muito sensíveis a posições filosóficas conflitantes. Por isso, é fundamental que a Política Jurídica exija de toda norma, seja ela proveniente de ação legislativa ou do resultado de prestação jurisdicional, leve em conta fatores de validade material, conformação com critérios objetivos de justiça e de utilidade, fontes do necessário equilíbrio psicossocial⁶³. Para isso, é fundamental o auxílio do Humanismo.

⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 78.

⁵⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 78.

⁶⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 78-79.

⁶¹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 199.

⁶² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 81.

⁶³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. p. 81.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Política Jurídica tem papel fundamental de buscar hoje uma reconceituação do Direito, um Direito sinônimo de lei positiva não corresponde mais aos anseios sociais. O Direito deve buscar ser um orientador da vida humana, ser um instrumento social que tenha como núcleo os valores que correspondem a um estágio mais elevado da convivência. Para isso, é fundamental que a Política do Direito tenha como princípio norteador o Humanismo.

O Humanismo tem o papel de orientar o Direito a corresponder a realidade social, ser comprometido com os valores do ser humano, garantindo os direitos e a dignidade de todos, permitindo a cada um ter sua liberdade e desenvolver sua própria identidade dentro do contexto social.

É por meio da Política Jurídica, fundamentada no Humanismo, que se caminha para uma atualização do Direito comprometida com o desenvolvimento humano. A sociedade é mutável, o ser humano também, se as necessidades e os desejos sociais mudam, é dever do Direito mudar também, mas mudar de forma funcional para o homem, uma mudança que seja correspondente aos valores humanistas que constroem uma sociedade comprometida com o crescimento e evolução do ser humano.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

BRUNO, Giordano. **Spaccio de la bestia trionfante**. Milano: Mondadori, 2000.

CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanziola. A Política Jurídica e o Direito Socioambiental: uma contribuição para a decidibilidade dos conflitos jurídicos-ambientais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, edição especial, p. 60-78, 2011.

DONNE, John. **Devotions Upon Emergent Occasions**. 1624. Disponível em: <<http://triggs.djvu.org/djvu-editions.com/DONNE/DEVOTIONS/Download.pdf>>. p. 31-32. Acesso em: 27 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAPOUJADE, María Noel. Notas para una ética de la estética. **Revista de Filosofía**, Maracaibo, v. 27, n. 61, abr. 2009.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.
- _____. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; CPGD-UFSC, 1994.
- _____. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- MENEGHETTI, Antonio. **Dall’Umanesimo storico all’Umanesimo perenne**. 2. ed. Rome: Psicologica, 2011.
- _____. **OntoArte: O Em Si da Arte**. Florianópolis: Ontopsicologica, 2003.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Oration on the Dignity of Man**. Chicago: Henry Regnery, 1956.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 532, p. 223-241, fev. 1980.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10.ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do humanismo a Descartes**. São Paulo: Paulus, 2004. v. 3.
- ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SANTOS, Rafael Padilha dos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Regulador da Economia no Espaço Transnacional: uma proposta de economia humanista**. 568 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017.
- SILVA, Moacyr Motta da. Reflexões sobre a ideia de justiça e humanismo: uma abordagem no campo da fenomenologia de Emmanuel Lévinas. **Sequência**, Florianópolis, n. 60, p. 163-193, 2010.
- TERENTIUS. **The Self-Tormentor**. New York: Charles Scribner’s Sons, 1885.

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E OS MECANISMOS DE LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE E PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL

Paulo de Tarso Brandão¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho insere-se na área de concentração “Fundamentos do Direito Positivo” e na linha de pesquisa “Direito e Jurisdição” e decorre de pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – PPCJ/UNIVALI.

Ao lado do tema dos Princípios, tema que tem sido recorrente nas pesquisas desenvolvidas pelo autor, a limitação que eles devem, quando for o caso, sofrer é também uma matéria que merece um olhar mais acurado por parte dos pesquisadores e aplicadores direto do Direito. A Ponderação desempenha um papel importante, quer para a efetivação dos Direitos Fundamentais, quanto para que se tenha clara noção dos limites dos seus limites. No entanto, tanto Princípios quanto limitação de Direitos Fundamentais e Ponderação são ainda tratados sem um apurmo científico e metodológico adequados.

A pretensão deste artigo é fornecer uma leitura que pareça mais adequada para a garantia dos Direitos Fundamentais previstos e garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Primeiro é preciso atentar para a diferença, óbvia, mas nem sempre observada, entre Direitos Fundamentais e as Normas que os contemplam e os asseguram. Depois, é preciso renovar o entendimento já antigo sobre as formas de estabelecer Direitos Fundamentais em uma ordem constitucional.

Em segundo momento, é preciso separar os âmbitos das Normas da espécie regra das Normas da espécie princípios.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ e do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC. E-mail: brandao@floripa.com.br.

* Revisão: Maria Tereza Mascarenhas Passos.

Depois, é necessário, ainda, marcar a diferença entre os direitos fundamentais que podem e os que não podem ser limitados pela via da Ponderação. Para isso, é preciso estabelecer um acordo sobre o que se entende por Ponderação e também sobre as formas limites de Direitos Fundamentais.

O tema tem relevância maiúscula no direito brasileiro porque, não raras vezes, por descuido conceitual, Direitos Fundamentais são violados todos os dias inclusive no âmbito da prestação jurisdicional.

Mesmo incorrendo na inconveniência de insistir em apresentar conceitos e leituras já publicadas anteriormente, não há possibilidade de tratar o tema sem retornar aos fundamentos e estudos dos Direitos Fundamentais e ao sistema normativo da tradição de direitos adotado pelo Brasil.

O método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS NORMAS QUE OS ASSEGURAM

Pode parecer desnecessário falar que não se confundem os Direitos Fundamentais com as Normas que os preveem e os asseguram. Essa confusão, no entanto, é corrente entre autores e aplicadores diretos do Direito. Tanto é assim, que muitas vezes se fala na inexistência de Direitos Fundamentais absolutos, colocando-os todos em ordem de ponderação, sem levar em conta a natureza das normas que os contemplam.

Antes de seguir, abrindo parêntese, é crucial que se deixe claro sobre o que se está falando quando se trata sobre ser o Direito Fundamental absoluto ou não. Norberto Bobbio é muito claro e ajuda a compreender essa questão.

É possível afirmar-se, com base na lição de Norberto Bobbio, que não há qualquer Direito Fundamental que seja absoluto no sentido de que, sendo eles, os Direitos Fundamentais, construção (conquista) histórica, são mutáveis no espaço e no tempo. Pode ocorrer que certo contexto histórico determine a inclusão de limitação na atuação do Estado (negativo) ou de uma obrigação prestacional (positivo) e que as circunstâncias do tempo e do processo da própria caminhada histórica modifique o contexto e, com isso, venha a desaparecer a necessidade da limitação ou a obrigação perder o sentido ou, ainda, que a limitação deva se dar de outra forma. De outro lado, também pode ocorrer que determinada circunstância faça surgir a necessidade de enunciar e

assegurar nova situação configuradora de Direito Fundamental que até então não tenha surgido ou não tenha sido percebida como tal. Estas duas hipóteses infirmam a possibilidade de encontrar caráter absoluto nos Direitos Fundamentais, mas servem para demonstrar a impossibilidade de serem entendidos como de ordem natural (afastam qualquer forma de jusnaturalismo).²

Outra coisa, no entanto, é falar-se na inexistência de Direito Fundamental absoluto, sustentando que todos são relativos, e fundamentar a pretensão de colocá-los todos em grau de ponderação. Nesse sentido, que importa para o que se está argumentando, é possível dizer-se, e demonstrar-se, que para o momento de vigência da ordem constitucional eles são absolutos, na medida em que não se submetem, e não podem se submeter, a qualquer forma de limitação que não a estabelecida em Norma Constitucional, ou determinada ou autorizada por Norma Constitucional. O mesmo Bobbio afirma, na sequência, que no momento da vigência o direito é absoluto e exige cumprimento.³ Observe-se que absoluto aqui está em contraponto com relativo e não com provisório.

Fechado o parêntese, os Direitos Fundamentais são conquistas históricas das sociedades que são plasmadas em Normas que os asseguram. Na atualidade, as Normas constitucionais são as mais efetivas e representam uma maior garantia para a sua previsão. No entanto, antes mesmo do constitucionalismo na forma prevista hoje, normas da ordem do que hoje chamamos de infraconstitucionais já estabeleciam importante espectro de direitos que já eram fundamentais, na forma de Normas que hoje consideramos Regras. O exemplo mais claro e expressivo é o das normas de garantias do Direito Penal e as do Direito Processual Penal. Ainda hoje essas normas estão presentes no ordenamento infraconstitucional e incorporam o mesmo conteúdo, embora grande parte delas tenham sido, com melhor *status*, elevadas ao plano constitucional.

Segundo leciona Alexy, três são as formas (ou modelos) normativas de prever e garantir Direitos Fundamentais em uma ordem Constitucional: sistema puro de Princípios; sistema puro de Regras; sistema misto, composto de Regras e Princípios.⁴ Para o mesmo autor, a melhor forma para o sistema de direito da tradição da Alemanha, que é o mesmo brasileiro, é a misto, ou seja, a de Regras e Princípios.

No mesmo sentido do pensamento de Alexy, o Direito Constitucional Brasileiro está

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-25.

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-25

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121-144.

organizado de forma a contemplar Direitos Fundamentais em Normas da espécie Regras e em Norma da espécie Princípios. Observe-se que ambas as espécies de Normas são bem claras e distintas na Constituição brasileira e são perfeitamente identificadas (identificáveis, portanto) desde logo, sem que ocorra a hipótese, muitas vezes difundida, de somente saber-se a sua natureza no momento da aplicação. Esta observação é importante para a definição e a operação com o objeto do presente trabalho: limites dos Direitos Fundamentais e o papel da Ponderação.

Uma vez que a ordem constitucional é composta de Normas das espécies Regras e Princípios, é preciso antecipar que a Ponderação, como limitadora de Direitos Fundamentais, só será admissível no nível dos Princípios, como se verá mais adiante. Em razão disso, é preciso ficar muito claro o que seja Princípio para o âmbito do presente ensaio.

2. PRINCÍPIOS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS DA ESPÉCIE PRINCÍPIOS⁵

Antes mesmo de falar de Princípios Constitucionais, é preciso esclarecer as acepções possíveis da palavra Princípio, exatamente para tornar preciso o conceito de Princípios Constitucionais.

A palavra princípio tem diversas acepções, dentro e fora do âmbito do Direito. Para utilizá-la, portanto, é preciso indicar claramente a acepção que ela deve conter para a finalidade para a qual é usada. É por isso, como se verá, que a expressão Princípio Constitucional tem uma acepção própria e específica.

Antes de explicitar o conceito de Princípio Constitucional e para fins eminentemente pedagógicos, ver-se-ão as diversas acepções para a palavra Princípio.

Os dois principais Dicionários da Língua Portuguesa no Brasil o definem da seguinte forma:

Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico.⁶

1. O primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início [...] 2. o que serve de base à alguma coisa; causa primeira, raiz, razão. 3. ditame moral, regra, lei, preceito [...]

⁵ Esta matéria, seguindo o mesmo roteiro e dita da mesma forma, está em relatórios de pesquisa anteriores, produzidos pelo mesmo autor do presente trabalho.

⁶ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.393. Verbete: princípio.

4. proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos (princípios da física, da matemática). 4.1 fis. Lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas. 5. proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio... 6. fil. Fonte ou causa de uma ação. 7. fil. Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução.⁷

No âmbito do direito, no entanto, Princípio, que continua tendo uma pluralidade de sentidos, possui agora sentido mais limitado mas, mesmo assim, conhece especificidade própria para cada um de seus âmbitos.

Primeiro, no sentido de origem, de causa primária e também lei de caráter geral, encontram-se os chamados Princípios Gerais de Direito. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, estes princípios são forma de colmatação de eventual lacuna da lei na disposição do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁸ Também estiveram presentes como norma de clausura do sistema do Código de Processo Civil até recentemente vigente, que estabelecia em seu artigo 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito”.

Miguel Reale, após dividir os Princípios em *omnivalentes* – os que possuem validade para todos os ramos do saber –, *plurivalentes* – os “aplicáveis a vários campos do conhecimento” –, insere os Princípios Gerais do Direito entre os princípios *monovalentes*, porque somente têm validade no âmbito do Direito.⁹ Alerta Reale “que eles se desenvolvem no plano do Direito Positivo”,¹⁰ noção que é estratégica para compreender o que segue.

Princípio, ou Princípios, também é usado no Direito no sentido de marco inicial da construção dos diversos ramos do Direito e como indicadores da legislação e da sua aplicação para aquele campo específico. É por isso que cada vez que se inicia o estudo de um ramo do Direito, as primeiras lições versam sobre os princípios informativos e configuradores daquele ramo específico. Fala-se, portanto, nos Princípios básicos ou fundamentais do Direito Penal, do Direito Civil, do Direito Processual, do Direito Processual Civil, do Direito Processual Penal, do Direito do Trabalho, do Direito Tributário etc.

⁷ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.552. Verbete: princípio.

⁸ BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 300.

¹⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 302.

No Direito Constitucional não é diferente. No entanto, falar-se de Princípio no Direito Constitucional não necessariamente indica o conceito de Princípios Constitucionais, ao menos na acepção que se pretende explicitar e para a finalidade do presente trabalho.

Há inicialmente Princípios do Direito Constitucional que são iguais àqueles aplicáveis a todos os demais ramos do Direito, como ficou dito acima, e que servem de fundamentos básicos e como guias reitores da construção e da aplicação do Direito Constitucional.

Estes parâmetros, também denominados Princípios, são usados, por exemplo, no que Canotilho chama de “parametricidade do direito suprapositivo”. Ensina Canotilho: “A ordem jurídica global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas”.¹¹ Neste sentido, para Canotilho, os Princípios do Direito Constitucional utilizariam os chamados princípios implícitos para densificar os Princípios Constitucionais escritos na Constituição (Normas). Na lição fica clara a separação entre princípios e normas (conceitos para os quais chama-se a atenção para entender a outra acepção que virá mais adiante neste trabalho). Fica evidente na lição de Canotilho que neste caso a noção de Princípios não se confunde com a de Norma – saliente-se, insista-se! Para reforçar, veja-se a seguinte lição de Canotilho¹²:

Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmada.

Avançando na análise do Direito Constitucional é possível verificar que Princípio pode ser usado para parâmetros de interpretação das Normas Constitucionais. Mais uma vez a expressiva contribuição de Canotilho, que fornece um “catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional” que, esclarece, “foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante”.¹³ No catálogo que apresenta Canotilho contempla os princípios “da unidade da Constituição”, “do efeito integrador”, “da máxima efetividade”, “da ‘justeza’ ou da conformidade funcional”, “da concordância prática ou da harmonização”, “da força normativa da constituição”, “da interpretação das leis em conformidade com a constituição” e “da interpretação do direito

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 910.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 911.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1207.

interno em conformidade com o direito comunitário”.¹⁴

Finalmente fechando o foco da lente para o objetivo do trabalho, utiliza-se novamente Canotilho, agora somente para demonstrar o núcleo da sustentação, para fixar a designação de Princípios Constitucionais como espécie de Norma Constitucional. Sintetizando a modificação que se operou ao longo da história do constitucionalismo, ensina Canotilho: “A teoria da metodologia tradicional distinguia entre *normas* e *princípios* [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.¹⁵

Vale a pena ainda, mesmo que se possa pecar pela insistência, atentar que Canotilho estabelece clara diferença entre estes dois últimos planos, dentre os três que ele trata, ao afirmar que a diferença entre Princípios e Regras como espécies de Norma envolve certa complexidade e que,

Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.¹⁶

Fica claro, então, que quando se fala em Princípio ou Princípios no Direito Constitucional, não se pode confundir com as acepções de princípios estruturantes, princípios interpretativos, posto que eles serão espécie de Norma Constitucional.¹⁷

Esta última acepção, Princípios como espécie de Norma Constitucional, é aquela que se busca fixar para a finalidade do que se segue no presente trabalho.

Neste trabalho, portanto, ao tratar-se de Princípios Constitucionais, se está falando de Normas jurídicas da ordem constitucional, ficando fora dela todas as demais acepções tratadas acima.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1207 a 1212.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.144.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145.

¹⁷ Vai aqui uma discordância com Lenio Streck quando fala que os Princípios Constitucionais representariam a “superação dos princípios gerais do Direito”. Parece que o melhor entendimento é de que se tratam de elementos do Direito que não se confundem. Cada um opera no seu campo de especificidade, como bem deixa claro Canotilho nas lições acima referidas. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 138-150.

3. SISTEMA NORMATIVO QUE ESTABELECE E GARANTE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O legislador constitucional brasileiro optou, seguindo orientação dos mais importantes doutrinadores de Direito Constitucional que escrevem para a tradição do direito que o Brasil adota, por prever os Direitos Fundamentais em Regras e em Princípios. Dependendo da espécie de Norma eleita, a concretização de cada um desses direitos se dará de uma forma, segundo a opção do constituinte. Não se trata, é preciso deixar claro, da vaga ideia da vontade do legislador, tão criticada, mas simplesmente de levar a sério a Norma Constitucional que define e garante direitos fundamentais. Trata-se, como diz Alexy, “de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, levar a sério o texto constitucional”, uma vez que “é uma parte do postulado da vinculação à Constituição”.¹⁸

Para concretizar os Direitos Fundamentais assegurados na Constituição e cumprir a parte do postulado de vinculação à Constituição é preciso, no primeiro momento, identificar qual o tipo de Norma que efetivamente o assegura.

Outro ponto a ser considerado, para o mesmo fim de concretização, é da prevalência de qual tipo de Norma quando entre diferentes Direitos Fundamentais possam existir, reais ou aparentes, conflitos ou colisões. Claramente Alexy afirma, com muita propriedade, que as regras têm primazia na relação com os princípios. Após tecer considerações sobre o fato de as Regras e os Princípios serem normas e que o legislador constituinte opta por positivizar os Direitos Fundamentais em um ou outro tipo de Norma, diz que “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais a decisão a favor de certos princípios”. A seguir, afirmando que “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte”, conclui que “é por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”.¹⁹

4. OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A FUNÇÃO DA PONDERAÇÃO

Konrad Hesse, seguindo a mesma linha de raciocínio de Alexy, reconhece que os Direitos

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

Fundamentais (que chama de liberdades jurídico-fundamentais), são “liberdades jurídicas” e, por isso, podem ser limitados.²⁰

No entanto, explica o mesmo autor, essa limitação também deve ser jurídica e, por isso, “podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição”.²¹

Afirma Hesse que as formas de limitação devem ser buscadas nas próprias Normas. A primeira forma diz respeito ao alcance material da Norma que molda o Direito Fundamental, o que determinaria a limitação pela própria extensão da Norma. Outra forma de limitação está na presença de comandos normativos restritivos na própria Norma Constitucional que enuncia o direito fundamental. Ainda pode a Norma Constitucional que estabelece o direito fundamental determinar uma “reserva legal” pela qual “o legislador [infraconstitucional] fica autorizado a determinar os limites da garantia”. Faz neste ponto, uma diferenciação entre o que chama de restrição “por lei”, quando o próprio legislador efetua a limitação, e restrição “com base em uma lei”, quando o legislador “normaliza os pressupostos sob os quais órgãos do poder executivo ou judiciário podem, ou devem, realizar a limitação”.²²

A última forma de limitação, que ele chama de “coordenação de direitos de liberdades e outros bens jurídicos”, em que se encontram os Direitos Fundamentais estabelecidos no nível de Normas Constitucionais da espécie Princípios. Neste ponto observa que dos “limites da limitação admissíveis de Direitos Fundamentais pelo legislador, deve ser separada a questão sobre os limites do controle judicial dessa limitação”.²³ É neste espaço restrito, e só nele, que Hesse e Alexy admitem a ponderação. A ponderação, portanto, é uma forma de superação da eventual (observe-se: eventual!) colisão de normas da espécie princípio.

Quando trata do controle judicial dos limites, Konrad Hesse lança uma importante observação que deveria ser (e não é) observada no Brasil: “Aqui o juiz não deve pôr sua concepção no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos, a não ser que a liberdade de decisão do legislador, fundada na ordem democrática da Lei Fundamental, deva ser mais limitada do que a

²⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

²¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

²² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 251-253.

²³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

Constituição prevê”.²⁴ Ou seja, o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode ampliar o Direito Fundamental e nunca o restringir. Para ser claro: não pode ampliar a limitação do Direito Fundamental.

A não observância por parte do aplicador dos Direitos Fundamentais dessas formas de limitação, gera o que o autor denominou de “escavação interna”²⁵ de Direitos Fundamentais.

De forma sintética, se pode dizer que as limitações dos Direitos Fundamentais, na ordem constitucional brasileira, que envolvem o tema da Ponderação, são as seguintes:

a) Quando um Direito Fundamental é previsto na Constituição por meio de uma Norma da espécie Regra e não consta nela nenhuma limitação, não há que se falar em relativização do Direito Fundamental que vale de forma absoluta, no sentido que ao termo dá Norberto Bobbio quando trata do que chamou de momento de vigência;

b) Quando um Direito Fundamental é previsto na forma de Regra ou de Princípio e a própria Norma que o assegura prevê a limitação, então a limitação vale nos estritos limites da previsão constitucional. Também aqui, quando previsto em regra, não há possibilidade de Ponderação e quando previsto em Norma da espécie Princípio, a Ponderação poderá ocorrer na forma que será tratada no item “d”;

c) Quando um Direito Fundamental é previsto em Norma da espécie Regra ou em Norma da espécie Princípio e essa Norma autoriza que a limitação possa ser feita por norma infraconstitucional, então o limite vale nos estritos da norma infraconstitucional, obedecendo esta os limites estabelecidos na própria Norma Constitucional que a autoriza. Quando em regra esse o limite da limitação, quando na forma de Princípio, será possível a limitação na forma tratada no item “d”;

d) Quando um Direito Fundamental é estabelecido e/ou assegurado em Norma da espécie Princípio e (só e somente só) quando ele colida com um outro Direito Fundamental estabelecido em Norma Constitucional da espécie Princípio²⁶ então a forma de encontrar o Direito Fundamental que

²⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

²⁵ Expressão que, sinteticamente, quer indicar: “direitos fundamentais, apesar de sua vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva”. V. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 264.

²⁶ Muito importante que fique claro que se está falando aqui de Princípio como Norma Constitucional que prevê Direito Fundamental e não de qualquer outro Princípio, como os densificadores ou estruturantes tratados acima, e nem mesmo os Princípios inventados

no momento da aplicação deverá prevalecer será a Ponderação.

A Ponderação, portanto, é a última, e também limitada, possibilidade que o aplicador do Direito pode utilizar para limitar Direitos Fundamentais.

Ainda que seja repetitivo, é preciso lembrar que não haverá possibilidade de ocorrer a Ponderação na análise de um aparente conflito entre Direito Fundamental previsto em Regra e outro previsto em Norma do tipo Princípio, porque a Regra tem primazia em relação ao Princípio, como claramente ensina Alexy em lição destacada acima.

Não se pode falar que todos os Direitos Fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro estão em ordem de Ponderação, posto que os que estão previstos em Norma da espécie Regras não estão, assim como não estão aqueles estabelecidos ou assegurados em Norma da espécie Princípio quando não ocorra colisão com outro também estabelecido em Norma da espécie Princípio.

Também é importante ficar claro que não há razão para negar-se a possibilidade da existência de Ponderação no contexto da Constituição brasileira, negativa que tem se dado com base em autores que não escrevem para a tradição jurídica da família de Direito seguida pelo Brasil, porque se trata de instituto que está de acordo e é fundamental para que se possa garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais.

A importância de ter clara essa ideia não é só para saber quando se pode ponderar e com isso limitar Direitos Fundamentais, mas também para que se tenha claro quando a Ponderação não é admissível e, com isso, não permitir a violação dessa importante classe de Direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da Ponderação e, por consequência, da limitação dos Direitos Fundamentais no Brasil tem sido trabalhado de forma que desperdiça o nível da efetividade. Um pouco pela falta de noção do sistema de Normas que estabelecem e garantem Direitos Fundamentais na ordem constitucional brasileira; um pouco pela equivocada noção de limites dos Direitos Fundamentais; muito pela errônea ideia de Ponderação.

(denunciados por alguns autores com panprincípios) somente para desequilibrar o sistema normativo de Direitos Fundamentais e estabelecer Ponderações incompatíveis com o ordenamento constitucional brasileiro.

Como ficou dito no corpo do trabalho, o constituinte brasileiro optou por estabelecer e garantir Direitos Fundamentais a partir de um sistema misto de Normas da espécie Regras e Normas da espécie Princípios. Os Direitos Fundamentais previstos em Regras não admitem Ponderação de qualquer espécie, porque o legislador constitucional já a fez no momento próprio. Já os Direitos Fundamentais previstos na forma de Princípios admitem, em casos específicos, a Ponderação, como forma de limitação.

A limitação de Direitos Fundamentais é necessária, em alguns casos, diante da complexidade da ordem jurídica, para que não se faça da Constituição um instrumento que necessite de mudança legislativa constante. No entanto, essa limitação deve obedecer aos parâmetros jurídicos determinados pela própria Constituição. Logo, nem todos os Direitos Fundamentais admitem limites além daqueles determinados pelo legislador constitucional, pela razão lógica de que este deve ser levado a sério. Outros admitem, mas também estão balizados pela própria sistemática determinada pela natureza da Norma que os prevê. A Ponderação é um instrumento necessário para que possa admitir a limitação sem sacrificar o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais, nos casos em que ela é cabível.

A Ponderação, por fim, da forma como vem sendo entendida, termina por ser um elemento de desconstrução do sistema de garantias determinado pelos Direitos Fundamentais muito mais do que um elemento que lhes confira eficácia. Essa desconstrução se dá por duas posições radicalmente contrárias e que operam da mesma forma perniciosa. De um lado, encontra-se a posição dos que entendem que o Direito Constitucional brasileiro admite a Ponderação em qualquer hipótese, relativizando ao extremo os Direitos Fundamentais. Estes estão entre aqueles que enunciam que “não direito fundamental absoluto”. Na posição oposta estão aqueles que acusam Alexy por admitir a Ponderação, pensando com teorias que não se aplicam ao sistema jurídico da família de Direitos adotado pelo Brasil. Estes não admitem Ponderação em qualquer hipótese.

Diante de todos esses problemas, o presente trabalho pretende fornecer elementos para o diálogo que possa superar esses equívocos e buscar a tão esperada efetividade dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

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

Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.393. Verbetes: princípio.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.552. Verbetes: princípio.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

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

CLÁUSULAS PÉTREAS E O MITO DE ULISSES E AS SEREIAS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL A PARTIR DA OBRA DE JON ELSTER

Érika Louise Bastos Calazans¹

Nestor Castilho Gomes²

INTRODUÇÃO

Uma analogia bastante comum no seio da teoria constitucional é aquela que tenta relacionar as cláusulas pétreas ao “mito de Ulisses e as sereias”. Há farta reprodução dessa explanação na bibliografia nacional e estrangeira. O presente trabalho pretende analisar a viabilidade teórica do discurso que sustenta as cláusulas pétreas como formas de “auto-restrições” e/ou “pré-compromissos”. O problema objeto do artigo é: as cláusulas pétreas podem ser designadas como formas de auto-restrição e/ou pré-compromisso? Trata-se de um objetivo modesto. A discussão sobre as cláusulas pétreas se insere num amplo debate entre constitucionalismo e democracia. Essa disputa pode assumir diversos aspectos como: (i) quais são os direitos que devem ser circunscritos como cláusulas pétreas? (ii) se é necessária uma estrutura política para proteção dos direitos fundamentais em face da atividade legislativa ordinária; (iii) se é legítimo o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário de forma contramajoritária. Tais questões não serão enfrentadas no presente artigo. Sobre o tema, remetemos o leitor a outros trabalhos³.

A justificativa para o estudo proposto decorre do fato da vinculação das cláusulas pétreas ao

¹ Pós-doutoranda pela Universidade Federal de Santa Catarina, com bolsa de pesquisa do Programa Nacional de Pós Doutorado da CAPES (PNPD/CAPES), Ph.D em Direito Internacional pela Universidade de Kobe (Japão), com bolsa de pesquisa “Monbukagakusho” do governo japonês e mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito Internacional e Direito Constitucional. Advogada. E-mail: erikacalazans@gmail.com

² Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, professor de Direito Constitucional e Processo Constitucional na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado. E-mail: nestorcastilho@bh.adv.br

³ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999; CONSANI, Cristina Foroni. **A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo**. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.º 2, p. 143-173, 2014; GARGARELLA, Roberto. **Los jueces frente al “coto vedado”**; BAYÓN, Juan Calos. **Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo**; MORESO, Juan José. **Derechos e justiça procedimental imperfeita**; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição com o reserva de justiça**.

pré-compromisso de Ulisses ter-se tornado senso comum, reproduzido insistentemente no âmbito da teoria constitucional (nem sempre de forma crítica). No âmbito do Poder Judiciário também são encontradas menções. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário de n.º 633703/MG, cujo objeto era a Lei da Ficha Limpa (LC n.º 135/2010) faz alusão ao mito de Ulisses e as sereias⁴.

Para além disso, uma análise crítica das cláusulas pétreas é importante na medida em que estas cresceram consideravelmente no decorrer do séc. XX. Até o pós-guerra a existência de cláusulas pétreas era incomum, sendo encontradas na Constituição dos Estados Unidos, Noruega e França. Atualmente, a existência de cláusulas pétreas parece ser a regra. Diversos países retiraram a possibilidade de revisão de cláusulas que versam sobre os mais variados temas, como forma de Estado (Brasil, 1988), forma de governo (França, 1958, Itália, 1947), religião (Marrocos, 1962, Afeganistão, 1964) ou direitos fundamentais (República Tcheca, 1992, Grécia, 1975, Portugal, 1976, Alemanha, 1949, Brasil, 1988)⁵.

A segunda seção cuidará de recapitular o mito de Ulisses, formulado na Odisseia, de Homero, bem como expor alguns exemplos da literatura constitucional brasileira que relacionam as cláusulas pétreas ao referido mito. Na terceira seção é apresentada a teoria da restrição e a teoria da racionalidade imperfeita, ambas desenvolvidas por Jon Elster. Como decorrência da análise das referidas teorias exsurge o conceito de *pré-compromisso*, ideia central da democracia constitucional contemporânea.

Na quarta seção é problematizado o pensamento de constituições e cláusulas pétreas como auto-restrições e/ou pré-compromissos. Nesse intento, são convocados autores como Roberto Gargarella, Stephen Holmes, Jon Elster, entre outros.

Na quinta seção o trabalho aponta alguns mecanismos restritivos que podem promover maior eficiência, em especial o bicameralismo, a exigência de maiorias qualificadas e atrasos no processo legislativo. Em conclusão, as principais teses expostas são revistas e sistematizadas.

⁴ Especificamente o voto do Min. Luiz Fux.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. **Comentário ao artigo 60**. In: 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. 1126; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n.º 10, 2007.

2. AS CLÁUSULAS PÉTREAS E O MITO DE ULÍSSES: UMA ANALOGIA DE SUCESSO

A utilização de mitos pela ciência não é algo novo. Freud, por exemplo, sistematicamente recorreu aos mitos e às metáforas mitológicas para abordar e explicar fenômenos como a organização libidinal e o nascimento da cultura⁶. A força da utilização do mito de Ulisses na ciência do direito e na ciência política não é, portanto, desarrazoada. Os mitos estão profundamente entranhados no modo de pensar e sentir da sociedade e são importantes para a organização social e cultural⁷. Igualmente, as metáforas possuem valor cognitivo e são importantes mecanismos de criação de novos sentidos.

A Odisseia conta, em forma de poema, a história da volta para casa do veterano de guerra e marinheiro Ulisses⁸. O trajeto de retorno para Ítaca dura quase 20 anos e é pleno de provações promovidas pelos deuses ao herói da Guerra de Tróia, dentre elas a travessia pela ilha das sereias. O mito de Ulisses e as sereias está no Livro XII da Odisseia. Ulisses descreve que Circe lhe procurou para ensinar como evitar os perigos em mar e terra durante a travessia. A deusa aconselha Ulisses a tapar as orelhas dos marinheiros com cera. De outro lado, Ulisses poderia, se quisesse, ouvir a vocal melodia das sereias. Afirma Circe: “passa ao largo e tampa os ouvidos dos companheiros com amolecida cera melosa, para que nenhum outro ouça; mas tu mesmo, se quiseses, ouve após te prenderem as mãos e os pés na nau veloz, reto no mastro, e nele se amarrem os cabos, para que te deleites com a voz das duas sirenas⁹. Se suplicares aos companheiros que te soltem, que eles com ainda mais laços te prendam”. Após Circe retirar-se no luzir da aurora, Ulisses relata aos marinheiros o que a deusa das deusas lhe disse: “Ouvi [sic] meu discurso, companheiros, mesmo sofrendo. Amigos, não carece que só um ou dois conheçam os ditos divinos que Circe me anunciou, deusa divina. Assim eu falarei, para que, cientes, ou morramos ou, evitando a perdição da morte, escapemos. Das sirenas prodigiosas, primeiro, mandou que evitemos sua voz e o prado florido.

⁶ Vide, por exemplo, a utilização do “complexo de Édipo” em “Três ensaios sobre a teoria da sexualidade” ou do mito da horda primitiva e do assassinato do pai em “Totem e Tabu”.

⁷ CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 34.

⁸ Também conhecido por Odisseu, a depender da tradução.

⁹ A tradução de Christian Werner utiliza a expressão “sirenas”. Segundo o tradutor, sereias provêm de mitos nórdicos: “Assim, adotei Sirenas (na Odisseia, apenas duas criaturas que vivem numa ilha) para quebrar a ideia comum de que as criaturas que Odisseu encontra em sua viagem se assemelham às sereias da mitologia nórdica. Diversos idiomas possuem dois termos distintos para essas criaturas bastante diversas (em inglês, *mermaids* e *sirens*). O artigo trabalho insiste na expressão *sereias*, bem como em nominar o protagonista como *Ulisses* (em detrimento de Odisseu), dada a consolidação das expressões nos principais trabalhos jurídicos, especialmente aqueles que versam sobre cláusulas pétreas. HOMERO. **Odisseia**. trad. Christian Werner. São Paulo: Cosac Naify.

Mandou ainda que só eu a voz ouvisse¹⁰; pois a mim, com nó apertado prendei, para, imóvel, eu aí mesmo quedar, reto no mastro, e nele fiquem amarrados os cabos. Se eu vos suplicar e solicitar que me soltem, que então vós com mais laços me amarreis”. Após o discurso Ulisses entope os ouvidos dos marinheiros com cera e é amarrado ao mastro com cordas. Ao passar pela ilha das sereias, encantado com a harmonia, Ulisses acena para que os marinheiros o soltem. Entretanto, os homens permanecem remando. Na sequência, Perímedes e Euríloco, com mais cordas amarram e apertam Ulisses.

O mito de Ulisses encontrou grande recepção no contexto constitucional. A analogia foi elaborada originalmente por Jon Elster na obra “Ulisses e as Sereias”, publicada em 1974. Elster recuaria em alguns conceitos básicos no livro “Ulisses liberto: ensaios sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições”, publicado em 2000. Na bibliografia constitucional brasileira a utilização do mito de Ulisses como recurso didático é frequente.

Gilmar Mendes se vale do exemplo ao sustentar que as cláusulas pétreas têm a função de inibir a tentativa de abolir o seu projeto básico. Nos dizeres de Mendes: “pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro”¹¹. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto dissertam sobre o mito de Ulisses ao abordar as linhas de justificação dos limites materiais ao poder de reforma. Uma das possibilidades de defesa das cláusulas pétreas seria a ideia de pré-compromisso. As cláusulas pétreas seriam um pré-compromisso popular assumido durante o momento constituinte¹². Oscar Vilhena, por outro lado, sustenta que a Constituição Federal de 1988 foi dotada de cláusulas *super-constitucionais*, cujo propósito é manter um cerne inalterável no texto de 1988. Vilhena recorre ao mito de Ulisses para justificar a necessidade de referidas cláusulas: “um constitucionalismo fortalecido por dispositivos super-constitucionais, como os inscritos no texto de 1988, pode servir como proteção contra paixões daqueles envolvidos pelo canto mítico das sereias ou simples inconsistências temporais, a

¹⁰ Fernando H. Llano Alonso pergunta qual foi a motivação de Ulisses ao pedir que os marinheiros o atassem ao mastro: “foi, quem sabe, um caso paradigmático de pré-compromisso contra a atrativa tentação [...] que sobre a vontade de seus homens e sobre a sua exerceriam o doce canto das sereias ou, pelo contrário, o que na verdade pretendeu com esta dupla estratégia restritiva (essencial) foi obter um benefício pessoal? Eu, em particular, me inclino em favor da segunda opção, porquanto que no relato que faz a seus homens de seu encontro com Circe e de seu vaticínio omite um dado fundamental: que, na realidade, Circe não lhe ordenou que somente ele escutasse a voz das sereias; em rigor essa opção foi um poder facultativo que a Deusa deixou a livre eleição de Ulisses (sem chegar a impor-lhe, portanto, essa decisão)”. ALONSO, Fernando H. Llano. **El procedimiento no formalista de Jon Elster y su proyección en ele debate teórico e iusfilosófico contemporáneo**. (tradução livre).

¹¹ MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 219.

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 295-297.

que estamos todos sujeitos”¹³.

3. JUSTIFICAÇÃO DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE: A RACIONALIDADE DAS AÇÕES E A RACIONALIDADE IMPERFEITA

O mito de Ulisses guarda relação com a “teoria da restrição” e a “teoria da racionalidade imperfeita”. A teoria da restrição é abordada por Elster no livro “Ulisses Liberto”. De outro lado, a teoria da racionalidade imperfeita é objeto de diversos estudos formulados pelo autor norueguês. Acerca da primeira, importa dizer que a restrição da própria liberdade pode ser uma alternativa racional e justificável. Elster sustenta que às vezes menos é mais, isto é, há benefícios em se ter menos oportunidades do que em se ter mais¹⁴. Em determinadas ocasiões o indivíduo “pode se beneficiar de ter opções específicas indisponíveis, ou disponíveis com certo atraso ou a um custo mais elevado”¹⁵. Tais proposições vão de encontro ao senso comum de que gozar sempre do maior número de opções é algo salutar e desejável.

A racionalidade imperfeita é abordada sobretudo em “Ulisses e as Sereias”. Elster pretende, por meio de vários ensaios, analisar o comportamento racional e o irracional. Segundo o autor, a racionalidade especificamente humana se caracteriza pela capacidade de se relacionar com o futuro, em comparação com a míope e gradual evolução pela seleção natural¹⁶. O que caracteriza os seres humanos é a capacidade de tomar decisões com base nas suas expectativas do futuro. A racionalidade diz que se você deseja atingir Y, deve fazer X¹⁷. Para além disso, o homem também é capaz de agir estrategicamente.

Já a ideia da conduta imperfeitamente racional decorre da fraqueza de vontade, que pode nos impedir de *utilizar* nossa capacidade de conduta perfeitamente racional¹⁸. Conforme sustenta

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição com o reserva de justiça**. p. 59.

¹⁴ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 11.

¹⁵ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 12. É o caso de diversas situações de debilidade da vontade, como estratégias para deixar de fumar ou impedir o saque antecipado da aposentadoria privada. O sujeito pode escolher passar o final de semana num lugar sem cigarros à disposição, *e. g.*, um navio (indisponibilidade), ou pagar uma multa de 40% em caso de saque antes do período determinado (custo mais elevado).

¹⁶ ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**. Trad. Juan José Utrilla. Ed. Eletrônica. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2015. p. XX de 5123.

¹⁷ ELSTER, Jon. **Racionalidade e normas sociais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 5, n. 12, p. 55-69, fev. 1990.

¹⁸ ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**, p. 26-44 de 5123.

Fernando H. L. Alonso, Ulisses é o arquétipo de teoria da racionalidade imperfeita¹⁹.

Segundo Elster, Ulisses não era completamente racional, pois um ser racional não precisaria apelar ao artifício de ser amarrado por seus colegas. Porém, isso não significa necessariamente que Ulisses fosse passivo e irracional frente aos seus caprichos e desejos. Ao fim e ao cabo, Ulisses foi capaz de alcançar, por meios indiretos, o mesmo fim que uma pessoa racional poderia alcançar diretamente. Franz Kafka, no artigo “O silêncio das Sereias”, afirma que o estratagema de Ulisses comprova que “mesmo meio insuficientes, e até, infantis, podem servir à salvação”²⁰. Ulisses é fraco e sabe de antemão que o é. Porém, sabe que, para alcançar Y, deve fazer X. A situação de Ulisses justifica a necessidade de elaboração de uma *teoria da racionalidade imperfeita*²¹.

Para Elster a auto-restrição é um modo privilegiado de resolver o problema da fraqueza de vontade e a principal técnica para lograr a racionalidade por meios indiretos²². Elster fornece um sem número de exemplos práticos de racionalidade imperfeita no universo cotidiano. Os viciados, por exemplo, estabelecem diversos pré-compromissos de auto-restrição com vistas a largar o vício. No intuito de evitar recaídas, um viciado em álcool pode: (i) trancar as bebidas no armário e jogar a chave fora; (ii) dar a chave para alguém²³; (iii) impor custos²⁴; (iv) criar recompensas²⁵; (v) criar atrasos. Em suma, sabendo que há grande probabilidade de num tempo T2, alterar a preferência fixada num tempo T1 (opção pela saúde), o indivíduo resolve auto restringir-se. O ponto fundamental é que a mudança esperada na probabilidade da ação posterior deverá ser o motivo da ação primeira.

Em “Ulisses e as Sereias” Elster se dá conta que o problema de Ulisses também intervém nas discussões políticas, mormente no problema da *democracia* e do *estado capitalista*²⁶. Para Moreso, “a ideia do pré-compromisso vem adequadamente expressada na ideia da democracia

¹⁹ ALONSO, Fernando H. Llano. **El procedimiento no formalista de Jon Elster y su proyección em ele debate teórico e iusfilosófico contemporáneo**.

²⁰ KAFKA, Franz. **O silêncio das sereias**. In: Odisséia. p. 483.

²¹ ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**, p. 936 de 5123.

²² ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**, p. 936 de 5123.

²³ Sinteticamente, o objetivo é recrutar um terceiro que impeça o viciado de acessar a droga. Essa estratégia depende da firmeza do terceiro convocado para a tarefa.

²⁴ Um viciado pode tomar *dissulfiram*, droga que, se tomada regularmente, tem o efeito de tornar o alcoólatra doente ao beber. p. 93

²⁵ Elster exemplifica citando os contratos de contingência, em que um viciado deposita uma soma de dinheiro no início do tratamento e vai sendo reembolsado conforme as metas de abstinência vão sendo cumpridas. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 96.

²⁶ ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**, p. 1976 de 5123.

constitucional. Determinadas matérias [...] estão fora da agenda política cotidiana, e portanto, dos debates público e legislativo [...]”²⁷. A questão que se coloca é se a teoria das auto-restrições individuais pode ser transplantada para o plano coletivo sem um déficit explicativo. É a tarefa da próxima seção.

4. CONSTITUIÇÕES COMO AUTO-RESTRIÇÕES E/OU PRÉ-COMPROMISSOS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL

Conforme sustenta Elster, é frequente a invocação das Constituições políticas como dispositivos de pré-compromisso ou auto-restrição. A visão tradicional sustenta que as constituições visam “prevenir que os agentes regulamentados ajam com base em impulsos súbitos e irrefletidos”²⁸. As Constituições exerceriam o papel de proteger os políticos de tomarem decisões insensatas e/ou equivocadas. John Potter Stockton, Friedrich Hayek e Cass Sustein refletem esse posicionamento, ao sustentarem, respectivamente, que: “constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seus momentos de frenesi”, “uma constituição é um laço imposto por Pedro, quando sóbrio, sobre Pedro, quando bêbado”, “as estratégias de pré-compromissos constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza de vontade da coletividade”²⁹.

Todavia, a ideia de uma sociedade restringindo “a si mesma” é controversa. Segundo Elster, a noção de auto-restrição individual não pode ser transplantada para o plano coletivo sem maiores indagações. Em verdade, é falsa a analogia entre auto-restrições individuais e coletivas. Roberto Gargarella sustenta que existem diversas razões para refutar a pertinência da metáfora de Ulisses para explicar e justificar comportamentos sociais, vinculados ao desenvolvimento constitucional. Para Gargarella, a analogia comporta dois obstáculos: (i) o problema da identidade, e; (ii) o problema da pluralidade de membros.

Para Gargarella, a metáfora de Ulisses é um caso clássico de auto-paternalismo comprovado: no tempo T1, Ulisses decide limitar o raio de ações que pode realizar Ulisses no tempo T2³⁰. Em suma: Ulisses limita a si mesmo. Essa situação de fato é diferente daquela em que uma sociedade

²⁷ MORESO, Juan José. *Direitos e justiça procedimental imperfeita*.

²⁸ ELSTER, Jon. *Forças e mecanismos no processo de elaboração da Constituição*. p. 27.

²⁹ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*, 2009. p. 120.

³⁰ GARGARELLA, Roberto. *Los jueces frente al “coto vedado”*. p. 55.

decide adotar um texto constitucional. Ulisses promove uma limitação individual, ao passo que a rigidez constitucional tem um caráter supra-individual, pois cerceia o conjunto da sociedade³¹. Nessa situação, a sociedade S, no tempo T1, decide limitar a si mesma e as posteriores, no tempo T2³². A geração que adotou a constituição estabelece limites às gerações futuras que, independentemente de sua vontade, se encontrarão à mercê de tal documento, de cuja elaboração não participaram. Segundo Gargarella: “la violación de tal requisito de identidad (un requisito que es dejado de lado, a menos que se asuma, implausiblemente, que siempre hablamos de una misma y única sociedad, aunque hayan cambiado la totalidad de sus miembros) distorciona completamente el sentido del ejemplo de Ulises, y la justificabilidad que, en aquel caso, acompañaba al ejercicio del paternalismo”³³. Elster caminha no mesmo sentido, ao negar que as constituições (e, por consequência, as cláusulas pétéreas) sejam exemplos de auto-restrição. Isso porque as constituições podem restringir os outros: “a auto-restrição é uma operação reflexiva. Um agente, A, restringe o mesmo agente, A”³⁴. Como visto, não é o que ocorre em relação as constituições e, por consequência, as cláusulas pétéreas.

O segundo problema que impede a comparação da Constituição com o caso de Ulisses é o denominado problema da pluralidade de membros. Na lição de Gargarella, quando dizemos que uma certa sociedade dita sua constituição, apelamos a convenções linguísticas e a formalismos jurídicos que nos autorizam a utilizar tais expressões³⁵. Isso porque a sociedade não é um “corpo” único ou um “organismo físico”. A ideia de uma sociedade como “corpo” parece advir da imagem supra-individual e metafísica da “Nação” como titular do poder constituinte, consagrada no final do séc. XVIII e parte do século XIX³⁶. Em verdade, uma certa parte da sociedade, a assembleia

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição com o reserva de justiça**. p. 54.

³² Nos dizeres de Consani: “Isso revela uma profunda desconfiança da capacidade do povo em tomar decisões corretas, haja vista que a proposta constitucionalista T2 parece ocorrer no tempo padrão dos cidadãos nas sociedades contemporâneas”. CONSANI, Cristina Foroni. **A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo**. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.º 2, p. 143-173, 2014.

³³ GARGARELLA, Roberto. **Los jueces frente al “coto vedado”**. p. 55.

³⁴ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, 2009. p. 346.

³⁵ GARGARELLA, Roberto. **Los jueces frente al “coto vedado”**. p. 56.

³⁶ A nação como titular do poder constituinte remete sobretudo às primeiras constituições francesas. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto lecionam que na Constituição Francesa de 1791, “o conceito de poder constituinte, tal como formulado por Sieyès, foi claramente recepcionado. Em seu Título III, a Constituição declarava que a soberania era “una, indivisível, inalienável e imprescritível” (art. 1), e que a Nação era a fonte “única” da qual emanavam “todos os poderes” (art. 2). Mas como a nação não podia exercê-los “senão por delegação”, a Constituição francesa era “representativa”: os representantes eram “os Corpos legislativos e o Rei” (art. 2)”. Por conta disso, “a ênfase na unidade e na permanência, como elementos da nação, seria recepcionada pela Assembleia Constituinte francesa de 1791, permitindo que esta despojasse o poder constituinte das exigências de participação do povo, inerentes à soberania popular”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp.

constitucional, por exemplo, adota uma constituição que é ratificada por todos (na melhor das hipóteses) ou pela maioria dos cidadãos, num caso democrático (na pior das hipóteses)³⁷. Novamente, essa situação de fato difere daquela vivenciada por Ulisses. Conforme adverte Gargarella, no caso da sociedade que dita a Constituição, surge “la posibilidad de que la minoría que elaboró la Constitución “ate las manos” del resto de la sociedad, dejando libre las propias (una eventualidad que, según creo, se ha concretado en el curso de la historia constitucional “real” de muchos países occidentales [...])”³⁸. Elster fornece diversos exemplos nesse sentido. Uma possibilidade são as assembleias constitucionais eleitas pelo sufrágio censitário. Muito provavelmente, os representantes eleitos representarão apenas uma minoria da sociedade. Exemplo histórico é a Constituição Francesa de 1791. Fernando Sgarbossa aduz que “as observações [de Elster] impactam visões tradicionais que consideram a constituição como instrumento de proteção da minoria contra a maioria”³⁹. Elster, ao citar Thornton Anderson acerca da Convenção federal americana, fornece exemplo concreto de proteção dos interesses da minoria contra a maioria: “os Pais fundadores..., ao defender a propriedade contra previsíveis maiorias dos sem propriedade, transmitiram para a posteridade um sistema pouco flexível”⁴⁰.

Oscar Vilhena, recorrendo a Carl Schmitt, nos lembra que as limitações materiais ao poder de reforma podem servir como meios de fechar as portas aos inimigos derrotados nas assembleias constituintes. Esses seriam os casos da Constituição Brasileira de 1891 ou da Constituição Francesa de 1884, que vedaram a possibilidade de alteração da forma de governo por meio de emenda constitucional aos monarquistas, notórios inimigos do novo regime recém implantado⁴¹.

Essa situação também é abordada por Elster, ainda que sob ângulo diverso. A teoria do pré-compromisso individual é usualmente transplantada para o plano coletivo, sem a devida atenção acerca do problema da unidade da vontade. Todavia, tanto o indivíduo quanto a coletividade não

³⁷GARGARELLA, Roberto. *Los jueces frente al “coto vedado”*. p. 56.

³⁸GARGARELLA, Roberto. *Los jueces frente al “coto vedado”*. p. 56.

³⁹SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Geziela. *As constituições como auto-restrição ou como restrição ao outro: uma comparação entre as visões de Elster e Buchanan-Tullock*. In: Revista Argumentum – RA, Marília, v. 16, pp.17-36, Jan.-Dez. 2015. p. 21.

⁴⁰ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*, p. 125. Elster fornece outro exemplo sobre possibilidade de restrição da minoria pela maioria: “[...] mesmo com o sufrágio universal, a maioria pode agir estrategicamente para restringir a minoria, incluindo uma lei na Constituição em vez de promulgá-la como lei ordinária. Suponha que 51% dos constituintes queiram proteger a propriedade, mas temam que seu ponto de vista possa logo se tornar uma opinião minoritária junto à população. Nesse caso, podem fortalecer seu ponto de vista usando sua maioria de 51% para exigir uma maioria de 67% para desfazer essa disposição. Falar de auto-restrição em tais casos é hipocrisia”. ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*, p. 125.

⁴¹VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição com o reserva de justiça*. p. 54.

são unitários, mas divididos. No caso do indivíduo, muitas vezes uma parte de si, mais racional, quer proteger-se da outra parte, irracional (*vide* o exemplo mitológico de Ulisses ou o exemplo cotidiano dos fumantes). Assim, podem ser estabelecidos diversos dispositivos de pré-compromisso. O fato é que, apesar de dividido, uma parte do sujeito está no comando e é capaz de um planejamento de longo prazo⁴². Todavia, no plano coletivo, as razões da divisão são outras. As sociedades são compostas por uma pluralidade de indivíduos e ninguém está no “comando”. As sociedades tampouco têm um ego e um superego. Nas sociedades contemporâneas, nenhum grupo tem legitimidade para afirmar representar o interesse geral. Na lição de Elster: “frequentemente, as constituições são impostas sobre as minorias e sobre as gerações futuras segundo o interesse de uma maioria da geração fundadora”⁴³.

Segundo Elster, uma tentativa de salvar o conceito de auto-restrição seria sustentar um “eu” restringindo um outro “eu”, isto é, um “eu” futuro. Em exemplo seria o jovem que promete parar de fumar quando completar 40 anos, sob pena de cometer suicídio. Apesar da verossimilhança da promessa, ninguém contrata um assassino profissional para que a promessa seja efetivamente cumprida na data aprazada⁴⁴. A auto-restrição pressupõe que a pessoa instaura dispositivos limitadores da sua própria vontade, pois sabe que poderá fazer aquilo que não deseja fazer. Como visto, trata-se sempre de restrição a si próprio e não a um terceiro. Não é o caso das constituições e das cláusulas pétreas, que invariavelmente intencionam restringir gerações futuras. Vejamos:

O caso inverso surge quando o conceito de auto-restrição é aplicado ao que é, na verdade, um caso de restrição a outros. Muitos escritores, até eu mesmo, têm-se referido à elaboração de uma constituição como uma forma de auto-restrição. Mais uma vez, essa linguagem pode ser aceitável como uma metáfora, mas é muitas vezes problemática se tomada literalmente. Quando uma geração fundadora limita a liberdade de ação de gerações futuras, o termo auto-restrição pode ser enganador. A justificativa moral da auto-restrição no sentido literal não se transfere para esse sentido metafórico: os fundadores não podem reivindicar o direito de restringir seus sucessores.⁴⁵

De fato, o indivíduo que quer se auto-restringir pode confiar a tarefa à um terceiro. Entretanto, não existe nada externo à sociedade, o que torna a analogia extremamente restrita⁴⁶. As sociedades não podem confiar a sua vontade a estruturas alheias ao seu próprio controle: os

⁴² ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 213.

⁴³ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 214

⁴⁴ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 348.

⁴⁵ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 349.

⁴⁶ Uma possibilidade seria a abdicação de poder ao F.M.I. ou a concessão da direção de determinados aspetos da economia a um Banco Central independente.

vínculos sempre podem ser rompidos se as sociedades assim o desejarem⁴⁷. Em “Ulisses Liberto” Elster reitera o problema ao afirmar que, do ponto de vista lógico, um país, diferentemente de um indivíduo, “não pode utilizar um sistema legal para se restringir ou para consolidar um estilo de vida. Não há mais ninguém que possa obrigar um país a manter um estilo de vida”⁴⁸. As observações de Elster decorrem das tentativas de fundamentalistas iranianos obrigarem legalmente as gerações futuras a manterem um “modo de vida islâmico”. Ora, se os futuros iranianos, influenciados, *e.g.*, pela cultura ocidental, quiserem se rebelar contra a doutrina islâmica, nada nem ninguém poderá impedi-los.

A ideia de pré-compromisso parece, portanto, equivocada. Todo compromisso pressupõe a manifestação de vontades autônomas. Ocorre que a constituição é elaborada também para gerações futuras. Essa situação problemática já foi diagnosticada no século XVIII. Thomas Paine defendia que a geração atual tem o direito ilimitado e ilimitável de remodelar as instituições sob as quais vive. O único consentimento que legitima qualquer forma de governo é o “consentimento dos vivos”⁴⁹. O mesmo argumento foi encampado por Thomas Jefferson ao sustentar que “a terra pertence aos vivos e não aos mortos”. Para o terceiro presidente norte-americano “pela lei da natureza, uma geração é em relação a outra como uma nação independente”⁵⁰. Essa concepção sincrônica de povo parecer ser a mesma adotada por Jeremy Waldron. O autor neozelandês aduz que as cláusulas pétreas ofendem a autonomia e a responsabilidade dos cidadãos. Mais do que isso, promovem uma desigualdade de consideração entre os formuladores da constituição e os demais cidadãos. Os primeiros são vistos como sujeitos confiáveis e pautados apenas no interesse comum, ao passo que os segundos são vistos com desconfiança, pois seriam movidos por interesses e paixões⁵¹.

Finalmente, convém ressaltar que, por mais que as constituições e as cláusulas pétreas tenham o objetivo de restringir terceiros, muitas vezes esses dispositivos podem não restringir de forma alguma. Segundo o autor norueguês: “As constituições são geralmente projetadas para tornar

⁴⁷ ELSTER, Jon. **A possibilidade da política racional**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14, n.º 29. p. 25.

⁴⁸ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 81.

⁴⁹ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁵⁰ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁵¹ CONSANI, Cristina Foroni. **A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo**. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.º 2, p. 143-173, 2014.

difícil, mas não impossível a mudança de suas disposições em comparação com a legislação ordinária. Embora algumas constituições tenham disposições imunes a emendas, mesmo essas não restringem em um sentido rígido, pois a ação extraconstitucional sempre continua possível⁵². É o que também sustenta Miguel Carbonell ao afirmar a possibilidade de mudanças constitucionais por meio do *poder de fato*. Nessa hipótese restam sem sentido as cláusulas pétreas e o ordenamento jurídico-constitucional como um todo⁵³.

5. Mecanismos constitucionais para superação da paixão e da ineficiência: atrasos e maiorias qualificadas

Apesar da reviravolta conceitual promovida por Elster em “Ulisses Liberto”, ao negar a ideia de constituições como pré-compromissos ou auto-restrições (ao menos num sentido forte⁵⁴), isso não significa que inexistam dispositivos restritivos importantes que possam ser adotados no texto constitucional. O texto constitucional pode ser projetado para superar os problemas da paixão, da inconsistência temporal e para promover a eficiência⁵⁵. De modo geral, os dispositivos para conter as paixões políticas são as *maiorias qualificadas* e os *atrasos*.

Os atrasos podem ser obtidos de diversas formas. O bicameralismo e o veto executivo são dispositivos clássicos. O argumento tradicional em defesa do bicameralismo é a capacidade de atrasar o processo legislativo, de forma a permitir que a razão, eventualmente expurgada na câmara baixa, enfim prevaleça. Além de evitar o problema de maiorias passionais, o bicameralismo também pode ser solução para o problema de legisladores com interesses próprios. O bicameralismo costuma ser cumulado com o veto executivo, em virtude do receio de que a divisão legislativa não seja suficiente para obstar a tirania do legislativo. Dessa forma, o texto constitucional congrega o veto executivo como medida restritiva, visando a resolução de um duplo problema: (i) de maiorias passionais, na medida que serviria de freio a impulsos tidos como perigosos; (ii) dos legisladores com interesses próprios, eis que o executivo poderá restringir pretensões contrárias ao interesse

⁵² ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 127.

⁵³ Segundo Carbonell: “Es por eso que Pedro de Vega sostiene, con evidente acierto, que “dentro del funcionamiento normal del ordenamiento constitucional, los límites explícitos son insuperables. Su destino es el del propio ordenamiento concebido como totalidad y, en consecuencia, su única eliminación posible sólo puede venir determinada por la acción revolucionaria ínsita en la actuación del poder constituyente, y no por el funcionamiento normal del poder de revisión”. CARBONELL, Miguel. **Reforma constitucional y límites**. Publicación Electrónica, n.º 1, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 30.

⁵⁴ Casos isolados são aqueles de positivação da independência do Banco Central na constituição, como ocorreu na República Tcheca.

⁵⁵ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 154.

público⁵⁶.

De outro lado, a exigência de maiorias qualificadas para a aprovação de emendas à constituição seria capaz de restringir paixões políticas momentâneas. Para além de conter paixões, esse dispositivo constitucional incidentalmente também seria capaz de eliminar ou reduzir formas de desperdício ou ineficiência. Parte-se do pressuposto que as constituições não têm apenas um caráter limitador, mas também construtivo. Stephen Holmes sustenta que as constituições são capacitadoras e não incapacitadoras, razão pela qual é insatisfatório identificar o constitucionalismo exclusivamente como uma forma de limitação de poder.⁵⁷

Assim, em termos de eficiência, é necessária a existência de uma constituição que não esteja a mercê de maiorias flutuantes. Ao refletir sobre a legitimidade de que uma pequena maioria, numa assembleia constitucional, fixe direitos que posteriormente carecerão de uma maioria qualificada para alteração, Elster aduz que: “o procedimento é justificado sempre que a minoria ache melhor viver sob um regime que é preferido pela maioria e protegido por uma exigência de maioria qualificada do que viver sob um regime que a própria minoria prefere, mas sob o qual não tem a mesma proteção”⁵⁸. A estabilidade das leis seria preferível a um sistema constantemente sujeito a mudanças por maiorias simples. A exigência de maiorias qualificadas também diminuiria custos de transação. A necessidade de maiorias qualificadas desencoraja mudanças bruscas em temas caros à sociedade, como forma de governo ou forma de estado⁵⁹. Na lição conclusiva de Elster: “se todas as questões estivessem sujeitas ao voto por maioria simples, a sociedade não teria estabilidade e previsibilidade”⁶⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, nos parece equivocada a transposição acrítica da analogia entre auto-restrições individuais e coletivas. As constituições e as cláusulas pétreas podem ser consideradas

⁵⁶ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 170.

⁵⁷ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁵⁸ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, pp. 198-199.

⁵⁹ Stephen Holmes destaca a possibilidade de efeitos benéficos na retirada de certos temas da pauta pública, especialmente aqueles extremamente controversos. Herdar um modelo de organização do Estado e dos Poderes pode desincumbir a sociedade de constantemente (re)fundar o Estado. HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁶⁰ ELSTER, Jon. **A possibilidade da política racional**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 14, n.º 29. p. 24.

mecanismos de *restrição*, mas não de “auto-restrição” ou “pré-compromisso”. Do ponto de vista conceitual, auto-restrições operam num sujeito A, para um mesmo sujeito A.

Igualmente, pré-compromissos sugerem a concordância de vontades autônomas. A defesa da legitimidade das restrições constitucionais à soberania popular por meio das teorias do pré-compromisso faz uso impreciso do conceito de autoimposição, de forma a mascarar o comprometimento do elemento volitivo (que poderia conferir legitimidade à vedação do debate político sobre certos temas). Apesar de podermos concordar que restrições possuam um papel positivo e construtivo, como defende Holmes, a sua criação não pode ser justificada dessa maneira. Nos dizeres de Elster, “essa linguagem pode ser aceitável como uma metáfora, mas é muitas vezes problemática se tomada literalmente”⁶¹.

Referências das fontes citadas

ALONSO, Fernando H. Llano. **El procedimiento no formalista de Jon Elster y su proyección em ele debate teórico e iusfilosófico contemporâneo**. [online] Disponível na Internet via: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000200009 Data: 30.07.2017.

CARBONELL, Miguel. **Reforma constitucional y limites**. Publicación Eletrónica, n.º 1, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. [online] Disponível na Internet via: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/4.pdf> Data: 30.07.2017.

CONSANI, Cristina Foroni. **A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo**. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.º 2, p. 143-173, 2014. [online] Disponível na Internet via: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/35730> Data: 30.07.2017.

ELSTER, Jon. **A possibilidade da política racional**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14, n.º 29. [online] Disponível na Internet via: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1720.pdf> Data: 30.07.2017.

ELSTER, Jon. **Racionalidade e normas sociais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 5, n. 12, p. 55-69, fev. 1990. [online] Disponível na Internet via: http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_12/rbcs12_05.htm Data: 30.07.2017.

⁶¹ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**, p. 349.

ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**. Trad. Juan José Utrilla. Ed. Eletrônica. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2015.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **Los jueces frente al “coto vedado”**. [online] Disponível na Internet via: www.cervantesvirtual.com/.../los-jueces-frente-al-coto-vedado/ Data: 30.07.2017.

HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999. [online] Disponível na Internet via: <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/derechoconstitucional/files/2016/04/Precompromisos-y-las-paradojas-de-la-democracia.pdf> Data: 30.07.2017.

HOMERO. **Odisseia**. trad. Christian Werner. São Paulo: Cosac Naify. [online] Disponível na Internet via: <http://sanderlei.com.br/PDF/Homero/Homero-Odisseia.pdf> Data: 05.08.2017.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORESO, Juan José. **Direitos e justiça procedimental imperfeita**. [online] Disponível na Internet via: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-e-justica-procedimental-imperfeita> Data: 30.07.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. **Comentário ao artigo 60**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Geziela. **As constituições como auto-restrição ou como restrição ao outro: uma comparação entre as visões de Elster e Buchanan-Tullock**. In: *Revista Argumentum – RA*, Marília, v. 16, pp.17-36, Jan.-Dez. 2015. [online] Disponível na Internet via: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/190> Data 30.07.2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição com o reserva de justiça**. [online] Disponível na Internet via: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf> Data: 30.07.2017.

DIREITO DA FAMÍLIA E LEIS DA FAMÍLIA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Pedro Manoel Abreu¹

INTRODUÇÃO

Sob o ponto de vista histórico, poder-se-ia esquematicamente tracejar, a partir de um certo senso comum, a evolução da família.

A vida aos pares transparece ser um fato natural entre os seres vivos e que se unem por uma química biológica, seja em decorrência do instinto de preservação da espécie ou pela aversão à solidão, como pondera Berenice Dias².

Nesse horizonte, a “família natural” preexiste ao Estado³ e está acima do direito. É uma *construção cultural* que dispõe de estruturação psíquica, na qual todos os seus membros ocupam um espaço e/ou possuem uma função: lugar de pai, de mãe, de filhos, sem que haja necessidade de vínculo biológico.

A organização da sociedade, por outro lado, se dá em torno da estrutura familiar e por conta da intervenção do Estado houve a instituição do casamento, que é uma “convenção social para organizar os vínculos interpessoais”.⁴

Sob essa perspectiva analítica, diga-se o artigo n.º 16, 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵ dispôs que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade.

¹ O autor é Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Pós-doutor pela Universidade de Lisboa; Professor do Curso de Pós-graduação em Ciências Jurídicas nos cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí – Univali; Professor da Academia Judicial em Cursos de formação inicial e continuada de magistrados do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Lattes: CV: 0 <http://lattes.cnpq.br/520896419390738>.

² Ver: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³ Sobre as teorias que procuram explicar a formação originária do Estado, Dalmo de Abreu Dallari sugere uma primeira classificação, com dois grandes grupos, cognominados *não contratualistas* e *contratualistas*. Os *não contratualistas*, de interesse para o tema, afirmam a formação *natural* ou espontânea do Estado. Dentre essas teorias sustenta-se a origem familiar ou patriarcal do Estado, situando a família como núcleo social fundamental. Para seus defensores, cujo representante mais destacado é Filmer, cada família primitiva se ampliou dando origem ao Estado. Sobre o tema, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. Ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 54; ABREU, Pedro Manoel Abreu. **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, 3. v. p. 69-70; FILMER, Robert Bart. **O patriarca ou o natural poder dos reis. 1680**. Título original: *Patriarcha or the natural power of Kings*.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

⁵ Ver: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>

Do mesmo modo, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 226, dispõe paradigmaticamente que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Segundo Dias, em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para gozarem de aceitação social e reconhecimento jurídico, precisam ser chancelados pelo Estado, pelo que se convencionou chamar de *matrimônio* a forma de organização familiar. Na sua composição, a família tinha uma *formação extensiva*, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à *procriação*. “Como era entidade *patrimonializada*, seus membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil *hierarquizado e patriarcal*”.⁶

Para Rolf Madaleno⁷, ao tempo em que a economia doméstica estava concentrada no meio rural, a família era mais ampla, de modo a abranger um maior espectro de parentes em linha reta e colateral, mas com o tempo foi sendo reduzida, resumindo-se numericamente aos pais e filhos. A migração para os centros urbanos, na busca do emprego na indústria em franca expansão, a família reorganizou-se passando a ocupar pequenos espaços para a moradia, incluindo os parentes em linha reta e de bastante proximidade de graus.

Nesse diapasão, a Revolução industrial teve um impacto fundamental na estruturação da organização familiar nos moldes atuais. Além do processo de migração do campo para a cidade, reorganizando a vida social, a necessidade de mão de obra demarcou o ingresso da mulher no mercado de trabalho. Com isso houve profundas alterações na estrutura familiar, que passou a ser nuclear, compondo-se a família basicamente pelo casal e a prole.

Outro marco importante, sob o ponto de vista histórico, verificou-se na Segunda Guerra Mundial. Com a perda da força de trabalho masculino, absorvida nos conflitos militares, há uma inserção efetiva da mulher no mercado de trabalho, principalmente na indústria bélica.

No Brasil, segundos dados do IBGE, de 2007, 52,4% das mulheres exercem atividade laboral.

Feita essa resenha, na tentativa de contextualizar o assunto, enfoca-se tema especialmente importante e atual, que diz respeito à publicização do direito de família no constitucionalismo contemporâneo.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31.

2. A TENDÊNCIA CONTEMPORÂNEA DE PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E AS INFLEXÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A título introdutório, embora não seja o autor especialista em Direito de Família, já que tem ao longo de sua trajetória como magistrado e professor se dedicado ao estudo e à produção acadêmica no âmbito do Direito Público, é importante salientar que contemporaneamente assunto como este, dantes confinado nos contrafortes do direito privado, paulatinamente tem merecido publicização com tratamento constitucional, como sucede no direito brasileiro.

Essa tendência contemporânea, em nível global, pelo menos no âmbito ocidental, resulta de um processo de internalização do Estado por parte de uma sociedade civil que se vem organizando em torno de postulações por novos direitos e práticas igualitárias.

Tal processo não somente aponta para um novo arranjo da clássica antinomia público/privado, como também, na medida em que tensiona a identificação entre Direito e Poder, reatualiza as relações entre Direito e Justiça, como argumentam correntes contemporâneas do *neojusnaturalismo*⁸ e da filosofia do direito.⁹

Sob essa perspectiva, o final do século XX, ao retomar a inquirição sobre a justiça, se reencontra com o século XVIII de Rousseau e Kant, não mais com a carga revolucionária daquele contexto histórico, marcado pelo signo da razão, para denunciar o mundo de outrora. Agora, pragmático, esse novo ciclo não estaria comprometido com a exploração metafísica da ideia de justiça, bem como não estaria interessado na contraposição entre o Direito Natural e o Direito Positivo. A marca contemporânea está voltada para a positivação do direito nas cartas

⁸ Para o *neojusnaturalismo*, segundo Werneck Vianna e outros, “a revitalização das correntes concernentes a este campo se prenderia ao fato de o positivismo jurídico ter sido incapaz de levantar barreiras valorativas à emergência do nazifascismo na Europa dos anos 20 a 40, e, como C. Lafer lucidamente chama a atenção, ao domínio dos regimes burocrático-autoritários na América Ibérica nos anos 60 e 70. Como reação ao positivismo jurídico, foram impostos, nos preâmbulos e nas declarações dos direitos fundamentais de muitas constituições do pós-guerra, assim como daquelas que sucederam os regimes burocrático-autoritários nos anos 70, tal como no Brasil, princípios normativos de legitimidade absoluta como fonte obrigatória de limitação de todo o Direito Positivo e do Estado, com o que se generalizou a experiência do constitucionalismo democrático. Assim é que, com o constitucionalismo moderno, o direito público passaria a internalizar uma concepção de justo, em uma efetiva ruptura com a arquitetura do Estado de Direito kelseniano” (p. 25). Ver: LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 78. Sobre uma visão histórica do constitucionalismo vinculado ao direito natural, ver: SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 393 e seguintes.

⁹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 24; ABREU, Pedro Manoel Abreu. **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, 3. v. p. 258-259.

constitucionais.¹⁰

A agenda do direito e dos direitos, de fato, tornou-se dominante nos planos político e social na sociedade contemporânea, por conta da radicalização do princípio da igualdade. A expansão do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, dominando espaços dantes inacessíveis a ele, dimensionados na esfera privada. Esse fenômeno decorre principalmente da emergência do movimento operário na luta pelos direitos sociais que eclodiu já na metade do século XIX, pondo fim à separação rigorosa entre Estado e sociedade civil, idealizada pelo pensamento liberal da liberdade negativa. O Direito do Trabalho nasceu do êxito desse movimento operário, conferindo um caráter público ao contrato de compra e venda da força laboral, dantes confinado à esfera privada, coroando décadas de lutas sindicais, apoiadas por amplos setores da sociedade civil, ao final do século XIX e início do século XX.¹¹

A par desse deslocamento da esfera privada para a esfera pública na proteção dos direitos sociais, que antecedeu o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), o Direito do Trabalho infiltrou no campo do Direito um ingrediente de justiça – “presença bizarra na concepção ortodoxa do contratualismo liberal” –, procurando compensar, através da regulação jurídica, a parte considerada economicamente desfavorecida nas relações laborais. Esse direito novo criado importou numa revisão da ordem liberal, conferindo um viés igualitário através da publicização da esfera privada. O direito privado clássico, bem de ver, assentou-se sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos. Tendo ele admitido um fundamento de justiça na proteção do “economicamente desfavorecido” no âmbito do Direito do Trabalho, conferiu-lhe um novo significado, colocando-o a serviço da justiça social.¹² Neste tocante, aliás, assinala Habermas que considerações de ética social se infiltraram em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada.¹³

Além desse trânsito entre os domínios do público e do privado, verificou-se um traspasso de publicização da esfera privada, com o reconhecimento da existência de um direito desigual para sujeitos substantivamente desiguais. Nesse norte, o indivíduo e a sua autodeterminação como

¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**, p. 24-25; ABREU, Pedro Manoel Abreu. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, 259.

¹¹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

¹² VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 15 e 16.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2. v. p. 134.

sujeito careceram de ser investidos por uma função supra individual, social, pública, em tudo o que versasse sobre o mercado de trabalho.¹⁴

Essa inflexão do direito privado para o direito público no Brasil, especialmente no pertinente ao Direito de Família, tem especial relevo no Título VIII, da atual Constituição Federal,¹⁵ ao tratar da Ordem Social, no seu Capítulo VII, ao estabelecer os fundamentos políticos acerca *da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso*, dos artigos 226 a 230.

Dentre as muitas transformações operadas com o atual diploma, a Constituição passa a reconhecer a família como a base da sociedade e, com isso, assegura-lhe especial proteção quando faz expressa referência ao casamento, à união estável e às famílias formadas por um só dos pais e seus filhos. Até então, o Direito de Família era tratado pelo Código Civil de 1916, então vigente, e disciplinava estritamente as relações dos núcleos familiares formados pelo casamento.

Para Augusto Cesar Teixeira Barbosa¹⁶, consagrando a pluralidade de formas de família, verificável a partir do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º) pela Constituição de 1988, a entidade familiar passa a ser entendida como um meio de promoção da felicidade de cada um dos seus membros.

Aduz que mesmo após os avanços trazidos, a família continua em constante transformação, resultado dos processos dinâmicos da sociedade, sendo possível encontrar novas formas de entidades familiares e valores sociais que a Carta Magna, em seu ano de promulgação, não poderia imaginar.¹⁷

Fugindo da teorização e atento ao objetivo do painel, que se atém às leis da família, passa-se a enfocar pontualmente aspectos importantes do tema, a partir das próprias legislações vigentes, numa perspectiva histórico-jurídica do casamento e da filiação.

¹⁴ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política...** Op. cit., p. 16.

¹⁵ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

¹⁶ BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016,

¹⁷ BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016.

3. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

3.1. Do casamento

Para Platão, para que uma república seja bem ordenada, as principais leis devem ser aquelas que regem o casamento (As Leis).¹⁸

Por isso, as leis do casamento, sob o ponto de vista histórico, político e social, são indicativos da cultura de um povo.

O casamento, no dizer de Oscar de Macedo Soares, foi sempre, em todos os tempos e entre todos os povos, considerado instituição da maior importância, merecendo especial solicitude como garantia da família, que é a base da sociedade. Pela importância e extensão de seus efeitos, de suas relações jurídicas e morais na vida social, o casamento constitui capítulo especial na legislação civil de todas as nações cultas.¹⁹

Nessa perspectiva, é importante sumariar as diversas leis que regeram o matrimônio no Brasil, desde o período colonial, no Império e na República, destacando, ainda a ordem jurídica vigente.

Segundo a doutrina católica, no dizer de Demétrio Gomes da Silva,²⁰ há uma estreita implicação entre as leis naturais, divinas e humanas ao tratar-se do casamento. Neste sentido Tomás de Aquino exortava: *“Matrimonium, in quantum est sacramentum, statuitur iure divino; in quantum est officium naturae, statuitur lege naturae; in quantum est officium communitatis, statuitur iure civile”*. (IV. Sent. Dist. 34. a.2. q. I. ad.4). Este fundamento doutrinário, revela a existência de uma implicação entre os diversos âmbitos, quando se aborda a questão do casamento.

Nos dias atuais, para Gomes Silva²¹, onde se está muito em voga o debate sobre as relações entre a religião e o Estado laico, faz-se interessante destacar a atual legislação a respeito deste tema especificamente no atinente ao casamento, já que é um assunto, que toca tanto a esfera religiosa,

¹⁸ Ver: <https://leandromarshall.files.wordpress.com/2012/05/plat3a3o-as-leis.pdf>

¹⁹ SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil - Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 comentado e anotado**. 2. ed. Coleção Legislação Brasileira. Acervo do STF. Prefácio. Rio de Janeiro: Garnier, p. 5. Versão digital. In: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/37557/pdf/37557.pdf>

²⁰ SILVA, Demétrio Gomes. **Pontifício Instituto Superior de Direito Canônico**. “Os efeitos civis do casamento religioso a partir do Código Civil de 2002”. In: <http://pisdc.com.br/site/os-efeitos-civis-do-casamento-religioso-a-partir-do-codigo-civil-de-2002-pe-demetrio-gomes-da-silva/>. Acesso em 25/05/2016.

²¹ SILVA, Demétrio Gomes. **Pontifício Instituto Superior de Direito Canônico**. “Os efeitos civis do casamento religioso a partir do Código Civil de 2002”. In: <http://pisdc.com.br/site/os-efeitos-civis-do-casamento-religioso-a-partir-do-codigo-civil-de-2002-pe-demetrio-gomes-da-silva/>. Acesso em 25/05/2016.

quanto a esfera civil. Aduz que apesar das críticas daqueles que identificam no Estado laico um Estado antirreligioso, pode-se dizer que pela atual legislação brasileira a separação entre religião e Estado é bem atenuada, fazendo-se justiça à história do país, e à realidade profundamente religiosa da população em sua maioria.

Esse abrandamento transparece em vários preceitos da Constituição de 1988: o art. 5º, VI, estabelecendo ser inviolável a liberdade de consciência de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos, e garantindo a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; o art. 5º, VII, a garantir a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação; o art. 226, § 2º, conferindo a eficácia civil de matrimônios religiosos transcritos.

À época do descobrimento do Brasil vigorava em Portugal o casamento religioso, celebrado sob os moldes da religião católica, regulado pelo Direito Canônico.

Após a independência do Brasil, ocorrida em 1822, por meio da Lei Imperial de 20 de outubro de 1823,²² D. Pedro I ratificou a vigência das Ordenações Filipinas²³ no país até o advento de legislação própria.

Por isso, até o ano de 1890 o casamento no Brasil observou unicamente a legislação canônica. O imperador, D. Pedro I, ordenou, por decreto, como dito, a observância das disposições do Concílio de Trento²⁴ sobre o matrimônio e das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia,²⁵ tendo em vista que o catolicismo era a religião oficial do Império.

Apenas em 1863 o casamento começou a libertar-se da influência católica, ainda no período imperial, quando passou-se a admitir, além do casamento católico, o casamento misto (entre católicos e pessoas adeptas de outra religião, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico) e o casamento entre pessoas pertencentes a seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições das religiões respectivas.

Conforme o relato, uma vez mais de Gomes da Silva, em 1858, o Ministro da Justiça Diogo de Vasconcelos encaminhou um projeto estabelecendo o casamento civil, obrigatório aos não católicos, e facultativo entre um não católico e um católico que não quisessem casar-se segundo as

²² http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html

²³ Ver: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>

²⁴ Ver: [http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1545-1563-_Concilium_Tridentinum,_Canones_et DECRETA_\(Testo_divulgativo\),_IT.pdf](http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1545-1563-_Concilium_Tridentinum,_Canones_et DECRETA_(Testo_divulgativo),_IT.pdf)

²⁵ Ver: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222291>

normas canônicas. Este projeto foi aprovado e transformado no decreto n. 1144, de 11 de setembro de 1861,²⁶ regulamentado, posteriormente, pelo decreto n. 3.069, de 17 de abril de 1863.²⁷ Essa lei retirou da Igreja a exclusividade do casamento religioso permitindo que outras religiões tivessem seus casamentos reconhecidos pelo Estado, produzindo efeitos civis.

Em 1890, já nos primórdios da República (1889), editou-se o Decreto n. 181,²⁸ que instituiu o casamento civil, considerando-se válidos, dali para frente, apenas os enlaces celebrados no Brasil que estivessem de acordo com suas disposições.

Para entender o Direito de Família atual, no dizer de Dimitri Soares,²⁹ é preciso buscar suas raízes históricas e as bases para as transformações que tem ocorrido nos dias de hoje. Para o autor, o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu no nosso país o Casamento Civil, definiu os fundamentos do Livro do Direito de Família, tanto do Código Civil de 1916 como do atual (2002). Lembra que várias passagens dessa lei são idênticas às disposições da atual legislação, principalmente em relação aos impedimentos, celebração, provas do casamento, habilitação, arguição de impedimentos, etc.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891,³⁰ em seu artigo 72, § 4.º estatuiu que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração é gratuita”.

O Código Civil de 1916³¹ não estabeleceu disposições concernentes ao casamento religioso. Já a Constituição de 1934,³² em seu artigo 146, dispôs que “o casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. ”

²⁶ Ver: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>

²⁷ Ver: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3069-17-abril-1863-555008-publicacaooriginal-74026-pe.html>

²⁸ Ver: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/37557/pdf/37557.pdf>

²⁹ SOARES, Dimitri. Blog sobre Direito de Família, de 22/01/2012. In: <http://dimitri-soares.blogspot.com.br/2012/01/retalhos-historicos-do-direito-de.html>. Acesso em 25/05/2016.

³⁰ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm

³¹ Ver: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

³² Ver: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

A Lei n.º 1110/1950³³ e, posteriormente, a Lei de Registros Públicos³⁴ regulamentaram o casamento religioso com efeitos civis:

Art. 71. Os nubentes habilitados para o casamento poderão pedir ao oficial que lhe forneça a respectiva certidão, para se casarem perante autoridade ou ministro religioso, nela mencionando o prazo legal de validade da habilitação.

Art. 72. O termo ou assento do casamento religioso, subscrito pela autoridade ou ministro que o celebrar, pelos nubentes e por duas testemunhas, conterá os requisitos do artigo 71, exceto o 5º.

Art. 73. No prazo de trinta dias a contar da realização, o celebrante ou qualquer interessado poderá, apresentando o assento ou termo do casamento religioso, requerer-lhe o registro ao oficial do cartório que expediu a certidão.

§ 1º O assento ou termo conterá a data da celebração, o lugar, o culto religioso, o nome do celebrante, sua qualidade, o cartório que expediu a habilitação, sua data, os nomes, profissões, residências, nacionalidades das testemunhas que o assinarem e os nomes dos contraentes.

§ 2º Anotada a entrada do requerimento o oficial fará o registro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 3º A autoridade ou ministro celebrante arquivará a certidão de habilitação que lhe foi apresentada, devendo, nela, anotar a data da celebração do casamento.

Art. 74. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação, perante o oficial de registro público, poderá ser registrado desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de registro, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprindo eles eventual falta de requisitos nos termos da celebração.

Parágrafo único. Processada a habilitação com a publicação dos editais e certificada a inexistência de impedimentos, o oficial fará o registro do casamento religioso, de acordo com a prova do ato e os dados constantes do processo, observado o disposto no artigo 70.

Art. 75. O registro produzirá efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento.

Conforme enfatiza Gomes Silva³⁵, até 1934, o casamento canônico, dantes único e exclusivo, passou a não ter nenhum valor jurídico. Convivia-se com duas realidades: o casamento religioso e o civil. Em vista das duas jurisdições, o povo brasileiro passou a valorizá-las mantendo a sua crença e acatando a obrigação legal, casando-se duas vezes, sob as duas jurisdições: a da Igreja e a do Estado.

A Constituição de 1934,³⁶ permitindo com que o casamento de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, produzia os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que se observasse as disposições civis na habilitação dos nubentes, na

³³ Ver: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1110.htm.

³⁴ Lei 6015/1973. Ver: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm.

³⁵ SILVA, Demétrio Gomes. **Pontifício Instituto Superior de Direito Canônico**. “Os efeitos civis do casamento religioso a partir do Código Civil de 2002”. In: <http://pisdc.com.br/site/os-efeitos-civis-do-casamento-religioso-a-partir-do-codigo-civil-de-2002-pe-demetrio-gomes-da-silva/>. Acesso em 25/05/2016.

³⁶ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

verificação de impedimentos, no processo de oposição e na inscrição no Registro Civil. Não havia, no entanto, possibilidade de habilitação posterior à celebração religiosa do casamento.

Na Constituição de 1946,³⁷ já se permitia o Registro Civil após a celebração religiosa, produzindo efeitos civis *ex tunc*. A Constituição de 1967³⁸ não trouxe alterações substanciais frente à anterior.

A vigente Constituição de 1988³⁹ confirma a liberdade religiosa em todo o território nacional.

O art. 226, § 2º da Constituição Federal de 1988, prevê que “*o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei*”.

O Código Civil de 2002⁴⁰ prevê a equiparação do casamento religioso ao civil, desde que preenchidos os requisitos de sua validade, nos seguintes termos:

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1.º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2.º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3.º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Augusto Cesar Teixeira Barbosa⁴¹ faz uma excelente suma da família no constitucionalismo brasileiro, ao destacar que nas constituições, fruto das diversas fases históricas vividas no país, a família transitou do estado patriarcal-patrimonial para o estado sócio afetivo. Na Carta de 1824,⁴²

³⁷ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm

³⁸ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

³⁹ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁴⁰ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

⁴¹ BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016.

⁴² Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

nada se fala das relações familiares. A de 1891⁴³ traz somente um dispositivo, o art. 72, § 4º, “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Com isso pretendia-se separar o Estado do controle da Igreja até então com grande influência e poder. Com o Decreto 181 de 1890, cria-se o casamento civil no Brasil, retirando-se do casamento religioso todo valor jurídico que apresentasse, inclusive com prisão e multa a quem realizasse o ato religioso antes do legal.

Salienta que o Código Civil de 1916 trata a família no molde patriarcal, fundada no casamento, no patrimônio, hierarquizada e heterossexual, demarcando as funções do homem e da mulher e determinando formas de conduta para cada um.⁴⁴

Nesse período, acrescenta, predomina a atividade rural, e, por isso, a família tinha marca de uma unidade de produção: mais filhos significavam mais força de trabalho para aumentar as condições de sobrevivência. Essa forma estruturada visava o aumento do patrimônio e sua transmissão aos herdeiros. Toda a administração, familiar ou patrimonial, estava a cargo exclusivo do homem, que determinava o destino de todas as pessoas a ele subordinadas. A mulher por sua vez estava inteiramente à margem da direção familiar, cabendo-lhe apenas o papel de esposa e mãe.⁴⁵

A Constituição de 1934, prossegue, dedica um capítulo inteiro à família, onde aparece a referência à proteção especial do Estado, que será mantida nas constituições seguintes. Em 1937,⁴⁶ os pais têm dever de educar os filhos, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado passa a tutelar as crianças abandonadas pelos pais. Foi a Constituição de 1937 que trouxe de volta o casamento religioso atribuindo efeitos civis ao mesmo. A de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Na constituição de 1967, no art. 167, o casamento é tratado como tema principal, abordado em três dos quatro parágrafos que estão ordenados no referido artigo. É tido como indissolúvel e se celebrado no religioso, poderá vir a ter efeitos civis. Conforme disposto no quarto e último parágrafo, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência deverá ser institucionalizada por lei.⁴⁷

⁴³ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm

⁴⁴ BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016.

⁴⁵ BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016.

⁴⁶ Ver: file:///C:/Users/user/Downloads/constituicao_1937_texto.pdf

⁴⁷ BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016.

Até 1988, o Código Civil de 1916, conclui, era o centro do ordenamento jurídico quanto à normatização da vida privada das pessoas. Somente com a Constituição de 1988 há uma alteração nessa realidade e ela passa a ser o centro delinear de todo o sistema jurídico (BARBOSA, 2008).

3.2 Da filiação

As Ordenações Filipinas não conferiam direitos hereditários aos denominados “filhos espúrios” (incestuosos, adulterinos e sacrílegos), assegurando-lhes, entretanto, direitos alimentares (Título 99, § 1º, de seu 4º Livro), nos seguintes termos:

E se o filho não for nascido do legítimo matrimônio, quer seja natural, quer espúrio, ou de qualquer outra condição, a mãe será obrigada a criá-lo de leite, até os três anos, e toda outra despesa, assim no dito tempo, como depois, será feita à custa do pai, como dissemos do filho legítimo. E se nos ditos três anos a mãe fizer com o filho alguma despesa, que o pai é obrigado a fazer, poderá em todo caso cobrá-la e havê-la do pai, pois a ela fez em tempo, que ele tinha essa obrigação. (in AZEVEDO, 2011, p. 169-170)

No que tange aos filhos de concubinos, as Ordenações prescreviam o seguinte:

Se algum homem houver ajuntado com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco ou impedimento por que não possam casar, havendo de cada uma delas filhos, os tais filhos serão havidos por naturais. E se o pai for peão, suceder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os legítimos, se os o pai tiver. E, não havendo filhos legítimos, herdarão os naturais todos os bens e herança do pai, salvo a terça, se ao pai a tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver. (in AZEVEDO, 2011, p. 169)

Em 1847, sobreveio o Decreto n. 463,⁴⁸ que dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais, bem como a extensão dos direitos hereditários aos filhos dos nobres:

Art. 1º Aos filhos naturaes dos nobres ficão extensivos os mesmos direitos hereditarios, que, pela Ordenação livro quarto, titulo noventa e dous, competem aos filhos naturaes plebeos.

Art. 2º O reconhecimento do pai, feito por escriptura publica, antes do seu casamento, he indispensavel para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo elle com filhos legitimos do mesmo pai.

Art. 3º A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por hum dos seguintes meios; escriptura publica, ou testamento.

Pelo Código Civil de 1916,⁴⁹ consideravam-se existentes três categorias distintas de filiação biológica: legítima (filhos havidos na constância do casamento, ainda que anulado ou nulo, se

⁴⁸ Ver <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-463-2-setembro-1847-560199-publicacaooriginal-82833-pl.html>

⁴⁹ Ver: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>

contraído de boa-fé – art. 337), legitimada (resultante do casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho – art. 353) e ilegítima (filhos havidos fora do casamento).

O art. 1.609 do CC/02 prevê que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro do nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

A Constituição de 1988 também equiparou os filhos adotivos aos biológicos. Dispõe o artigo 226, § 6.º da Carta Magna: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.596, segue a mesma redação deste dispositivo.

3.3. Leis importantes na definição da estrutura familiar

A Lei 4.121/1962,⁵⁰ também denominada Estatuto da Mulher Casada, trouxe importantes alterações no sistema familiar, modificando dispositivos do Código Civil de 1916 e conferindo um novo status à mulher:

a) Capacidade plena à mulher casada;

b) Função de colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar por sua direção moral e material;

c) Direito de praticar todos os atos inerentes ao exercício e defesa de profissão lucrativa distinta da do marido;

d) Possibilidade de livre disposição dos produtos e bens adquiridos por meio do seu trabalho, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial;

e) Possibilidade de praticar livremente quaisquer atos não vedados por lei.

A Lei 6.515/1977,⁵¹ regulamentou a separação e a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, instituindo o divórcio.

⁵⁰ Ver: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm

⁵¹ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm

A Emenda Constitucional 66/2010,⁵² alterou o § 6º do art. 226 da CF/88, extinguindo a separação judicial, ao estabelecer que “*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”.

3.4. Do concubinato e da união estável

Consoante Luiz Felipe Brasil Santos,⁵³ na Roma clássica o casamento era um ato privado, sem intervenção do Estado. Era não-escrito e nem sempre solene. Quando havia cerimônia, era de caráter exclusivamente religioso. Na hipótese contrária, a existência do casamento era demonstrada apenas pelas circunstâncias, pela *posse do estado de casados*.

O *usus*, que correspondia a um casamento de fato, estabelecido pela convivência ininterrupta do homem e da mulher por mais de um ano, na posse do estado de casados, que, automaticamente, fazia nascer o poder marital (*manu*), a não ser que, a cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal, caracterizando o que era denominado *trinocitii usurpatio*, afastando a possibilidade de configurar o *usus*.⁵⁴

Até o século XVI a formação e organização da família era normatizada exclusivamente pela Igreja Católica. A partir daí a Reforma Protestante, trazendo a distinção entre o mundo espiritual e o secular, possibilitou a separação entre Estado e Igreja, ensejando que o casamento pudesse ser regrado pelas leis do Estado. Instituiu-se, então, o casamento civil, afastado da noção de sacramento, tendo sido a Holanda, em 1580, o primeiro país a regrá-lo, seguindo-se a Inglaterra (1653) e a França (1792).⁵⁵

No Brasil, as Ordenações Filipinas (século XVI) reconheciam no concubinato puro (entre pessoas desimpedidas) uma forma de casamento de fato, que se configurava na circunstância de um homem e uma mulher viverem juntos “*em pública voz e fama de marido e mulher, por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se se não provem as palavras do presente*” (Quarto Livro das Ordenações, Título XLVI, 2), o que dava direito à meação dos bens adquiridos na constância da relação. Nada mais era do que o antigo *usus* romano e, hoje,

⁵² Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm

⁵³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁵⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016

⁵⁵ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

união estável.⁵⁶

Nessa linha, o Código Civil de 1916 ignorou por inteiro as uniões de fato entre pessoas desimpedidas, cuidando exclusivamente de cercar de sanções o concubinato adúltero, no objetivo de resguardar o patrimônio da família regularmente constituída pelo casamento. Assim, tratou de impedir doações do concubino casado ao seu “cúmplice” (art. 1.177), de vedar que este fosse instituído beneficiário em seguro de vida (art. 1.474) e de proibir que a concubina de testador casado fosse nomeada herdeira ou legatária (art. 1.719, III).⁵⁷

Foi por meio da legislação previdenciária que começou a tomar corpo a atribuição de efeitos jurídicos às uniões informais. Isso se explica pelo fato de que nesse âmbito era desnecessário questionar a regularidade formal da instituição familiar, importando apenas o conceito de dependência econômica. O primeiro diploma legal a se ocupar do tema foi o Decreto nº 22.872, de 28 de junho de 1933,⁵⁸ que criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos, permitindo que, na falta de herdeiros, o trabalhador incluísse como beneficiária *determinada pessoa* que vivesse sob sua vinculação econômica. Em 1934, o Decreto 24.627, de 10 de julho, introduziu no ordenamento positivo brasileiro o termo *companheira*, possibilitando que fosse indicada pelo trabalhador como dependente, desde que declarada como tal na Carteira Profissional.⁵⁹

Foi a jurisprudência que estabeleceu a distinção entre *concubina* e *companheira*, para fins de excluir esta última das regras proibitivas dos artigos 1.177, 1.424 e 1.719, III, do Código Civil de 1916. Assim, concubina passou a ser considerada exclusivamente aquela mulher que se relacionava com homem casado, na constância do matrimônio, ao passo que *companheira* era a que mantinha relacionamento com homem desimpedido ou, ao menos, separado de fato. A primeira integrava um concubinato impuro (com presença de impedimento matrimonial entre os seus integrantes), enquanto a segunda compunha um concubinato puro.⁶⁰

⁵⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamilars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁵⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamilars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁵⁸ <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22872-29-junho-1933-503513-publicacaooriginal-1-pe.html>

⁵⁹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamilars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁶⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamilars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

Ademais, não havendo no ordenamento jurídico possibilidade de aplicar-se às relações fáticas as regras relativas à família, visto que somente o casamento é que permitia a formação dessa entidade, os tribunais brasileiros, buscando inspiração no que já se fazia na França desde meados do século XIX, passaram a afirmar que duas pessoas vivendo juntas durante certo tempo, com colaboração recíproca na aquisição do patrimônio, formavam uma sociedade de fato, figura que, com o uso da analogia, foi trazida do Direito das Obrigações (art. 1.363 do CC/16 – art. 983 do CC/02) para reger essas situações, visando, em última análise, vedar o enriquecimento ilícito. Não obstante, a sociedade de fato entre concubinos difere das demais (puramente obrigacionais), porque ao início da relação eles não têm um objetivo social definido, o que só vem a surgir no curso do tempo, na medida em que se identifique na relação a *affectio societatis* (elemento subjetivo).⁶¹

A solidificação desse entendimento resultou na edição da Súmula n. 380 do STF, que assentou que “comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.⁶²

Nos primeiros tempos o conceito do que fosse esforço comum era bastante restritivo, entendendo-se como tal exclusivamente a contribuição direta para a aquisição dos bens, quando ambos os companheiros desempenhassem atividade remunerada fora do lar, o que, à época, notoriamente não era comum ocorrer com as mulheres. Em razão disso, a partilha dos bens era feita na proporção do aporte de cada parceiro.⁶³

Por isso, os direitos das mulheres que não lograssem demonstrar essa modalidade de contribuição estavam vinculados a uma pretensão de natureza indenizatória por serviços prestados. Serviços domésticos, diga-se – no cuidado da casa e dos filhos –, pois os sexuais não seriam passíveis de remuneração lícita. A analogia aqui era com o contrato de prestação de serviços (art. 1.216 do CC/16 – art. 594 do CC/02), outra figura do direito obrigacional trazida para o trato das relações fáticas.⁶⁴

⁶¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁶² SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁶³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

⁶⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

Posteriormente foi editada a Lei nº 8.971/94,⁶⁵ que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968,⁶⁶ enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Com o advento da CF/88, a união estável passou a ser tratada como entidade familiar, como preceitua o artigo 226, § 3º, regulamentado pela Lei n. 9.278/96.⁶⁷

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, reproduzindo o teor do art. 1º da referida lei, definiu que *“é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”*.

O concubinato, por sua vez, nos termos do art. 1.727 do CC/02, é definido como *“as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”*.

Em suma, essa é uma resenha das leis de família no contexto brasileiro, ressaltando aspectos gerais sobre o casamento, filiação, dissolução da relação matrimonial e união estável, destacando aspectos históricos e jurídicos para uma melhor compreensão do direito de família, a partir das várias constituições e documentos legislativos fundamentais para a compreensão dos institutos.

⁶⁵ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm

⁶⁶ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm

⁶⁷ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel Abreu. **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. 3. v.

BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. “Evolução da Família nos vinte anos de Constituição Federal brasileira”. In: **JurisWay**. Endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em 26/05/2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FILMER, Robert Bart. **O patriarca ou o natural poder dos reis. 1680**. Título original: *Patriarcha or the natural power of Kings*.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2. v.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. 2011. Disponível in: <http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>. Acesso em 05/06/2016.

SILVA, Demétrio Gomes. **Pontifício Instituto Superior de Direito Canônico**. “Os efeitos civis do casamento religioso a partir do Código Civil de 2002”. In: <http://pisdc.com.br/site/os-efeitos-civis-do-casamento-religioso-a-partir-do-codigo-civil-de-2002-pe-demetrio-gomes-da-silva/>. Acesso em 25/05/2016.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras.

SOARES, Dimitri. Blog sobre Direito de Família, de 22/01/2012. In: <http://dimitresoares.blogspot.com.br/2012/01/retalhos-historicos-do-direito-de.html>. Acesso em 25/05/2016.

SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil - Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 comentado e anotado**. 2. ed. Coleção Legislação Brasileira. Acervo do STF. Prefácio. Rio de Janeiro: Garnier. Versão digital. In: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/37557/pdf/37557.pdf>

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

REDISCUTINDO A TEORIA DAS FONTES JURÍDICAS

Orlando Luiz Zanon Junior¹

INTRODUÇÃO

O presente texto contém uma rediscussão sobre a Teoria das Fontes Jurídicas, especificamente no tocante à desambiguação do conceito operacional, à classificação tipológica e à indicação do respectivo grau de eficácia no sistema brasileiro, sob a ótica da Teoria Complexa do Direito.

O assunto está interligado às discussões atuais sobre o aperfeiçoamento da base teórica da Ciência Jurídica, nos seus aspectos descritivo e prescritivo, visando superar conceitos operacionais construídos nos moldes do Positivismo Jurídico, com a finalidade de propor avanços de perfil pós-positivista, sem implicar retrocesso ao já ultrapassado paradigma do Jusnaturalismo. Notadamente, a evolução do entendimento sobre a dinâmica da produção jurídica recomenda a reconstrução de conceitos operacionais enraizados, para mais fielmente descrever a realidade e, assim, permitir o desenvolvimento de soluções mais adequadas ao cenário atual, tendo como pano de fundo a tradição jurídica brasileira.

Não é ocioso destacar que o presente texto representa um esforço de aprimoramento da plataforma das Fontes Jurídicas apresentada na redação original da Teoria Complexa do Direito (TCD)² e, ainda, em artigo científico específico anterior vinculado à respectiva matriz disciplinar³. Quanto à opção por tal marco teórico, esta calcada no argumento de que se trata de uma proposição de avanço teórico para a Ciência Jurídica caracterizada por assimilar os ganhos do modelo do Positivismo Jurídico e propor modificações que visam, de um lado, aumentar sua fidelidade na descrição da realidade (âmbito descritivo) e, de outro, aprimorar sua resolubilidade prática (aspecto prescritivo). Não é ocioso destacar que se trata de uma proposta diferente das correntes

¹ Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ).

² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015.

³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Formas jurídicas. **RECHTD**, São Leopoldo, v. 8, p. 303-317, 2016.

neopositivista (Ferrajoli), substancialista (Dworkin), procedimentalista (Alexy) e pragmática (Posner), mormente porque voltada a um paradigma mais do que juspositivista, sem retrocessos ao superado padrão jusnaturalista.

Importa referir que a referida opção teórica implica reconhecer *status* científico para os estudos sobre o Direito, sob o argumento de ser altamente recomendável sugerir um esforço de seriedade e coerência no desenvolvimento de pesquisas nesta área específica, de modo a que os juristas ultrapassem discussões superficiais baseadas em *slogans* arraigados, carentes de embasamento, para buscar justificar suas teses mediante o emprego de ferramentas tecnológicas mais adequadas, mormente mediante a abertura interdisciplinar com a economia, a psicologia, a sociologia e outras áreas afins. De qualquer modo, a negação de tal qualidade a este campo de estudo não prejudica a análise aqui proposta, a qual é sustentável ainda que o leitor opte por classificar esta área de estudos como um ramo da filosofia ou mesmo uma teoria carente de algum componente de cientificidade (como, por exemplo, deixar atender ao critério de falseabilidade empírica). Isto porque o conteúdo deste artigo não se perde se o leitor substituir as expressões que referem Ciência Jurídica por outra mais adequada à sua linha de pensamento, a exemplo de Teoria ou Filosofia Jurídica.

Feitas estas considerações, cabe assinalar que o primeiro subitem do texto versa sobre a desambiguação do conceito operacional de Fontes Jurídicas, dentro dos quadros do paradigma científico adotado.

A segunda parte, por sua vez, aproveita o substrato constante da primeira parte para, com base nele, propor um avanço na classificação tipológica e na indicação do grau de eficácia das Fontes Jurídicas, perante as linhas do texto original da TCD, no âmbito da tradição jurídica brasileira.

O terceiro subitem, ao fim, é dedicado à apresentação sintética dos conceitos operacionais de cada uma das Fontes Jurídicas e de seus respectivos Modos de Produção, observadas suas características centrais.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica⁴.

⁴ PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

Estabelecidos os contornos desta pesquisa científica, cabe anotar que o presente trabalho é capítulo de livro integrante da coleção de estudos do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) voltado à linha de pesquisa Princiologia Constitucional e Política do Direito, cujo tema para este primeiro semestre do ano de 2017 versa sobre Direito, Democracia e Constitucionalismo.

1. DESAMBIGUAÇÃO DO CONCEITO DE FONTES JURÍDICAS

Este primeiro subitem do texto versa sobre a desambiguação do conceito operacional de Fontes Jurídicas, dentro dos quadros do paradigma científico adotado.

Antes de inaugurar o tratamento do tema, contudo, cabe ressaltar que a TCD incorpora a tese das fontes sociais (*social fact thesis, social sources of the law* ou *auctoritas, non veritas facit legem*), segundo a qual todo o conteúdo jurídico decorre de uma construção artificial humana⁵. Trata-se de uma herança teórica do Positivismo Jurídico que refrata a possibilidade de se admitir alguma espécie de Direito Natural, de cunho naturalístico ou metafísico. Evita-se, assim, qualquer grau de retrocesso ao já superado modelo do Jusnaturalismo, porquanto renegada a ficção de que os postulados morais e éticos podem ser extraídos da natureza (versão naturalística), de um universo suprasensível perfeito (vertente metafísica) ou mesmo de um conjunto de bens de um suposto interesse universal inegável (como propõe John Finnis)⁶.

Contudo, a aceitação da tese das fontes não significa a adesão também ao argumento da inexistência de relação entre juridicidade, moralidade e eticidade, a qual é rejeitada pelo marco teórico adotado. No ponto, há aderência ao entendimento de que tanto os critérios jurídicos como também os morais e éticos são criações artificiais. Conforme propõe Jürgen Habermas, “normas morais que regulam uma convivência racional entre sujeitos capazes de fala e de ação não são simplesmente 'descobertas', mas construídas”⁷.

Em decorrência disto, a TCD parte do pressuposto de que as investigações jurídicas devem

⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 123-131.

⁶ Em obra originalmente publicada no ano de 1980, John Finnis elaborou uma versão mais atual e sofisticada do modelo jusnaturalista, defendendo, em brevíssima síntese, a ideia de que o Direito Natural tem origem no interesse prático geral (comunitário) na satisfação de um conjunto de sete bens universais. A obra deste autor pode ser considerada um esforço para reabilitação do paradigma do Jusnaturalismo, mediante uma reconstrução teórica voltada a repelir as críticas levantadas em face dos modelos anteriores. Mais detalhes em: FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 196-197.

abranger não só os documentos legais e sua interpretação, mas também os influxos de moralidade e da eticidade na produção do Direito. Contudo, isto não significa adesão a algum discurso do tipo metafísico, mas sim apenas que efetivamente a Ciência Jurídica não pode olvidar de parcela dos argumentos empregados no fenômeno de tomada de decisão (de cunho moral e ético), só porque é de difícil aferição concreta. Propõe-se, assim, uma abordagem interdisciplinar para aferição sociológica, psicológica e estatística (para medição de opinião pública) quanto ao uso de argumentos de perfil axiológico pelos legisladores e juízes, dentre outras pessoas encarregadas de tomar decisões.

Logo, cabe fixar a premissa inicial de que, segundo a proposta paradigmática pós-positivista ora adotada como marco teórico, a teoria das fontes sociais é incorporada apenas em seu núcleo central, para significar somente que todas as Fontes Jurídicas são produtos artificiais, incluindo não só os textos normativos, mas também os princípios morais e éticos fluídos no tecido social.

Prosseguindo no tema, cabe promover a desambiguação do conceito operacional, para que Fontes Jurídicas (elementos de determinação) signifiquem o conjunto de argumentos empregados na deliberação jurídica, sem se confundir com os seus respectivos Modos de Produção (formas jurígenas).

Com efeito, há autores que não separam analiticamente as duas categorias antes referidas (Fontes Jurídicas e Modos de Produção), apresentando conceitos operacionais ambíguos, a exemplo de Jean-Louis Bergel⁸ e de Luís Prieto Sanchís⁹.

De acordo com os mencionados autores, grosso modo, a expressão Fontes Jurídicas poderia referir tanto determinados elementos de determinação (exemplificativamente, a Legislação ou os Costumes), como também suas formas jurígenas (respectivamente, o processo legislativo de Positivção e as Práticas Sociais).

Visando dissipar as perigosas confusões terminológicas daí decorrentes, este texto propõe a consideração analítica apartada de cada um deles, como mais um dos pontos de reestruturação da Ciência Jurídica contemplado pela TCD.

Outrossim, as **Fontes Jurídicas** consubstanciam os argumentos teóricos admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para a tomada de decisões em uma Sociedade específica (ou

⁸ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53.

⁹ SANCHÍS, Luís Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 159-163.

seja, são os elementos de determinação e justificação das decisões jurídicas), consoante o modelo paradigmático adotado¹⁰.

Sua função precípua consiste em limitar a amplitude decisória do intérprete e aplicador, haja vista que sua incidência aponta determinados direcionamentos que, caso inobservados, recomendam esforço argumentativo exposto à fiscalização democrática, para o fim de evitar as críticas de ignorância ou corrupção.

Importa anotar que o Ordenamento Jurídico não é composto por um catálogo fechado de Fontes Jurídicas, porquanto aberto aos critérios de julgamento aceitos pela tradição de cada comunidade específica.

Novamente invoca-se argumento de Jürgen Habermas, no sentido de que “o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito”¹¹.

Também Aulis Aarnio argumenta que o Direito é um conceito amplo que engloba não apenas critérios de julgamento formais (como a legislação escrita), mas também materiais (como questões axiológicas), mormente porque a realidade demonstra influxos de diversas ordens sobre a atividade deliberativa¹².

Seguindo a mesma trilha lógica, Ronald Dworkin destaca que cabe aos juristas envidar esforços para a compreensão de todos os critérios que são legitimamente aceitos como padrões de julgamento em determinada comunidade, não abordando apenas um rol fechado de modalidades argumentativas¹³.

Diferentemente, os **Modos de Produção** (ou formas jurígenas) referem os meios artificiais pelos quais são produzidos os elementos de determinação. Tratam-se das estruturas processuais que, gradualmente, fazem surgir as Fontes Jurídicas em cada comunidade determinada, com graus

¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 159-163 e 228.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 287.

¹² AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 123: “Las nociones ‘razón de la interpretación jurídica’ y ‘fuente del derecho’ son equivalentes. Referida a esta práctica, la noción de fuente del derecho es en este trabajo definida de la siguiente manera: **toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación es una fuente del derecho**” (grifou-se).

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35-36, p. 527, e, em especial, p. 119: “O meu ponto não é que o ‘direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o ‘direito’ é um conjunto de padrões fixos de algum tipo”.

de eficácia distintos.

Esta temática foi inicialmente abordada de forma parcial em texto publicado anteriormente, no qual foram destacadas apenas duas formas de produção jurídica, mais precisamente a Positivção, que resulta em Textos Normativos, e a Aplicação Judicial, que resulta na Norma Jurídica e, conseqüentemente, na Jurisprudência¹⁴.

Em artigo científico posterior, o assunto foi complementado com a referência às demais modalidades jurígenas, consistentes na Discussão Pública, na Prática Social, na Produção Científica e na Programação Governamental¹⁵.

Feita esta diferenciação, a sequência do trabalho visa oferecer uma visualização sintética da classificação das Fontes Jurídicas geralmente aceitas na tradição jurídica brasileira, seus graus de eficácia e respectivos Modos de Produção.

2. TIPOLOGIA DAS FONTES JURÍDICAS E DOS MODOS DE PRODUÇÃO

Este segundo subitem visa propor um avanço na classificação tipológica e na indicação do grau de eficácia das Fontes Jurídicas, perante as linhas do texto original da TCD, no âmbito da tradição jurídica brasileira.

Inicialmente, cabe referir que as Fontes Jurídicas e os respectivos Modos de Produção podem ser classificados em materiais ou formais.

Sobre este ponto específico, a proposta em tela é aproveitar, embora com algum grau de rearticulação, a doutrina clássica de que as “fontes materiais ou genéticas” são “os fatores que criam o direito, dando origem aos dispositivos válidos”, enquanto, de outro lado, as fontes formais são locais onde se encontram os dispositivos filtrados pela autoridade pública competente¹⁶.

Para tanto, cabe referir que as **Fontes Jurídicas materiais** dizem respeito ao conteúdo passível de influenciar a tomada de decisões pelas pessoas em Sociedade. Trata-se das bases de conhecimentos que são artificialmente produzidas e servem para justificar uma deliberação em determinado sentido. Refletem a substância de que é constituído todo o Ordenamento Jurídico.

¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Produção jurídica: positivação e aplicação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, 2013. Disponível em <ambito-juridico.com.br>. Acesso em out 2015.

¹⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Formas jurígenas. **RECHTD**, São Leopoldo, v. 8, p. 303-317, 2016.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 166-167 e 283.

Por não decorrerem de produção estatal formal, apresentam apenas as dimensões da existência (mediante aferição antropológica e sociológica), do peso (pertinência material ao caso, construída argumentativamente) e da eficácia (aplicabilidade e respeitabilidade no cenário social). Ora, porquanto ainda não passaram pelos filtros formais do Estado, elas carecem das dimensões da validade (peso segundo hierarquia da autoridade estatal) e da vigência (período de validade).

Outra decorrência de não terem formalização estatal é o seu grau de eficácia ser meramente limitado. Isto se justifica ainda pelo fato de sua aferição ser mais dificultosa, porquanto derivam de situações diluídas no tecido social, que demandam análises antropológicas e sociológicas para sua delimitação e compreensão.

São consideradas Fontes Jurídicas materiais os Princípios éticos, a Doutrina e os Costumes. Os respectivos Modos de produção materiais são as Discussões Públicas, a Produção Científica e as Práticas Sociais.

De outro lado, estão as **Fontes Jurídicas formais**, as quais correspondem à formalização dos critérios materiais antes mencionados em substrato institucional, geralmente em textos oficiais, com a finalidade de padronização das substâncias prevalecentes em determinado Estado.

Consoante Jean-Louis Bergel, “o reconhecimento das fontes formais do direito e do caráter obrigatório das regras que delas [das fontes] se originam supõe um ‘estado de direito’”¹⁷.

Outrossim, decorrem da filtragem daqueles materiais antes explicitados, com a finalidade de confirmar as opções axiológicas, técnicas e costumeiras praticadas em determinado cenário social, mediante atuação das autoridades estatais, de modo a ampliar o grau de segurança jurídica.

Não é ocioso destacar que, em cenários altamente heterogêneos, em que os grupos que compõem as diversas comunidades divergem entre si sobre quais os melhores critérios axiológicos, técnicos e práticos que merecem reger a tomada das decisões em Sociedade, ganham destaque aqueles que integram a noção formal de Direito. Daí que a adoção de filtros formais, para a produção política de parâmetros de julgamento, adquire importância para delimitar as forças das maiorias (e, idealmente, preservar os interesses fundamentais das minorias) e, assim, construir o agrupamento das Fontes Jurídicas formais, que integram o conceito de Direito em sentido estrito.

Precisamente por isto, embora sejam derivadas dos elementos materiais antes referidos,

¹⁷ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 54.

adquirem maior grau de eficácia justamente em razão da institucionalização, a qual reflete a formalização de análise de predominância das variáveis valorativas, científicas e sociais.

Adicionalmente, em razão de serem conteúdos filtrados pelas autoridades estatais, possuem as dimensões da existência (efetiva formalização em peças oficiais), da validade (formal), da vigência (temporal) e da eficácia (aplicabilidade social).

As Fontes Jurídicas formais são a Legislação (Textos Normativos), a Jurisprudência (conjunto de Precedentes) e as Políticas Executivas. Os seus respectivos Modos de produção são, respectivamente, a Positivação, a Aplicação Judicial e a Programação Governamental.

De acordo com os argumentos antes expostos, é possível apresentar a seguinte tabela ilustrativa das Fontes Jurídicas e dos seus respectivos Modos de produção¹⁸:

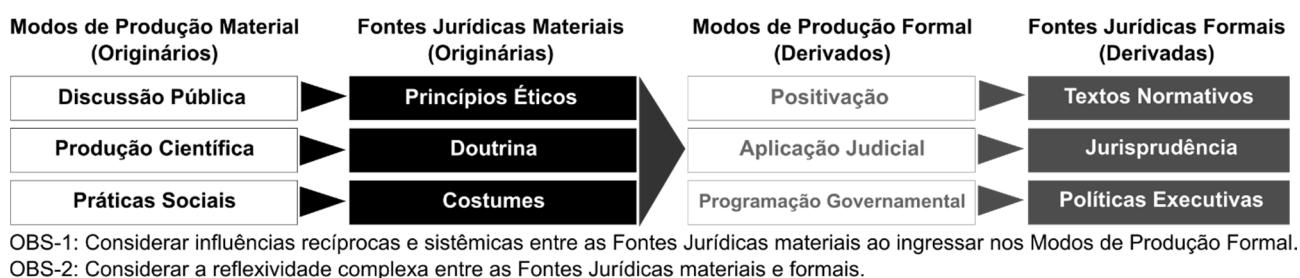
Tabela das Fontes Jurídicas e dos Modos de Produção			
Fonte Jurídica	Eficácia	Modos de Produção (Formas Jurídicas)	Modo de Desconstituição
Fontes Jurídicas Materiais (ou originárias)			
Princípios Éticos	Limitada	Discussões Públicas	Derruição
Doutrina	Limitada	Produção Científica	Revolução Científica
Costumes	Limitada	Práticas Sociais	Dessuetude
Fontes Jurídicas Formais (ou derivadas)			
Texto Normativo	Intransponível, com graduação em níveis escalonados e controle de constitucionalidade	Positivação	Revogação, que pode ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação)
Jurisprudência	Vinculante ou decisiva, de acordo com a tradição jurídica	Aplicação Judicial	Superação de entendimento (<i>overruling</i>)
Políticas Executivas	Decisiva	Programação Governamental	Reprogramação Governamental

Além disto, cabe referir que os diversos Modos de Produção não observam apenas os conteúdos materiais referidos, mas também são reciprocamente influentes entre si, como uma decorrência lógica de sua eficácia formal. Isto significa que, por exemplo, o congressista, ao estabelecer uma legislação ordinária, merece observar a força dos dispositivos constitucionais

¹⁸ Esta tabela foi extraída de: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Formas jurídicas. **RECHTD**, São Leopoldo, v. 8, p. 303-317, 2016. Adicionalmente, cabe mencionar que foi elaborada com base em: AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; e, ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015.

(hierarquia formal superior) e, ainda, em certa medida, dos precedentes tomados em sede de controle de constitucionalidade e, também, não olvidar as Políticas Executivas em andamento. A complexa articulação dos diversos graus de eficácia recíproca entre os padrões formais representa uma característica específica de cada regime jurídico e, certamente, demanda aprofundamentos em textos específicos, muito embora a ressalva seja pertinente no presente documento como um lembrete para dissipar eventual dúvida.

A dinâmica dos Modos de Produção por ser visualizada através do seguinte gráfico¹⁹:



3. CARACTERÍSTICAS DAS FONTES JURÍDICAS E DOS MODOS DE PRODUÇÃO

Este subitem final é dedicado à apresentação sintética dos conceitos operacionais de cada uma das Fontes Jurídicas e de seus respectivos Modos de Produção, observadas suas características centrais, de acordo com o cenário brasileiro.

Princípios Éticos	Material	Limitada	Discussões Públicas
Fonte Jurídica	Tipo	Grau de Eficácia	Modo de Produção

Os Princípios Éticos são os valores compartilhados em Sociedade, considerando o embate dos diversos grupos de maiorias e minorias sobre as opções axiológicas para a determinação de condutas. Tais preceitos são levados em consideração pelas pessoas no momento de decidir, inclusive quando elas ocupam posições de autoridade na esfera estatal, mesmo que haja o esforço para suspensão dos preconceitos pessoais em favor de critérios mais objetivos.

Sobre esta modalidade de Fontes Jurídicas, Herbert Lionel Adolphus Hart reconheceu que “nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser

¹⁹ Esta tabela foi extraída de: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Formas jurídicas. **RECHTD**, São Leopoldo, v. 8, p. 303-317, 2016.

reconhecida”²⁰. Na continuidade do mesmo texto, afirmou que “muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não-conclusiva”²¹.

Dito isto, neste particular, cabe diferenciar as opções morais, que refletem a opinião individual subjetiva, das considerações éticas, que derivam da convergência de certos critérios de moralidade para um determinado agrupamento social, sem desconsiderar as inegáveis influências recíprocas entre os dois referidos níveis. Tal divisão é relevante porque, apesar de serem inegáveis os influxos de ambos os âmbitos morais no momento de decidir, somente a eticidade revela legitimidade aceitável, por ultrapassar a esfera subjetiva pessoal e atingir maior grau de consenso social.

O seu modo de produção característica são as Discussões Públicas, que significam os diversos âmbitos de debate popular que conformam os pontos de convergência moral em determinado agrupamento social e, assim, constroem os respectivos parâmetros prevalecentes de moralidade política.

Conforme já destacado em artigo científico específico sobre o tema, menciona-se que a convivência humana em agrupamento enseja a necessidade de discussões sobre temas sensíveis, referentes à divisão de recursos finitos, à definição sobre a reprodução e filhos, à distribuição de tarefas e responsabilidades, às garantias de subsistência, etc. Enfim, é necessária a discussão sobre as divergências morais de cada um para estabelecer disciplinas em todos os temas necessários à interação intersubjetiva, ainda que tais parâmetros de convivência sejam fixados apenas episódica ou gradualmente, na medida em que os problemas aparecem. Daí que cada um dos envolvidos possui seus próprios critérios morais, porém, no desenrolar desta convivência, serão factualmente forçados a definir algumas áreas de convergência de padrões axiológicos, seja mediante consenso, por imposição do mais forte ou qualquer outra forma de definição de tal uniformização valorativa (como de fato historicamente ocorreu). É então que surge a Ética, consistente justamente no conjunto de Princípios Éticos que fixam tal disciplina de convivência. Com esta delimitação do que é valorativamente certo ou errado, os membros do agrupamento podem conduzir suas condutas com maior previsibilidade quanto às decisões que tomarem, de modo que, caso optem por desrespeitar os acordos intersubjetivos, devem estar preparados para eventuais consequências,

²⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264.

²¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 339.

como vergonha perante os demais, futuras negativas de negociação ou de reprodução, dentre muitas eventuais outras. Dado o caráter intersubjetivo dos ditames éticos, os demais integrantes do grupo podem modificar sua conduta com relação àqueles que são apanhados infringindo postulados socialmente importantes.

Daí que este modo de produção está intrinsecamente ligado com a noção de opinião pública, a qual inegavelmente influencia as várias deliberações em Sociedade e, inclusive, as autoridades públicas no momento da posterior construção dos critérios formais, através dos filtros estatais, passando a ser chamados de Princípios Jurídicos.

Assevera-se que esta modalidade de elemento de determinação pode até ser objeto de revogação quando estiver positivada, mas somente deixa efetivamente de ser empregada na produção normativa quando o valor impregnado deixar de ser significativa para os aplicadores, mediante derruição (ou erosão) de sua importância em determinada cultura.

Doutrina	Material	Limitada	Produção Científica
Fonte Jurídica	Tipo	Grau de Eficácia	Modo de Produção

A Doutrina (*communis opinio doctorum*) consiste na base de conhecimentos técnicos disponíveis para auxiliar na tomada de decisão, com preponderância da modalidade científica dos saberes, notadamente no ramo de estudos jurídicos (de uma Ciência ou Teoria Jurídica, conforme se confira o respectivo *status* científico para tal campo de investigação).

Muito embora não seja vinculante, sua importância não pode ser desprezada, haja vista seu reiterado e inafastável emprego na formação da matriz disciplinar que orienta o pensamento técnico (e jurídico) de determinada comunidade, forjando conceitos operacionais a serem empregados pelos profissionais da área, de modo a organizar os problemas e as soluções modulares para cada campo do conhecimento. Cabe aqui destacar que todos os ramos de estudo integram o conceito doutrinário, mormente porque se concorda com a análise de no sentido de que “a teoria jurídica interdisciplinar é inevitável”²².

Neste particular, importa assinalar que, muito embora todo conhecimento disponível ao intérprete possa influenciar no momento de tomada da decisão, a produção científica adquiriu historicamente maior relevância e força persuasiva, precisamente em razão do emprego de métodos que asseguram maior publicidade e a submissão a parâmetros mais rígidos de controle,

²² POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 587.

conforme os trabalhos da crítica acadêmica. Outrossim, as espécies mitológica, religiosa, vulgar (senso comum) e filosófica, apesar de passíveis de influenciar a pessoa encarregada de decidir, são geralmente superadas por argumentos de natureza científica.

Sua forma jurídica é a Produção Científica, a qual consiste na elaboração de conhecimento técnico sobre diversos aspectos (inclusive os temas jurídicos), com vista à fidelidade na descrição da realidade (âmbito descritivo) e à resolubilidade prática (aspecto prescritivo), os quais são submetidos a métodos rigorosos, de modo a adquirir ampla publicidade e considerável grau de confiabilidade.

Outrossim, trata-se da forma de elaboração do conhecimento e da tecnologia disponível para tomar decisões em vários aspectos da vida, observada a atual estrutura fortemente influenciada e controlada pelos meios acadêmicos.

Dentre os diversos ramos científicos, cabe destacar que os estudos específicos da Ciência Jurídica (ou caso se preferir lhe negar o *status* científico, da Teoria do Direito) adquirem considerável importância, porque produzem teses repassadas na formação das categoriais profissionais diretamente envolvidas com a criação dos critérios formais de julgamento, como juízes, promotores, defensores e advogados, os quais passam a empregá-los como base de conhecimento.

Costumes	Material	Limitada	Práticas Sociais
Fonte Jurídica	Tipo	Grau de Eficácia	Modo de Produção

Os Costumes são ocorrências fáticas cuja reiteração ao longo do tempo gera expectativas em determinada comunidade. Em outras palavras, consubstanciam práticas reiteradas no cenário social que, igualmente, são consideradas pelo hermenêuta, haja vista conformarem as tratativas cotidianas de uma determinada cultura.

Seu Modo de Produção são as Práticas Sociais, as quais referem as diversas condutas tomadas em Sociedade, por motivações das mais diversas, com considerável uniformidade e regularidade temporal, de modo a gerar a constituição de praxes em diversos âmbitos de atuação humana.

Textos Normativos	Formal	Intransponível	Positivção
Fonte Jurídica	Tipo	Grau de Eficácia	Modo de Produção

O Texto Normativo (ou Legislação) consiste na expressão escrita em vernáculo com vista a delimitar a margem decisória das pessoas em determinada Sociedade, cuja elaboração cabe às autoridades legiferantes legitimadas politicamente, em representação da força predominante na

comunidade.

Sobre a temática, Friedrich Müller destaca que “o texto determina os limites extremos de possíveis variantes no significado”²³; ou seja, “no interesse de uma clareza constitucional e da determinidade pelos princípios do Estado de Direito, o texto da prescrição deve ser tratado como limite de concretização em circunstâncias a serem detalhadas”²⁴.

Daí que a legislação estatal representa o corpo de referência principal e inderrogável, de observância obrigatória para todas as demais autoridades políticas (gestores públicos e juízes) e pessoas jurídicas e físicas com operações decisórias dentro da área abrangida pelo Estado, consoante a premissa máxima da submissão de todos à lei, basilar nas Sociedades democráticas modernas.

Sua forma jurígena clássica é a Positivção, mediante a qual o legislador fixa uma forma escrita com a finalidade de delimitar a amplitude decisória das pessoas (principalmente das autoridades públicas, com especial enfoque nos juízes), de modo a estabelecer um parâmetro mais rígido e seguro das expectativas quanto às consequências de determinadas condutas, ampliando a preservação da segurança jurídica (certeza do Direito).

Durante o processo legiferante, o parlamentar (ou outra autoridade com delegação específica para produzir textos legais) é influenciado por diversos fatores éticos, técnicos (notadamente das ciências econômicas, sociais, biológicas e outras) e práticos, visando conformar a redação de um texto limitador da margem de decisão (uma legislação), de modo que seja efetuada com determinados direcionamentos. Porém, a partir do momento em que uma redação é fixada e promulgada (ou imposta, em um indesejável cenário autoritário), ela se desvincula de forma considerável dos motivos que ensejaram fosse elaborada, passando a constituir um elemento de determinação autônomo da capacidade decisória.

Importa referir que a tarefa institucional do legislador não é a de criar Normas Jurídicas, haja vista que ele não se coloca diante de um problema pontual e específico surgido na faticidade, para resolvê-lo mediante uma Decisão voltada às especificidades concretas, de acordo com as Fontes Jurídicas legítimas. Sua tarefa é mais ampla, pois envolve um planejamento político para a

²³ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 32.

²⁴ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 81.

comunidade integralmente considerada, no sentido de estabelecer parâmetros que determinem as deliberações pelos integrantes do corpo social, de forma vinculante, segundo a premissa da submissão de todos perante a lei. Com efeito, cabe ao legislador captar os diversos influxos axiológicos, tecnológicos e práticos emergentes da Sociedade e, de acordo com eles, produzir uma orientação escrita acerca de como as pessoas devem se conduzir diante de determinados casos, de modo a estabilizar padrões de conduta e, assim, fixar diretrizes seguras a serem seguidas, fortalecendo a certeza jurídica. E tal padrão de comportamento é justamente o Texto Legislativo, que serve de referência para a tomada de decisões sociais, como elemento de determinação preponderante.

Uma vez plasmada a redação de um determinado Texto Normativo, de acordo com o processo legislativo estabelecido, ocorre uma desvinculação entre todos os argumentos que eventualmente foram suscitados no parlamento para a fixação da melhor expressão gramatical ao direcionamento intencionado, passando o diploma legal a se constituir em uma redação escrita com força autônoma e determinante, como resultado da positivação, consoante a herança juspositivista aqui assimilada. Isto não significa, contudo, que os critérios axiológicos, técnicos e práticos que influenciaram o legislador serão ignorados; pelo contrário, representam influxos que conformaram a interpretação da pessoa encarregada de deliberar, embora ela não possa imputá-los diretamente à cognição pretérita efetuado pelo órgão legislativo (ou seja, ingressam mediante nova avaliação do intérprete, sem referências a uma suposta ficção da “vontade do legislador”).

Jurisprudência	Formal	Intransponível	Aplicação Judicial
Fonte Jurídica	Tipo	Grau de Eficácia	Modo de Produção

A Jurisprudência consiste no conjunto de textos que expressam decisões anteriores das autoridades públicas, mormente as judiciárias, cuja medida de força depende de previsão normativa e da tradição jurídica de cada comunidade.

A importância da jurisprudência reside, a um, na previsibilidade de eventuais decisões que podem emergir caso a controvérsia seja encaminhada ao Estado (geralmente pela via jurisdicional), para dissipação forçada, e, a dois, na manutenção da coerência na adjudicação, de modo a tratar casos similares da mesma maneira (raciocínio analógico).

Seu Modo de Produção é chamado de Aplicação Judicial, que refere a construção articulada da Norma Jurídica que servirá de embasamento para a resolução de determinada situação concreta, com pretensão de correção, através de um processo submetido à jurisdição.

No ponto, cabe lembrar a tese de que todos em Sociedade decidem e, portanto, realizam a atividade intelectual de aplicação. Porém, tais situações corriqueiras de aplicação não criam Normas Jurídicas no sentido formal, mas apenas diretrizes individuais, que podem ser posteriormente questionadas em juízo. Somente então, com a inauguração da formalidade do questionamento em sede de processo judicial, é que tem ensejo a dialética tendente a resultar na Norma Jurídica em sentido formal, que será exposta como argumentos articulados em um documento oficial (geralmente em uma sentença ou em um acórdão) e que, nos casos posteriores, poderá ser invocada como precedente ou, até mesmo, em caso de consolidação de reiteradas peças no mesmo sentido, como Jurisprudência.

Outrossim, o caminho que leva até a produção da Jurisprudência, como Fonte Jurídica formal, inicia-se pela tomada de decisão por qualquer pessoa em Sociedade, passa pelo posterior questionamento de tal deliberação em juízo, para a formação da Norma Jurídica formal respectiva e, ao fim, resulta em um precedente que, acaso reprisado, pode ensejar a construção jurisprudencial.

Cabe assinalar que, enquanto a Positivção tem como uma de suas características marcantes a busca pela imparcialidade e pela impessoalidade de tratamento, de modo a promover o valor da igualdade (equidade jurídica), a Aplicação, por outro lado, consubstancia uma adequação das Fontes Jurídicas às peculiaridades do caso concreto, após um diálogo equilibrado (em paridade de armas) entre os contendentes.

Políticas Executivas	Formal	Decisiva	Programação Governamental
Fonte Jurídica	Tipo	Grau de Eficácia	Modo de Produção

As Políticas Executivas são os programas estabelecidos pelos órgãos de governo para plasmar a prosperidade coletiva, através de investimentos públicos, intervenção na economia, relações interestatais, acordos políticos e focalização de metas, em observância à legislação e aos vetores principiológicos.

Não se trata de valores (e, portanto, não se confundem com eles nem com os Princípios Éticos/Jurídicos), mas sim de estratégias programadas para o atingimento de determinadas finalidades de governo, estando vinculadas à Legislação (e, em certos casos, à Jurisprudência) em sentido amplo.

Muito embora não possuam força vinculante, consubstanciam planos declarados de atuação

governamental que acabam por influenciar decisivamente a totalidade das decisões tomadas em Sociedade. Com efeito, as deliberações geralmente receberam influxos das metas fixadas pela administração estatal e, quando consideradas voltadas à eticidade (valores compartilhados) e destinadas à promoção do bem-estar coletivo, são geralmente consideradas relevantes pelos órgãos de interpretação e aplicação.

Decorrem da forma jurídica intitulada Programação Governamental, que significa a construção de parâmetros para o cumprimento das funções gerenciais do Estado, voltada ao atingimento das missões específicas do Poder Executivo, que resulta nas Políticas Executivas, documentadas ou não.

Outrossim, os diversos agentes públicos encarregados de funções executivas, lotados nos vários estratos da hierarquia, programam a sua atuação de forma verbal ou escrita e, assim, acabam influenciando decisivamente o agir estatal e, também, a conduta de particulares. Sem embargo, algumas Políticas Executivas que são produzidas no cotidiano do funcionamento das instituições públicas não constam necessariamente de documentos escritos, tratando-se de praxes fixadas apenas na memória dos seus agentes (que os estudiosos da administração chamam de memória institucional). Outras, porém, são reduzidas a termo em tipos distintos de documentos, mas sem observar as peculiaridades do processo legiferante, resultando em textos expressos em decretos, resoluções, portarias, circulares e despachos.

CONCLUSÕES

O presente texto propôs uma rediscussão sobre a Teoria das Fontes Jurídicas, especificamente no concernente à desambiguação do conceito operacional, à classificação tipológica e à indicação do respectivo grau de eficácia no sistema brasileiro, sob a ótica da Teoria Complexa do Direito.

Quanto à desambiguação do conceito operacional, restaram estabelecidas as diferenças entre, de um lado, a categoria Fontes Jurídicas, que consubstanciam os argumentos teóricos admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para a tomada de decisões em uma Sociedade específica e, de outro, Modos de Produção (ou formas jurígenas), a qual refere os meios processuais artificiais pelos quais são produzidos os mencionados elementos de determinação.

Também foi esclarecida a adesão da TCD ao núcleo central da tese das fontes sociais, para

significar somente que todas as Fontes Jurídicas são produtos artificiais, incluindo não somente os textos normativos, mas também os princípios morais e éticos fluídos no tecido social. No ponto, foi esclarecido que a referida proposição pós-positivista rejeita o acréscimo do argumento da inexistência de relação entre juridicidade, moralidade e eticidade, considerando o entendimento de que tanto os critérios jurídicos como também os morais e éticos são criações artificiais, com notável relevância nos processos decisórios.

Quanto à classificação das Fontes Jurídicas, graus de eficácia e respectivas formas jurídicas, restou esclarecido que o Ordenamento Jurídico brasileiro contempla as seguintes modalidades: **a)** Textos Normativos (*statutes*), de natureza formal, decorrentes de Positivação, cujo grau de eficácia é considerado intransponível; **b)** Princípios Éticos/Jurídicos, de cunho material, oriundos de Discussões Públicas, com força limitada (acaso ainda não incorporados formalmente); **c)** Jurisprudência, de natureza formal, produzida por Aplicação Judicial, com eficácia decisiva; **d)** Políticas Executivas, de cunho material, derivadas de Programação Governamental, com eficácia decisiva; **e)** Doutrina, construída materialmente por Produção Científica, com força limitada; e, **f)** Costumes, materialmente construídos por Práticas Sociais, cuja eficácia é limitada. Ainda ao lado destes seis elementos, são passíveis de aceitação outros argumentos técnicos, advindos de outros campos de conhecimentos (estudos interdisciplinares), a depender da capacidade para vinculá-los argumentativamente ao discurso jurídico, ou seja, com influência limitada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2010.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Formas jurígenas. **RECHTD**, São Leopoldo, v. 8, p. 303-317, 2016.

_____. **Produção jurídica**: positivação e aplicação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, 2013. Disponível em <ambito-juridico.com.br>. Acesso em jun. 2017.

_____. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015.

A APROXIMAÇÃO DAS JURISDIÇÕES DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

Adriane Guasque¹

Orlando Luiz Zanon Junior²

INTRODUÇÃO

O que se pretende no presente texto é demonstrar a aproximação que vem ocorrendo entre os sistemas jurídicos do *Civil Law* e do *Common Law* e as alterações por ela provocadas nas bases da estrutura jurídica brasileira, vez que esta convergência acaba por reformular todo o sistema processual.

A justificativa do referente³ utilizado decorre da necessidade de analisar a nova realidade jurídica surgida pela descaracterização do *Civil Law* e a aproximação ao sistema do *Common Law*, em especial com o advento do Código de Processo Civil em vigor, e de adequar a cultura jurídica pátria aos novos ditames impostos na atualidade – que almeja maior segurança jurídica e efetividade do processo judicial brasileiro.

Os sistemas jurídicos anglo-saxônico e romano-germânico têm institutos e conceitos próprios e distintos entre si e esta diferença ocorre em função das circunstâncias políticas, históricas e culturais que deram origem a cada um destes sistemas. Embora ambos tenha sofrido influência do direito romano, a verdade é que a intensidade desta influência e a reação a ela foram diferentes, e esse fato é o responsável pelas semelhanças e diferenças nas estruturas jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law*.

Todavia e em grande parte pelo movimento da constitucionalização do Direito, o processo

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Pós-Graduada em Direito Contemporâneo e suas Instituições Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos – IBEJ e em Direito Processual pelo Centro Avançado de Especialização e Desenvolvimento de Recursos Humanos Assessorias Técnica e Jurídica – CAEDRHS e pelo Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Advogada. Florianópolis – SC – Brasil. E-mail: adriane@guasque.adv.br

² Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ).

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 57/66.

civil brasileiro vem sofrendo forte influência da sistemática anglo-saxônica, com o surgimento de institutos processuais que buscam fortalecer o papel da jurisprudência como fonte do Direito, o que culminou com a adoção, pelo novo Código de Processo Civil, do sistema de precedentes na atividade jurisdicional.

A hipótese aqui tratada é a de que essa valorização da jurisprudência no Direito nacional demonstra a diminuição do hiato até então existente entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*.

Objetivando demonstrar a hipótese mencionada, pretende-se no presente trabalho analisar as principais características dos sistemas jurídicos anglo-saxônico e romano-germânico, para, na sequência, demonstrar como o direito processual civil brasileiro está buscando fortalecer o papel da jurisprudência como fonte do Direito e, assim, vem descaracterizando o *Civil Law* e aproximando-se do *Common Law*, bem como as consequências advindas desta aproximação nas bases da estrutura jurídica brasileira.

Nesta tarefa, será utilizada a modalidade de pesquisa bibliográfica e o método de abordagem indutivo. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica ensinadas por Cesar Luiz Pasold⁴.

1. OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Como mencionado, ambos os sistemas jurídicos, romano-germânico e anglo-saxônico, sofreram influência do direito romano, e por isso possuem pontos semelhantes. Todavia a intensidade e a reação desta influência foram diferentes o que acabou por originar características diferentes entre eles, as quais se pretende analisar neste primeiro tópico.

1.1 O sistema *Common Law*

O *Common Law* surgiu no direito inglês, mas especificamente em 1154, quando assumiu o rei Henrique II e que fez a substituição dos costumes locais por um direito novo, dando novos significados aos costumes já existentes e criando um sistema jurídico que aplicasse o direito “comum” (baseado no senso comum) e aplicado à toda a Inglaterra, sem exceções, por isso foi

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

chamado *comune ley* ou *Common Law*. Nas palavras de Ana Beatriz Ximenes de Queiroga⁵, “o rei Henrique II ficou conhecido como aquele que conseguiu unificar as leis da Inglaterra e criar o sistema da *Common Law*, deixando várias consequências importantes para a forma atual do direito inglês”.

O *Common Law* surge como conjunto de rigorosas regras processuais e com um caráter essencialmente formal. O formalismo exagerado foi, com a evolução do direito inglês, sendo mitigado, de modo a permitir o desenvolvimento do direito material, sem, todavia, ser capaz de aplacar a essência jurisprudencial e processualística do *Common Law*.

As particularidades do *Common Law* advêm dos princípios e dos paradigmas que estruturam o direito inglês. René David⁶ explica este fato nos seguintes termos:

A diferença estrutural se explica historicamente pela origem das famílias jurídicas: enquanto os sistemas romanistas foram construídos de forma racional e lógica, considerando as regras de fundo do direito, graças à obra das universidades e do legislador, o direito inglês foi ordenado, longe de qualquer preocupação lógica, nos quadros que lhe eram impostos pelo processo, conservando-se, de forma geral, as classificações às quais se estava habituado devido a uma longa tradição.

Diante da ausência de um ordenamento jurídico codificado, ele foi sendo construído, nas Cortes superiores, pela aplicação de normas consuetudinárias (*Common Law*) ou de equidade (*rules of equity*) e recorrer aos precedentes tornou-se inevitável, visto que estes eram, em inúmeras situações, os únicos documentos jurídicos que poderiam trazer uma solução para o conflito capaz de garantir os ideais de justiça e igualdade e manter a coerência do sistema. “Por motivo de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial”⁷.

Portanto, o direito inglês, ao contrário do francês que se constitui por regras gerais e abstratas, assenta-se sobre regras de menor amplitude, aplicabilidade e generalidade. Deste modo, o *Common Law* acaba se estruturando sob os casos concretos julgados (*case law*), ou seja, reveste-se de uma natureza eminentemente casuística. A lei (*statute law*) exerce uma função secundária e complementar e os ditames legais somente são plenamente reconhecidos quando aplicados pela jurisprudência, momento em que acabam por integrar o sistema.

⁵ QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes de. **O Direito Inglês**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49678>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*, p. 357.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 351.

O *Common Law* se caracteriza por ser um sistema aberto e sua construção se dá em caráter permanente através do trabalho desenvolvido pelas Cortes superiores – de onde efetivamente se originam os precedentes judiciais, ou seja, de onde emana o direito jurisprudencial. Assim é que o direito britânico é, essencialmente, um direito feito pelos juízes das Cortes superiores; a *Common Law* é o produto do trabalho de séculos desenvolvido pelos juízes.

A função do juiz não é interpretar a lei existente e aplicá-la no caso concreto para solucioná-lo, mas sim buscar na base jurisprudencial se há e qual é o precedente que deve ser aplicado – este trabalho se traduz na identificação da *ratio decidendi* jurisprudencial que deverá ser aplicada no caso concreto a ser julgado. Assim, quando um juiz vai solucionar um conflito de interesses ele deve, inicialmente, verificar a existência de casos análogos ao caso em julgamento e, caso exista, deve buscar a obrigatoriedade do precedente na *ratio decidendi* (motivo que levou o juiz a decidir em determinado sentido) do caso análogo, isto porque os precedentes devem ser aplicados aos casos presentes quando as questões de direito (e não as de fato) estão interligadas. É evocando a *ratio decidendi* de determinado precedente que o juiz do tribunal inferior decidirá se o referido precedente deve ou não ser aplicado na solução do caso concreto subsequente.

Sobre a atuação do juiz, Lenio Luiz Streck⁸ faz a seguinte observação:

Não é novidade afirmar que o direito inglês tem sido historicamente o resultado da atividade dos tribunais reais de justiça desde o início do segundo milênio, quando os normandos invadem a Inglaterra. O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios – é um direito de processualistas e de práticos. Isso significa dizer, correndo o risco da simplificação, que o grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído da fileira dos práticos, e não o professor da universidade, isso porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudou nas universidades – nenhum dos grandes juízes do século XX possuía título universitário.

Em função destas características, é que o precedente jurisprudencial é tido como a principal fonte do *Common Law*. As decisões da denominada alta justiça, decisões das Cortes superiores (*Supreme Court of the United Kingdom* e *Supreme Court of Judicature*), após a metade do século XIX, quando a regra do precedente (*rule of precedent*) ou *stare decisis* foi estabelecida, devem ser seguidas pelos demais tribunais, sob pena de comprometer a certeza, a coesão e a própria existência do direito inglês. Os precedentes jurisprudenciais de um tribunal superior vinculam os tribunais inferiores na escala hierárquica, e, em determinadas situações, vinculam a si mesmo.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 351.

Vale mencionar, como destacado por Lenio L. Streck⁹ que “o juiz não se remete às decisões precedentes como simples orientação ou guia, mas sim que está obrigado a aplicar as regras legais contidas em tais decisões”. As Cortes inferiores são obrigadas a seguir os precedentes das Cortes superiores – essa é a essência do *Common Law*. Os precedentes jurisprudenciais contêm, nas palavras de Mário Losano¹⁰, “o direito vigente em forma não-codificada”.

Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior¹¹ salienta que “o fato de a *Common Law* não representar, de início, um conjunto de normas de direito material, mas de rigorosas regras de processo, foi determinante para a imposição histórica da jurisprudência como a principal fonte do direito inglês”.

Tendo a doutrina dos precedentes força obrigatória, a lei é tida como a segunda fonte no *Common Law*. Toda lei está, na *Common Law*, sujeita a alterações feitas pelos juízes ou pelo Parlamento e em última análise, o que vai valer é a palavra do Parlamento. É assim que funciona o “controle de constitucionalidade” do direito inglês – entre aspas porque no direito inglês há uma Constituição, todavia não Constituição formal e escrita e isso, segundo destaca René David, “não é um acaso; eles não querem ter, eles consideram as Constituições escritas uma coisa ruim, na medida em que tendem a introduzir o rigor do direito numa matéria em que tudo deve ser resolvido por métodos flexíveis”¹².

Embora a lei positivada tenha ganhado importância e não represente, modernamente, somente uma fonte secundária, a sua incidência é limitada, uma vez que cabe ao juiz interpretá-la de forma restritiva e aplicar tão somente o que está realmente expresso no texto legal; uma vez interpretada e aplicada pelas Cortes superiores, a lei é admitida e incorporada ao Direito. Portanto, o papel da jurisprudência permanece intacto no *Common Law*.

Em resumo, a principal característica do *Common Law* é a de ser um sistema jurisprudencial que se revela pela prática forense, vez que criado pelas Cortes superiores. Pode-se afirmar, como se imagina inicialmente, que a *Common Law* é um direito consuetudinário, desde que “num sentido especial: o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 358.

¹⁰ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 336.

¹¹ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹² DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 74.

comportamento dos juízes”¹³. Quando o costume popular é consagrado pela jurisprudência, ele perde seu caráter consuetudinário e torna-se uma norma jurisprudencial submetida à regra do precedente.

Enfim, por força da sua formação histórica e do sentimento que permeia os profissionais do *Common Law*, de valorização do direito processual e jurisprudencial, este estrutura-se sobre institutos, categorias e respectivos conceitos distintos, alguns deles, inclusive, sem correspondência na Europa continental e nos demais países do sistema romanista.

Apenas uma observação deve ser levada em conta, antes de se finalizar este tópico: na realidade o sistema do *Common Law* e o sistema de precedentes judiciais não se confundem. “Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática”¹⁴. A teoria do *stare decisis et non quita movere*¹⁵ que vinculou os juízes às decisões precedentes, se estabeleceu rigorosamente somente no século XIX.

1.2 O sistema *Civil Law* e as principais diferenças do *Common Law*

O *Civil Law* ou sistema romano-germânico tem origem no Direito da Roma antiga, ou seja, foi concebido sob forte influência do direito romano e é o sistema jurídico mais disseminado no mundo.

Este sistema desenvolveu-se nas universidades da Europa continental, visto que o estudo sistemático dos direitos romano e canônico pelo meio acadêmico serviu de base para a formação dos juristas do continente europeu. Assim é que os operadores do Direito no *Civil Law* são letrados e formados das universidades, diferentemente dos juristas do *Common Law*, eminentemente práticos.

¹³ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 325.

¹⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun., p. 43/68. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2016.

¹⁵ Significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto.

O Direito no *Civil Law* é composto por regras de conduta elaboradas visando regulamentar a relação entre os cidadãos e entre eles e a Sociedade. Estas regras são gerais e abstratas, cabendo ao Juiz identificar a norma e aplicá-la ao caso concreto a ser solucionado, de acordo com a vontade do legislador. Aqui reside uma grande diferença entre os sistemas jurídicos analisados, visto que o *Common Law* surge como conjunto de regras processuais e, como dito, assenta-se sobre regras de menor amplitude, aplicabilidade e generalidade, cabendo ao juiz, quando visa dar uma solução para o caso concreto, buscar o precedente judicial que deve ser aplicado.

Para que seja possível, no *Civil Law*, limitar o poder do juiz à declaração da vontade e do espírito da lei, é necessário que a lei seja clara, coerente e capaz de regulamentar todos conflitos existentes. Assim é que a sistematização do Direito, ocorrida pelo fenômeno da codificação, deu-se com a intenção de outorgar ao sistema jurídico coerência, completude, precisão e certeza. O Direito é codificado, positivado e o sistema jurídico do *Civil Law* se diz fechado e completo, ao contrário do *Common Law* que, como mencionado, se caracteriza por ser um sistema aberto, produto do trabalho desenvolvido pelos juízes das Cortes superiores.

A distinção que existe aqui não se refere a existência ou não de Códigos, visto que no *Common Law* também há intensa produção legislativa e diversos Códigos; a diferença reside no “significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los”¹⁶. Luiz Guilherme Marinoni explica este fato nos seguintes termos:

No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.

Por se considerar um sistema fechado e completo é que o *Civil Law* tem a lei como a principal fonte do Direito. A segurança jurídica é alcançada, neste sistema, mantendo-se o juiz vinculado à aplicação da lei positivada.

Os dois principais sistemas jurídicos vigentes hoje no mundo têm como objetivo manter a coerência do sistema e proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados. A diferença é que o *Civil*

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n. 49, 2009, p. 11/58. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso 8 jul. 2015.

Law busca este objetivo por meio de leis, enquanto que o *Common Law* busca por meio de precedentes judiciais. Aqui sim está a principal diferença entre os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico: a autoridade que é dada aos precedentes judiciais!

Para um juiz do *Civil Law*, impor-lhe respeito às decisões já dadas pelo Poder Judiciário é entendido como um limitador do seu poder de livre convencimento. Ele deve julgar aplicando a lei já positivada de acordo com seu livre convencimento e há, aqui, uma rígida diferença entre julgar (Poder Judiciário) e legislar (Poder Legislativo). Enquanto que no *Common Law* o juiz deve respeitar as decisões dos tribunais que lhe são superiores e, quando não há um precedente a ser seguido, o julgamento de casos “inéditos” costuma originar novas regras, por isso que a Magistratura é a promotora do direito no *Common Law*, vez que suas decisões não se limitam ao caso solucionado, mas seus efeitos normativos podem estender-se aos casos futuros, desde que estes venham a se enquadrar nos mesmos limites da causa julgada.

Portanto, no *Common Law* a formação de um precedente depende apenas de uma única decisão judicial e tem vinculação obrigatória na escala hierárquica em duplo sentido: no campo vertical e horizontal (precedentes de um tribunal superior vinculam os tribunais hierarquicamente inferiores, e, em determinadas situações, a si mesmo, como já mencionado), ao contrário da formação da jurisprudência no *Civil Law* que depende de decisões reiteradas sobre o mesmo tema e não são vinculantes.

Em resumo, a principal diferença entre o sistema *Civil Law* e o sistema *Common Law* está na essência processualística e no alto grau de autoridade que é outorgada aos precedentes judiciais no sistema anglo-saxônico. Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior¹⁷ explica esta diferença nos seguintes termos:

O direito jurisprudencial, pois, nos países de *civil law*, é reconhecidamente fraco quando em comparação com a lei; frágil e suscetível de modificação a todo tempo, vez que, em regra, não obriga ou compele senão às partes em litígio, não vinculando o órgão jurisdicional que emanou o julgado, nem as jurisdições a ele inferiores e, muito menos, particulares não integrantes da relação processual originária; é, precisamente, o oposto do precedente de *common law*, ostentando, em regra, eficácia meramente persuasiva.

Neste contexto, evidente que a hodierna rejeição à regra do precedente vinculante ou *stare decisis* pelo regime de *civil law* não é fruto do acaso. É o resultado da opção histórica dos países do continente europeu pela adoção do modelo pré-fabricado do direito romano, em oposição à estratégia

¹⁷ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* e aplicabilidade do *stare decisis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 86.

tipicamente inglesa de outorgar aos magistrados o poder de, a partir de caso concreto, construir um direito de base jurisprudencial.

Outras diferenças podem ainda ser mencionadas, tais como: o *Civil Law* é sistematicamente dividido entre direito público e direito privado, o que não ocorre no *Common Law* que, por ser construído eminentemente sobre considerações processuais, o Direito é tido todo como direito público. Outra característica do *Civil Law* é a existência de determinados ramos do Direito, desconhecidos do *Common Law*, como ocorre com o direito das obrigações. Pode-se mencionar, também, a diferença do papel do doutrinador na elaboração da regra de direito, a qual é explicada por Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior¹⁸, ao afirmar que “a doutrina, em todos os países do *Civil Law*, não se contenta com a tarefa de sistematizar o direito legislativo e jurisprudencial”, isto porque o “jurista de *Civil Law* considera-se apto a, em trabalho de sistematização, elaborar proposições normativas”.

Enfim, uma vez clara a ideia de que as diferenças entre os sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxônico são resultado das circunstâncias políticas, históricas e culturais que deram origem a cada um destes sistemas e, por consequência, foram responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes do *Civil Law* e do *Common Law*, e pontuados os principais aspectos e diferenças dos referidos sistemas jurídicos, pretende-se, na sequência, demonstrar que o direito processual civil brasileiro já vem há tempos buscando fortalecer o papel da jurisprudência como fonte do Direito e que esta busca acabou por descaracterizar o *Civil Law* e aproximar o sistema jurídico processual brasileiro do sistema do *Common Law*.

2. MECANISMOS DE APROXIMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO AO *COMMON LAW*

A convergência entre os dois principais sistemas jurídicos da atualidade se mostra em aspectos simples como a maior importância dada no *Civil Law* à tradição oral e no *Common Law* ao imperativo da escrita.

Ocorreu, também, no direito inglês um fenômeno típico do século XX: a convivência da *Common Law* com elevada quantidade de lei em sentido estrito, a qual é produzida e utilizada em volume nunca antes visto no direito inglês. Por óbvio que esse novo papel representado pela legislação (*statute law*) não se caracteriza como uma codificação no sentido francês, mas sim como

¹⁸ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* e aplicabilidade do *stare decisis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 86.

um norte para o trabalho dos tribunais.

Estrutura-se assim, atualmente, segundo Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior¹⁹ “um movimento de aproximação entre o direito inglês e o do continente europeu, intensificado pelas necessidades do comércio internacional”.

Todavia, a convergência entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law* no âmbito nacional é mais profunda e complexa do que mencionado até aqui, e ocorreu principalmente a partir do final do século XX.

Já é sabido que a evolução e a complexidade da sociedade acabam por exigir do Poder Judiciário decisões mais tempestivas, eficazes e sincronizadas, e que o sistema processual brasileiro vem sofrendo constantes alterações, sempre com o fito de alcançar maior efetividade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional, indispensável à administração da Justiça nos tempos atuais. A Emenda Constitucional nº 45/2004 não foi, por óbvio, a primeira reformulação do Judiciário, mas foi o grande marco do aprimoramento do sistema jurídico brasileiro. Dentro dos novos padrões constitucionais, ditados pela referida emenda, é que as regras processuais devem ser interpretadas.

Embora o sistema jurídico brasileiro seja o da *Civil Law*, o Brasil vem implementando sucessivas alterações na legislação constitucional e na legislação processual civil, com o fito de fortalecer o papel da jurisprudência como fonte do Direito a fim de obter maior celeridade processual e dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Estas reformas resultaram na descaracterização do *Civil Law* e a aproximação ao sistema do *Common Law*.

Podem ser citados alguns exemplos deste fenômeno, como a implementação do instituto do julgamento liminar do mérito, com a inserção no Código de Processo Civil de 1973 do art. 285-A²⁰. Este artigo deu ao juiz a faculdade de julgar liminarmente improcedente o pedido do autor, logo após o recebimento da petição inicial e sem que o réu tenha sido citado, “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”. Outro exemplo de juízo de improcedência *prima facie* é

¹⁹ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

²⁰ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 nov. 2015.

a nova redação dada ao art. 739²¹ do mesmo diploma legal, ao permitir a rejeição liminar dos embargos à execução. Esta possibilidade de julgamento liminar tem correspondência no art. 332 do novo Código de Processo Civil.

O incidente de uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479²² do Código de Processo Civil de Buzaid, ao viabilizar a uniformidade de interpretação do direito no âmbito de um mesmo tribunal em caráter preventivo, deu credibilidade ao Poder Judiciário e representa “o germe de uma política de valorização e exploração do precedente judicial no direito nacional”²³.

A redação dada ao art. 518²⁴ do mesmo código mencionado, com a inserção do parágrafo primeiro ao referido artigo, também é um dos exemplos das reformas legislativas que buscam fortalecer o papel da jurisprudência como fonte do Direito na sistemática brasileira. São as denominadas súmulas impeditivas de recurso de apelação que permitem ao juiz deixar de receber a apelação quando a sentença recorrida estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Na mesma linha de raciocínio, mas no segundo grau de jurisdição, está a permissão dada ao relator pelo art. 557²⁵ do CPC/1973, com correspondência no art. 932 do atual Código de Processo

²¹ Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I – quando intempestivos; II – quando inepta a petição (art. 295); ou III – quando manifestamente protelatórios. BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 nov. 2015.

²² Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 nov. 2015.

²³ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* e aplicabilidade do *stare decisis***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 122.

²⁴ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 nov. 2015.

²⁵ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º- A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o

Civil, para negar liminarmente seguimento a recurso nitidamente improcedente ou que esteja em confronto com súmula ou tese jurídica já superada pelo próprio Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal. O parágrafo primeiro do mesmo artigo também demonstra o fortalecimento da jurisprudência como fonte do Direito ao facultar ao relator, ao contrário, dar liminarmente provimento ao recurso interposto sempre que a sentença estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Outro exemplo de alteração legislativa promovida com o objetivo de fortalecer o papel da jurisprudência como fonte do Direito a fim de obter maior celeridade processual e dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, é a implementação da restrição do cabimento do recurso extraordinário às hipóteses de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso interposto. Esta restrição ocorreu com a inserção do § 3º ao art. 102 da Constituição Federal²⁶ e passou a permitir o julgamento do recurso tão somente quando o interesse discutido ultrapasse os limites subjetivos da causa.

Como um mecanismo simplificado de julgamento unificado de múltiplos recursos repetitivos, o art. 543-C²⁷ do Código de Processo Civil revogado permite que o Superior Tribunal de Justiça julgue um ou mais recursos representativos da controvérsia dos demais recursos interpostos, suspendendo a tramitação destes, e, sendo inadmissível o recurso selecionado e julgado, será negado seguimento a todos os demais recursos que estavam sobrestados. Na hipótese do STJ proferir decisão de mérito no(s) recurso(s) selecionado(s), os tribunais de origem podem retratar-se ou considerar os recursos sobrestados prejudicados. Este artigo tem correspondência no atual Código de Processo Civil, no art. 1.036 e seguintes.

Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 nov. 2015.

²⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ... *omissis* ... § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

²⁷ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. ... *omissis* ... § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

Outros exemplos ainda podem ser citados para demonstrar a importância que vem sendo dada à jurisprudência na legislação brasileira nestas últimas décadas, propiciando maior estabilidade e segurança na interpretação e aplicação da lei, bem como credibilidade, isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. É o que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), previstas na Constituição Federal. Através destes mecanismos processuais inseridos na Constituição Federal do Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Todavia, de todos os exemplos cima citados, provavelmente o mais marcante como mecanismo de inserção da jurisprudência como fonte do Direito, descaracterizando o *Civil Law* e definindo uma aproximação do sistema jurídico brasileiro ao *Common Law*, é a inserção no texto constitucional das denominadas súmulas vinculantes, idealizadas “como meio capaz de prevenir litígios pela pacificação de controvérsias em enunciado que passaria a cristalizar a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre dispositivo ou questão jurídica constitucional, dotado de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral”²⁸.

Embora a edição destas súmulas esteja restrita à “controvérsia atual” sobre matéria constitucional “entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, nos termos do parágrafo primeiro do art. 103-A²⁹, a introdução deste artigo à Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações ao outorgar vinculação obrigatória às súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais pátrios e, inclusive, para a Administração Pública direta e indireta.

Enfim, vários são os exemplos que retratam a intenção do legislador brasileiro, através das reformas constitucionais e processuais, de outorgar à jurisprudência o papel de fonte do Direito – fato esse que, por consequência, acabou aproximando o sistema jurídico brasileiro do sistema do

²⁸ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* e aplicabilidade do *stare decisis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 245.

²⁹ Art. 103-A. 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. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

Common Law.

Por último, o ponto culminante deste fenômeno deu-se com a implementação no cenário nacional do sistema de precedentes judiciais, ocorrida com a promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – o novo Código de Processo Civil.

Assim, e na mesma linha de raciocínio até aqui demonstrada, o novo Código de Processo Civil, capitaneado pela Constituição da República Federativa do Brasil, regulamenta o sistema de precedentes judiciais, revelando a importância que os precedentes vêm adquirindo no sistema jurídico brasileiro e a transformação deste, introduzindo um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Com isso, nas palavras de Cláudia Albagli Nogueira³⁰, “a Teoria do Direito nos aponta a superação de um sistema lógico-dedutivo, baseado no dogma da subsunção, para um paradigma jurídico discursivo”.

Portanto, embora descendente do Direito romano-germânico do *Civil Law*, o sistema jurídico brasileiro adota, atualmente, os precedentes como fundamento de decisões judiciais; a atividade interpretativa do juiz é delimitada pelo ordenamento jurídico, mas não mais encontra fundamento única e exclusivamente na lei; os precedentes também são utilizados pelo julgador quando da prolação de uma decisão. A jurisprudência é definitivamente alçada à qualidade de fonte do Direito e passa a balizar, de forma vinculante, a atuação dos juízes e dos tribunais!

O novo Código de Processo Civil aumentou as hipóteses de decisões dos tribunais superiores com efeito vinculante e obrigatório, pois, além das decisões prolatadas em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, que, como dito, já devem obrigatoriamente serem observadas pelos juízes e tribunais, por força da Constituição Federal, agora também têm efeitos vinculantes e obrigatórios as decisões do Superior Tribunal de Justiça nos recursos especiais e do Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários; o mesmo ocorre com as decisões dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e do incidente de assunção de competência (IAC). Estas decisões devem obrigatoriamente ser observadas pelas demais instâncias, sob pena de reclamação.

Assim é que as decisões dos tribunais superiores deixaram de, nos casos futuros, ter eficácia apenas argumentativa e serem utilizados como mecanismo de convencimento do julgador.

³⁰ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out/dez 2014, p. 185/210.

Atualmente, há a obrigatoriedade de acatar e seguir as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses acima elencadas, por tratarem-se precedentes judiciais e, como tal, vinculantes.

Criada está, portanto, uma nova cultura processual do Brasil, a da valorização dos precedentes jurisprudenciais.

3. CONSEQUÊNCIAS DA APROXIMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO AO COMMON LAW

As sucessivas alterações legislativas realizadas no Brasil objetivando conferir maior autoridade às decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, elevando o status da jurisprudência no cenário nacional à fonte do Direito acabaram por acarretar a convergência entre os sistemas jurídicos analisados, como já mencionado.

Não há como negar a descaracterização do *Civil Law* e a consequente aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema do *Common Law*, com a adoção do sistema de precedentes judiciais vinculantes pelo novo Código de Processo Civil.

A jurisprudência, atualmente, é considerada fonte primária do Direito, assim como a lei o é, e este fato é uma oportunidade e também um desafio.

Oportunidade de se desvendar o nó górdio do Poder Judiciário, pelo aprimoramento da técnica processual brasileira, possibilitando a melhor aplicação do Direito e garantindo a efetividade dos princípios constitucionais, viabilizando a igualdade na aplicação da lei e maior segurança jurídica para todos os jurisdicionados, assegurando processos judiciais mais céleres e eficazes.

É possível que esta nova realidade jurídica permita maior previsibilidade das decisões do Poder Judiciário, necessária à segurança jurídica e ao tratamento isonômico dos tutelados. A busca por esta segurança jurídica e pela otimização das decisões judiciais acaba também racionalizando o trabalho dos tribunais, tão sobrecarregados atualmente. Aliás, o novo CPC estabelece de forma expressa, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Há, enfim, a oportunidade da prestação de uma tutela jurisdicional coerente e eficaz.

Mas também há desafios a serem superados. O desenvolvimento do direito jurisprudencial no Brasil exige uma mudança de postura do Poder Judiciário e de todos os operadores do Direito. A

atuação e as atividades desenvolvidas por todos os operadores do Judiciário devem se adequar à nova realidade. Luiz Guilherme Marinoni³¹ destaca que a “evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição”.

É necessário que a comunidade jurídica busque familiarizar-se com as novas noções impostas pelo sistema de precedentes judiciais vinculantes (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, entre outras), desconhecidas dos adeptos do *Civil Law*, e que entenda que, na medida em que se fortalece a jurisprudência, perde valor a literalidade do texto legal; que a construção do Direito deixou de se basear única e exclusivamente pelo legislador, para também basear-se agora na jurisprudência; que a interposição de certos recursos, em alguns casos, mostra-se inócua, entre outras situações antes impensadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distância entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law* vem ruindo há décadas na realidade brasileira mediante reformas na legislação processual e constitucional, o que culminou com a adoção, pelo atual Código de Processo Civil, do sistema de precedentes jurisprudenciais vinculantes na atividade jurisdicional e a consequente aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema do *Common Law*.

Colocar a jurisprudência ao lado da lei, dentre as fontes do Direito, significa que o juiz, ao julgar um caso concreto, deve observar também, a partir da implantação das novas regras processuais, os precedentes judiciais. Obviamente que o teor vinculante de um precedente jurisprudencial não é ilimitado, mas, ao contrário, é limitado pelos fatos do caso em que foi proferida a decisão judicial e pela questão jurídica abordada no referido precedente – com exceção deste limitador, o juiz continua livre para julgar. Isto não ocasiona uma ruptura da técnica de subsunção, mas permite a assimilação de outras técnicas de decisão judicial.

Diante desta nova realidade e, principalmente, para que os objetivos das reformas

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, n. 49, 2009, p. 11-58. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso 8 jul. 2015.

legislativas sejam alcançados, é preciso a correta aplicação do sistema de precedentes e, para tanto, necessário se faz que a comunidade jurídica compreenda os novos institutos e suas consequências.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* e aplicabilidade do *stare decisis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, n. 49, 2009, p. 11/58. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso 8 jul. 2015.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out/dez 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun., p. 43/68. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes de. **O Direito Inglês**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49678>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

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